

Omstrukturering

- med henblik på generationsskifte



Forfattere: Thomas Pedersen & Mette Kærgaard Larsen
Vejleder: Henrik V. Andersen

AAU Cand.merc.aud
Kandidatafhandling 2009/2010


Forord

Dette speciale er udarbejdet som led i kandidatuddannelsen Cand.merc.aud på Aalborg Universitet.

Formålet med specialet er, at den studerende kan demonstrere sin evne til at konstruere praktisk anvendelige løsninger i form af anvisninger og konklusioner i henhold til en selvstændig identificeret og formuleret problemstilling.

Målgruppen for specialet er som udgangspunkt vejleder og censor. Specialet henvender sig endvidere til øvrige, der måtte ønske viden omkring de skatteretlige aspekter omkring omstruktureringer med henblik på generationsskifte.

Vi vil dernæst takke vores arbejdsgiver og kollegaer, som har været behjælpelige med faglig sparring. Herudover vil vi gerne takke vores vejleder Henrik V. Andersen for den gode vejledning, vi har fået gennem forløbet.


Mette Kærgaard Larsen


Thomas Pedersen

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	5
2. Problemformulering mv.	6
2.1 Problemformulering	6
2.2 Problemstillinger	6
2.3 Afgrænsning	6
2.4 Disposition	7
2.5 Ansvarsliste	9
2.6 Anvendte forkortelser	10
3. Historisk overblik	11
3.1 Øvrig lovs påvirkning på omstrukturering	14
4. Aktieombytning	16
4.1 Skattepligtig aktieombytning	17
4.2 Fælles betingelser – aktieombytning med og uden tilladelse	17
4.2.1 Selskaberne	17
4.2.2 Genstand	18
4.2.3 Stemmeftal	19
4.2.4 Vederlag	20
4.2.5 Tidsbegrænsning	20
4.2.6 Tidspunkt	21
4.3 Skattemæssige konsekvenser	21
4.4 Særlige forhold ved aktieombytning uden tilladelse	21
4.4.1 Udbyttebegrænsning og holdingkrav	22
4.4.2 Handelsværdi	23
4.4.3 Erhvervelsestidspunkt og anskaffelsessum	25
4.5 Særlige forhold ved aktieombytning med tilladelse	26
4.5.1 Forretningsmæssig begrundelse	26
4.5.2 Væsentlige ændrede forhold	29
4.6 Aktieombytning med eller uden tilladelse	30
4.7 Aktieombytning som generationsskiftemodel	32
4.8 Case	33
4.9 Delkonklusion	36
5. Tilførsel af aktiver	38
5.1 Skattepligtig tilførsel af aktiver	39
5.2 Fælles betingelser – tilførsel af aktiver med og uden tilladelse	39
5.2.1 Gren af virksomhed	39
5.2.2 Vederlag og værdiansættelse	41
5.3 Skattemæssige konsekvenser	42
5.3.1 Underskudsfrømsel	42
5.4 Særlige forhold ved tilførsel af aktiver uden tilladelse	42
5.4.1 Udbyttebegrænsning og holdingkrav	44
5.5 Særlige forhold ved tilførsel af aktiver med tilladelse	46
5.5.1 Forretningsmæssig begrundelse	47
5.5.2 Tilladelse med og uden særlige vilkår	48
5.6 Tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse	49
5.7 Tilførsel af aktiver som generationsskiftemodel	50
5.8 Case	51
5.9 Delkonklusion	55

6. Spaltning	57
6.1 Spaltningsmodeller	59
6.1.1 Grenspaltning	59
6.1.2 Ophørsspaltning	60
6.2 Skattepligtig spaltning	60
6.3 Fælles betingelser – spaltning med og uden tilladelse	61
6.3.1 Selskaberne	61
6.3.2 Genstand	62
6.3.3 Stemmeftalt	62
6.3.4 Vederlag	62
6.3.5 Tidsbegrænsning	63
6.3.6 Tidspunkt	64
6.4 Skattemæssige konsekvenser	65
6.4.1 Skattemæssige konsekvenser for de deltagende selskaber	65
6.4.1.1 Underskudsremførsel	66
6.4.2 Skattemæssige konsekvenser for aktionærerne	67
6.5 Særlige forhold ved spaltning uden tilladelse	72
6.5.1 Gennemgang af ejerkredsen	72
6.5.1.1 Ny mindretalsaktionær	72
6.5.1.2 Vederlæggelse ved grenspaltninger	74
6.5.1.3 Næringsbeskatning	75
6.5.1.4 Udenlandske selskabsdeltagere	75
6.5.2 Holdingkrav	76
6.5.3 Yderligere krav ved skattefri spaltning uden tilladelse	76
6.5.3.1 Vederlag til handelsværdi	77
6.5.3.2 Balancetilpasning	77
6.6 Særlige forhold ved spaltning med tilladelse	80
6.6.1 Forretningsmæssig begrundelse	81
6.6.2 Tilladelse med og uden særlige vilkår	81
6.7 Spaltning med eller uden tilladelse	81
6.8 Spaltning som generationsskiftemodel	82
6.9 Case	83
6.10 Delkonklusion	86
7. Fusion	88
7.1 Fusionsmodeller	89
7.1.1 Vandrette fusioner	90
7.1.2 Lodrette og omvendt lodrette fusioner	91
7.2 Skattepligtig fusion	92
7.3 Skattefri fusion	93
7.3.1 Fusionsdato	93
7.3.2 Indflydelse fra de selskabsretlige regler	96
7.4 Skattemæssige konsekvenser	96
7.4.1 Skattemæssige konsekvenser for de deltagende selskaber	96
7.4.2 Skattemæssige konsekvenser for aktionærerne	97
7.4.2.1 Fordeling af vederlaget	98
7.4.2.2 Skift i aktiekasse ved fusion	99
7.4.2.3 Vederlag til handelsværdi	100
7.4.2.4 Vederlag ved lodrette og omvendt lodrette fusion	103
7.5 Fusion som generationsskiftemodel	104
7.6 Case	105
7.7 Delkonklusion	107

8. Succession i aktier	109
8.1 Personkredsen	109
8.2 Genstanden	110
8.3 Skattemæssige konsekvenser	111
8.4 Værdiansættelse og vederlag.....	111
8.5 Delkonklusion	112
9. Case	113
10. Konklusion	120
11. Executive summary	124
12. Litteraturliste	127
Bilag 1 - omvendt pyramide	129
Bilag 2 - efterfølgende omstruktureringer	130

Figur- og tabelfortegnelse

4. Aktieombytning

Figur 1	Grafisk illustration af aktieombytning	16
Figur 2	Grafisk illustration af SKM2008.198.SR	24
Figur 3	Beslutningsmodel	31
Tabel 4	Case, balance for Hans Hansen Holding ApS	34
Figur 5	Case, koncernstruktur for Hans Hansen	34

5. Tilførsel af aktiver

Figur 6	Grafisk illustration af tilførsel af aktiver	38
Tabel 7	Anskaffelsessum for aktier i modtagende selskab	43
Tabel 8	Case, handelsværdi før skattefri tilførsel af aktiver, Møbel A/S	52
Tabel 9	Case, handelsværdi efter skattefri tilførsel af aktiver, Møbel A/S.....	53
Figur 10	Case, koncernstruktur for Hans Hansen.....	53
Tabel 11	Case, handelsværdi efter skattefri tilførsel af aktiver, Hans Hansen A/S	54

6. Spaltning

Figur 12	Grafisk illustration af grenspaltning.....	58
Figur 13	Grafisk illustration af ophørsspaltning	58
Figur 14	Grafisk illustration af generationsskifte ved grenspaltning.....	63
Tabel 15	Anskaffelsessum aktier før skattefri ophørsspaltning	68
Tabel 16	Anskaffelsessum aktier efter skattefri ophørsspaltning	69
Figur 17	Grafisk illustration af FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt.....	73
Figur 18	Case, grafisk illustration af skattefri ophørsspaltning af selskab med to aktionærer	84
Tabel 19	Case, balancekrav ved skattefri ophørsspaltning uden tilladelse	85

7. Fusion

Figur 20	Grafisk illustration af vandret fusion.....	90
Figur 21	Grafisk illustration af koncernintern vandret fusion	91
Figur 22	Grafisk illustration af koncernstruktur før fusion	94
Figur 23	Grafisk illustration af koncernstruktur efter fusion	94
Figur 24	Case, grafisk illustration af skattefri vandret fusion.....	105
Tabel 25	Case, opgørelse af ejerandele ved skattefri vandret fusion.....	106

9. Case

Figur 26	Koncernstruktur, step 1.....	113
Figur 27	Koncernstruktur, step 2.....	114
Figur 28	Koncernstruktur, step 3.....	115
Figur 29	Koncernstruktur, step 4.....	117
Figur 30	Koncernstruktur, step 5.....	118
Tabel 31	Beregning af aktieavance ved succession i aktier	118
Tabel 32	Gaveafgiftsberegning ved succession i aktier med passivpost.....	119

1. Indledning

Samfundet er ikke en statisk faktor, men er i konstant udvikling. Ligesom mange andre forhold skal tilpasses samfundsudviklingen, er det også nødvendigt, at virksomhederne søger for at tilpasse deres struktur til den aktuelle situation. Den aktuelle situation bliver påvirket af lovgivningen både inden for Danmarks grænser, men også inden for EU. Den økonomiske situation i samfundet vil i den grad også have sin indvirkning, hvor ændrede markedsvilkår og globaliseringen stiller krav til virksomhederne.

Såvel som der er eksterne faktorer, der har indflydelse på udviklingen i en virksomhedsstruktur, har også interne faktorer indvirkning herpå. Der kan være situationer, hvor det gælder virksomhedens overlevelse set i det økonomiske perspektiv, men også situationer hvor alderdom i selve ejerstrukturen i virksomheden kan medføre et naturligt skifte.

En lang række danske virksomheder står foran et generationsskifte indenfor den nærmeste år-række, idet cirka 54% af de danske familieejede selskaber har en ejer på 55 år eller derover.¹ Ændringer i ejerstrukturen sker ofte som led i et generationsskifte, hvor enten børn, nære medarbejdere eller andre overtager hele eller dele af virksomheden. Gennemførelse af et generationsskifte er en længerevarende proces, som kræver grundig planlægning. Planlægningen består af identifikation af behov for ændringer i virksomhedsstrukturen gennem omstruktureringer, hvorved virksomheden gøres mere tilgængelig for den nye generation, herunder også attraktiv i forhold til salg. Der kan eksempelvis være tale om en situation, hvor en ejendom spaltes ud for sig for at skille driften og ejendommen fra hinanden, således der alt andet lige vil være flere potentielle købere. Eller andre situationer hvor en fusion mellem to virksomheder vil gøre det fordelagtigt og hensigtsmæssigt for ejeren at udtræde på et senere tidspunkt.

Heraf fremgår det også, at det optimale generationsskifte alt andet lige opnås ved, at virksomhedsledelsen gennem flere år tager stilling til og gennemfører tiltag herunder omstruktureringer, hvorved en mere tidssvarende struktur opnås. Et af de første og vigtigste skridt i en omstrukturering er fastlæggelse af målet. Eller sagt med andre ord at alle aspekter gennemtænkes, og det klart defineres, hvordan strukturen og ejerforholdene skal være, når omstruktureringen er gennemført. Her kan der være mange aspekter at tage hensyn til, og ikke kun de økonomiske vejer tungt.

¹ Ejerskifte, din virksomheds fremtid – Erhvervs- og Byggestyrelsen

2. Problemformulering mv.

2.1 Problemformulering

Vi ønsker at undersøge mulige omstrukturingsmodeller i forbindelse med et generationsskifte under hensyntagen og konsekvenserne af L 202.²

2.2 Problemstillinger

Med udgangspunkt i ovenstående problemformulering opstilles en række problemstillinger, som løbende vil blive besvaret gennem specialet. De løbende besvarelser vil danne grundlag for vores konklusion på den overordnede problemformulering.

- Hvilke omstrukturingsmodeller med et generationsskifte for øje findes der, og hvilke fordele og ulemper samt betingelser er forbundet hermed?
- Hvilke skattemæssige konsekvenser er forbundet med den enkelte omstrukturingsmodel?
- Hvordan har retspraksis påvirket og formet modellerne?
- Hvilken påvirkning har L 202 haft på omstrukturingsmodellerne, og har det hæmmet mulighederne for generationsskifte?

2.3 Afgrænsning

Specialet omhandler generationsskifte, hermed menes ikke kun familiemæssige generationsskifter, men også situationer hvor der generationsskiftes til nære medarbejdere, eller der gennemføres omstruktureringer for derved at opnå en anden virksomhedsstruktur, som kan medføre et generationsskifte til tredjemand.

Gennem specialet forudsættes det, at virksomheden allerede drives i selskabsform, og således behandles skattefri virksomhedsomdannelse i henhold til VOL ikke.

I specialet forudsættes generationsskifte desuden foretaget i levende live, hvilket betyder, at dødsbopeskattning ikke er inddraget. Ved generationsskifte i levende live er ophørspension også en mulighed, der skal tages i betragtning. Dette behandles kun overordnet.

Der vil i specialet ikke blive behandlet forhold, som vedrører udlandet og udenlandske forhold.

² Lov nr. 525 af 12. juni 2009

Der tages i specialet udgangspunkt i den skattemæssige vinkel af et generationsskifte, og andre eventuelle forhold vil kun blive kort nævnt. Ligesom der ikke er taget højde for de konsekvenser for generationsskifter, som den nye Selskabslov³ vil medføre.

Mulighederne for skattepligtige omstruktureringer behandles ikke i dybden i specialet, men er medtaget for at give et helhedsbillede af, hvilke omstruktureringsmodeller der er og bør overvejes i forbindelse med et generationsskifte.

Reglerne for opgørelse af sambeskatningsenheder, samt hvornår der sker sambeskatning, behandles ikke i specialet, men hvor sambeskatningsreglerne har indflydelse på betingelserne for en omstrukturering, er de medtaget.

Succession vil kun blive overordnet behandlet i specialet, og kun i forhold til aktier. Der vil kun blive behandlet og inddraget de successionsmæssige forhold, som har relevans for specialet.

2.4 Disposition

Indledningsvist vil der blive kort redegjort for omstruktureringsreglerne og udviklingen heraf, herunder lovændringer som har indflydelse på omstruktureringsmodellerne.

De fire omstruktureringsmodeller behandles i særskilte kapitler i specialet. Som udgangspunkt opbygges kapitlerne i specialet efter samme struktur. Der laves en indledende del, hvor de enkelte muligheder indenfor de fire overordnede modeller beskrives. Reglerne bearbejdes ud fra gældende lovgivning og relevante afgørelser indenfor området vurderes. Herudover bliver de skattemæssige konsekvenser undersøgt og vurderet for de involverede parter. Dette danner grundlag for en vurdering af, hvilken indflydelse de betingelser og krav, der følger af lovgivningen, har for valget af omstruktureringsmodel.

L 202 vurderes i forhold til den enkelte model. L 202 ses i forhold til de eksisterende regler og den forventede indflydelse, samt de konsekvenser den vil få fremadrettet.

Hvert kapitel afsluttes med en konkret case, som illustrerer de behandlede forhold. Der vil til hvert kapitel blive udarbejdet delkonklusioner, som vil danne grundlag for den samlede konklusion.

³ Lov nr. 470 af 12. juni 2009

Som afslutning på specialet er der via en større case med flere steps, herunder også behandling af succession i aktier, illustreret, hvorledes omstrukturingsmodellerne kan benyttes i kombination ved generationsskifter.

Slutteligt afrundes specialet med en samlet konklusion på de bearbejdede områder og de opstillede muligheder for generationsskifter ved omstrukturering, samt hvilken påvirkning vi forventer, L 202 vil få.

2.5 Ansvarsliste

Gruppen har et fælles ansvar for hele specialet, men herudover har hvert enkelt gruppe-
lem ansvar for sit eget selvstændige bidrag. Specialets ansvarsfordeling er følgende:

Kapitel 1	Fælles
Kapitel 2	Fælles
Kapitel 3	Thomas Pedersen
Afsnit 3.1	Mette Kærgaard Larsen
Kapitel 4	Mette Kærgaard Larsen
Kapitel 5	Mette Kærgaard Larsen
Kapitel 6	Thomas Pedersen
Kapitel 7	Thomas Pedersen
Kapitel 8	Mette Kærgaard Larsen
Kapitel 9	Fælles
Kapitel 10	Fælles
Kapitel 11	Fælles
Kapitel 12	Fælles

2.6 Anvendte forkortelser

Gennem specialet er anvendt følgende forkortelser:

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
BAL	Boafgiftsloven
DCF	Discounted-Cash-Flow
EBL	Ejendomsavancebeskatningsloven
FIFO	First in – first out
FUSL	Fusionskatteloven
KGL	Kursgevinstloven
KSL	Kildeskatteloven
PBL	Pensionsbeskatningsloven
PSL	Personskatteloven
SEL	Selskabsloven
SL	Statsskatteloven
SSL	Selskabsskatteloven
VOL	Virksomhedsomdannelsesloven

3. Historisk overblik

De nugældende regler for danske selskaber for skattefrie omstruktureringer udspringer af det af EU vedtagne Fusionsdirektiv. Med vedtagelsen af Fusionsdirektivet 90/434/EØF den 23. juli 1990 gjorde EU det klart, at man ønskede en harmonisering af mulighederne for omstrukturering i EU for derved at skabe størst samhørighed med reglerne omkring det indre marked. Disse regler foreskriver, at der ikke må eksistere nationale hindringer for varer, personer, tjenesteydelser og kapital inden for det europæiske samarbejde. Hermed fastlagde EU de overordnede rammer for omstrukturering af selskaber. Med 2005/19/EF blev Fusionsdirektivet udvidet med regler om partiel spaltning også kaldet grenspaltning. Eftersom der er tale om regler, som har grænseoverskridende indflydelse, har de enkelte medlemslande i EU mulighed for at opstille lempeligere regler for rent nationale omstruktureringer.

Fusionsdirektivet har således dannet grundlag for den nuværende FUSL samt ABL's bestemmelser om aktieombytning. Hermed menes, at der før Fusionsdirektivets implementering eksisterede en FUSL, som blot omhandlede skattefrie fusioner. Fusionsdirektivet blev implementeret i dansk ret med virkning fra 1. januar 1992. Det betød, at FUSL blev udvidet med regler omkring spaltning samt tilførsel af aktiver, og samtidig blev bestemmelserne om skattefrie fusioner i FUSL samt aktieombytninger i ABL tilpasset Fusionsdirektivet.⁴

Siden 1992 er FUSL løbende blevet tilpasset ved ændringer i andre skattelove, som har indflydelse herpå. Frem til 2007 skete der dog ingen ændringer i forhold til, at der altid skulle søges tilladelse hos Skat til en skattefri omstrukturering. Det var ofte en længerevarende proces at gennemføre en omstrukturering uanset kompleksiteten heraf, idet Skat hver gang skulle gennemgå sagen kombineret med, at flere og flere selskaber ønskede at gennemføre omstruktureringer. Det fremgår også tydeligt, at der var tale om et meget subjektivt baseret regelsæt. Af praksis ses det også, at det kunne være på baggrund af nuanceforskelle, og dermed meget subjektive vurderinger, at Skat afslog ansøgning om en påtænkt omstrukturering.

I takt med samfundsudviklingen opstod der derfor blandt lovgivere et ønske om at gøre det nemmere for erhvervslivet at anvende omstruktureringsreglerne. Det betød, at der med vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007 blev indført mulighed for omstrukturering uden først at søge tilladelse hertil hos Skat; de såkaldte objektive regler. Der var dog stadig samme ønsker omkring, hvilke selskaber og i hvilke situationer, det skulle være muligt at gennemføre skattefrie omstruktureringer. Af den grund indførtes der samtidig værnsregler, som skulle iagttages ved anvendelse af de nye objektive regler. Her skal især nævnes reglerne om udbytte-

⁴ Lærebog om indkomstskat, kapitel 34

begrænsning. Manglende overholdelse af disse medførte, at transaktionen i stedet for skattefri blev opfattet som skattepligtig. Der er dog ingen tvivl om, at det lettede omstrukturingsprocessen, idet parterne ikke skulle tage hensyn til subjektive forhold, men blot forholde sig til et objektivi regelgrundlag. Ændringerne var størst for skattefri spaltning, tilførsel af aktiver samt aktieombytning, idet reglerne for fusion tidligere var blevet lempet. Kravet om tilladelse ved særlige typer af fusioner bortfaldt dog helt med den nye lov. De objektive regler havde virkning for omstruktureringer vedtaget den 1. januar 2007 eller derefter.⁵

De seneste ændringer inden for skattelovgivningen, som har haft indflydelse på reglerne omkring skattefri omstrukturering, er L 202, der har virkning for omstruktureringer vedtaget den 22. april 2009 eller derefter. Særligt ændringerne i ABL §§8-9 for selskaber, har indflydelse på reglerne om skattefri omstrukturering uden tilladelse. Det er især værnsreglerne ved de enkelte typer af skattefrie omstruktureringer, der er blevet tilrettet som følge af ændringerne i de øvrige skattelove. L 202 betød således indførelse af holdingkravet. Samtidig er reglerne om udbyttebegrænsning blevet ophævet.

Eftersom værnsreglerne har indflydelse på en skattefri omstrukturering i tre år regnet fra gennemførelsen, er det klart, at der er gennemført omstruktureringer før vedtagelsen af L 202, som er omfattet af værnsregler, der strækker sig til efter den 22. april 2009. Disse er fra og med indkomståret 2010 ikke omfattet af de gamle værnsregler, og da omstruktureringerne er gennemført før ikrafttrædelsen af L 202, bliver de heller ikke omfattet af de nye værnsregler.⁶

Det er ikke kun lovændringer, som medfører ændringer i grundlaget for gennemførelse af skattefrie omstruktureringer. De subjektive regler påvirkes løbende af udviklingen i retspraksis. Herunder har afsagte domme og afgivne bindende svar i større eller mindre grad betydning fremadrettet. Nogen afgørelser får endog principiel betydning.

Leur Bloem-dommen⁷ er et eksempel på en afgørelse, der har haft principiel betydning. EF-Domstolen fastslog her, at tilladelsesmyndigheden ved ansøgning om gennemførelse af en skattefri omstrukturering skal tage stilling til sagen som helhed, og samtidig ikke må nægte tilladelse, såfremt et anmeldelsesvilkår kan sikre, at der ikke sker skatteunddragelse.

Også afgørelser i danske sager har haft betydelig indflydelse på retspraksis. Her kan nævnes den såkaldte Vognmandsdom,⁸ hvoraf kan tolkes, at det er vigtigt, at Skat præsenteres for alle

⁵ VEJL2007-06-12.SOS

⁶ Artikel af Susanne Kjær Tax partner KPMG, SR-Skat 2009.0146

⁷ EF-Domstolens afgørelse af 17. juli 1997, C-28/95

⁸ SKM2005.167.ØLR

forhold ved en skattefri omstrukturering. Sagen omhandlede en vognmand, der cirka et år efter gennemførelse af en skattefri virksomhedsomdannelse, ønskede at gennemføre en skattefri aktieombytning for derved at opnå en holdingstruktur. Skat gav ikke tilladelse hertil under hensyntagen til, at virksomheden gennem mere end 20 år havde været drevet i personligt regi, og således kunne driftsrisikoen ikke indgå som en forretningsmæssig begrundelse. Samtidig kunne det anførte forhold i ansøgningen om mulighed for stiftelse af nye datterselskaber ikke tillægges betydning af Skat, da ansøger nærmede sig pensionsalderen. Denne afgørelse viser, hvor vigtigt det er, at ansøgningen om tilladelse til en skattefri omstrukturering er præcis og konkret ved at fremhæve specifikke forhold. Der var således tale om en stramning af praksis.

En anden afgørelse,⁹ som har haft principiel betydning, er Hans Markus Kofoed sagen, hvor to danske aktionærer modtog en større udbytteudlodning få dage efter gennemførelse af en skattefri aktieombytning. Den kunne dog ikke anses som en kontant udligningssum i forbindelse med den skattefrie omstrukturering. De to danskere ejede i lige fordeling et dansk selskab. Den 26. oktober 1993 erhvervede de to danskere et irsk skuffeselskab ved at gennemføre en skattefri aktieombytning, således at anparterne i deres oprindelige selskab blev ejet af det irske skuffeselskab. Den 3. november 1993 blev der via det irske skuffeselskab udloddet 26 mio. kr. fra det oprindelige selskab. Efter den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst skulle udbyttet ikke beskattes hos de to aktionærer i Danmark. Blot fire dage senere den 7. november 1993 blev dobbeltbeskatningsoverenskomsten ændret således, at denne form for udbytte nu skulle beskattes i Danmark. Skat mente derfor, at transaktionerne var udtryk for skatteundgåelse, og udlodningen derfor skulle ses som delvis kontantvederlæggelse ved aktieombytningen. Sagen endte hos EF-Domstolen, som tog stilling til, om udbyttet kunne anses for kontantvederlæggelse. Dokumenterne i forbindelse med udlodningen indikerede ikke, at det irske selskab som led i vederlæggelsen for det oprindelige selskab ejet af de to danskere skulle betale en kontant udligningssum, og således var der ifølge EF-Domstolen ikke nogen sammenhæng mellem omstruktureringen og udbytteudlodningen. Skat har efterfølgende taget bekræftende til genmæle.¹⁰

Af Fusionsdirektivets artikel 11 fremgår det, at kun når skatteundgåelse er hovedformålet eller et af hovedformålene, kan et selskab nægtes tilladelse til skattefri omstrukturering. Dette blev ligeledes slået fast af Landsskatteretten i en sag,¹¹ hvor Skat først havde givet afslag på en ansøgning om skattefri aktieombytning med efterfølgende ophørsspaltning. Ansøger havde i sin ansøgning blandt andet nævnt, at et af formålene med den skattefrie omstrukturering var at udskyde beskatningen. Omstruktureringen var ellers forretningsmæssig begrundet, idet der

⁹ EF-Domstolens afgørelse af 5. juli 2007, C-351/05

¹⁰ SR.2008.0124

¹¹ SKM2007.806.LSR

var tale om et generationsskifte, hvor to medarbejdere på sigt skulle overtage virksomheden. Skatteundgåelse var således ikke et hovedformål, da den ønskede omstrukturering var en mulighed for at opnå en struktur, hvor de to medarbejders respektive holdingselskaber kunne modtage skattefrit udbytte, som løbende kunne anvendes til køb af den gamle aktionærs aktiepost i det oprindelige selskab. Efterfølgende har Skatteministeriet udtalt, at skatteundgåelse skal være et hovedformål i tråd med Fusionsdirektivets artikel 11, for at Skat kan nægte tilladelse til gennemførelse af omstruktureringen. Selskaber har ellers, som slået fast ved Leur Bloem-dommen, et retskrav på skattefri omstrukturering.¹²

3.1 Øvrig lovs påvirkning på omstrukturering

En af de love, som er tæt forbundet med de forskellige omstrukturingsmodeller, er ABL. I det øjeblik den ændres, medfører det konsekvensændringer af FUSL, således at der ikke er bestemmelser, der modsiger hinanden.

I det følgende er det en vigtig faktor, at aktiebeskatningen for selskaber er kendt, da der ellers kan drages forkerte konklusioner.

L 202 afskaffer kravet om tre års ejertid for selskabers skattefrie aktiesalg. Det erstattes af en afgrænsning mellem tre forskellige aktieklasser; datterselskabs-, koncernselskabs- samt porteføljeaktier. Før de nye avanceregler indtrådte skattepligten i alle tilfælde ud fra et realisationsprincip.

Datterselskabsaktier er aktier, som ejes af et selskab, som ejer mindst 10% af kapitalen, jf. ABL 4 A. Udbytter og avancer på datterselskabsaktier er skattefrie uanset ejertiden, jf. ABL § 8. Koncernselskabsaktier er aktier, hvor ejeren, og det selskab hvori der ejes aktier, er sambeskattede eller kan sambeskattes, jf. ABL § 4 B. Også her er avance og udbytte skattefrit, jf. ABL § 8. Den sidste aktiekategori omfatter de aktier, der ikke falder ind under de to ovennævnte klasser og benævnes porteføljeaktier. Her er udbytte og avance skattepligtigt uanset ejertid, jf. ABL § 9. Tab og avance beskattes som udgangspunkt efter lagerprincippet, jf. ABL § 23, stk. 5, der er dog for unoterede aktier mulighed for at vælge realisationsbeskatning, jf. ABL § 23, stk. 6.

Der er i forbindelse med indførelse af de nye aktieklasser indført en værnsregel i ABL § 4 A, stk. 3 vedrørende datterselskabsaktier. Reglen skal holdes for øje, når der ses på omstrukturering, således man ikke via en omstrukturering bliver ramt af værnsreglen. Værnsreglen er ind-

¹² DEP2007.2007-78-0387

ført for at forhindre, at kapitalselskabsaktionærer samler deres ejerskab i fælles holdingselskaber for derved at opnå skattefrihed på avance og udbytte. Denne model kaldes også den omvendte pyramide, idet koncernstrukturen visuelt ligner en omvendt pyramide.¹³

Reglen er gældende for de situationer, som er angivet i ABL § 4 A, stk. 1-4. Her skal tilføjes, at alle fire betingelser skal være opfyldte, for at værnsreglen træder i kraft.

- Moderselskabets primære funktion er ejerskab af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier.
- Moderselskabet ikke udøver reel økonomisk virksomhed vedrørende aktiebesiddelse. Det skal forstås således, at der ikke blot må være tale om passiv virksomhed, men at der skal være en eller anden form for aktivitet.
- Mere end 50% af kapitalen i moderselskabet ejes direkte eller indirekte af selskaber, der ikke ville kunne modtage udbytter skattefrit ved direkte ejerskab.
- Aktierne i moderselskabet er ikke direkte optaget til handel på et reguleret marked.

Via disse bestemmelser kan der være situationer i forbindelse med omstrukturering og et generationsskifte,¹⁴ som kan blive berørt. Det en faktor, som bør overvejes, når der foretages generationsskifte med flere ejere, således det så vidt muligt sikres, at ingen selskaber bliver ramt af værnsreglen.

I bilag 1 bliver aktionærene Holding 1-4 i situation 1 ramt af værnsreglen, idet Mellem Holding bliver transparent i et skattemæssigt perspektiv. Hvorimod i situation 2 bliver Holding 1-3 ikke ramt af værnsreglen, idet betingelse nummer tre ikke er opfyldt. De to ovenstående situationer kunne være generationsskifter, hvor der er to ejere, en fader og en søn, som ejer Holding 1. De ønsker at spalte det, idet der ikke længere er enighed om udbytte med videre. Det vil ikke være hensigtsmæssigt i skattemæssig henseende, idet det ikke er muligt at have 4 holdingselskaber, da disse ikke reelt vil eje over 10% af driftsselskabet.

Der kan vises mange eksempler, hvor de nye regler i ABL § 4 A har indvirkning. Det er blot nævnt, da det skal med i overvejelserne, når der skal forberedes og gennemføres et generationsskifte.

¹³ Artikel fra Bech-Bruun, Forårspakken 2.0, nr. 5, årgang 3, april 2009

¹⁴ Se bilag 1 med eksempler – omvendt pyramide

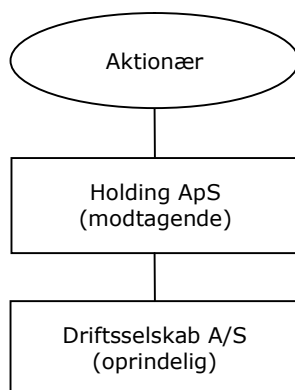
4. Aktieombytning

Aktieombytning er ofte brugt i forbindelse med et generationsskifte, eller i hvert fald i forberedelse hertil. Der findes to muligheder indenfor aktieombytning. Enten kan den ske som en skattepligtig eller som skattefri.

Indenfor den skattefrie mulighed kan den enten gennemføres med eller uden tilladelse. Reglerne omkring aktieombytning findes i ABL § 36. ABL § 36 omhandler aktieombytning med tilladelse, mens ABL § 36 A omhandler aktieombytning uden tilladelse. Denne regel er omfattet af de objektive regler, som blev indført i 2007. Der er dog sket væsentlige ændringer på dette område i forbindelse med L 202, idet ABL § 36 er væsentlig ændret, og således er ABL § 36 A ophævet og nu i stedet sammenfattet i ABL § 36, stk. 6-7. Det betyder, at der som udgangspunkt gælder de samme regler, hvad enten aktieombytningen sker med eller uden tilladelse. Der er dog enkelte forskellige krav, som nedenfor vil blive behandlet i særskilte afsnit. Herudover vil ændringerne i lovgivningen blive behandlet i det følgende.

Definitionen på aktieombytning fremgår af ABL § 36, stk. 2, som beskriver, hvad der reelt sker ved sådan en omstrukturering.

“Ved ombytning af aktier jf. stk. 1, forstås 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 sådan et flertal, erhverver en yderligere andel ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærene i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab...”



Figur 1: Grafisk illustration af aktieombytning

Det, der sker i forbindelse med en aktieombytning, er, at der som udgangspunkt er tale om en aktionær, som ejer et selskab. Der kan både være tale om en juridisk eller en fysisk person. Herefter stifter aktionæren et selskab ved at indskyde aktierne i det oprindelige selskab

som et apportindskud. Som vederlag modtager aktionæren aktier i det nye selskab. Ombytning af aktier er også kaldet uegentlig fusion. Se ovenstående figur.

4.1 Skattepligtig aktieombytning

Den skattepligtige aktieombytning medfører, at der sker afståelse til handelsværdien til aktionærene, og der udløses en eventuel avancebeskatning. For det modtagende selskab gælder det, at det erhverver aktierne i det oprindelige selskab til handelsværdi. Den skattepligtige aktieombytning medfører et nyt anskaffelsestidspunkt for de modtagne aktier.

Efter vor opfattelse er denne model sjældent brugt. Der kan forekomme enkelte situationer, hvor denne form for aktieombytning bør overvejes. Det kan være situationer, hvor der kun er en mindre skattepligtig avance til udskydelse eller et fremført tab, hvis aktieombytningen bliver gennemført som skattepligtig. Ved at tage den lille avance eller tabet til beskatning nu, kan det være en forberedelse til en forhåbentlig stor værdistigning inden for en kort tidshorison. Endnu en fordel er, at en skattepligtig aktieombytning hverken er underlagt anmeldelsespligt eller ansøgning, og aktierne i det oprindelige selskab kan i princippet sælges skattefrit fra dag ét, hvis de ellers opfylder kravene for datter- eller koncernselskabsaktier.

Det vil også efter L 202 med de nye aktieavancebeskatningsregler være fordelagtigt inden for koncerner med kapitalselskaber at gennemføre en skattepligtig aktieombytning, idet der ikke udløses avance, jf. ABL §§ 4 A og 4 B.

4.2 Fælles betingelser – aktieombytning med og uden tilladelse

I det følgende gennemgås de betingelser, der er stillet krav om i forbindelse med en aktieombytning. Der er nævnt nogle objektive krav direkte i ABL § 36, som både er gældende, hvad enten der er tale om en aktieombytning med eller uden tilladelse. Disse betingelser skal gennemgås, og er disse ikke opfyldte, er det ikke muligt at gennemføre en skattefri aktieombytning. Herudover skal de subjektive regler være opfyldte ved aktieombytning med tilladelse. Ved aktieombytning uden tilladelse er der yderligere objektive betingelser, der skal være opfyldte, for at en skattefri aktieombytning kan gennemføres.

4.2.1 Selskaberne

Spørgsmålet er, hvem der er omfattet af reglerne og kan gennemføre en skattefri aktieombytning. Dette er nævnt i ABL § 36, stk. 1, hvor der står, at det er gældende for de selskaber, der er omfattet af begrebet selskab i artikel 3 i Fusionsdirektivet, eller er selskaber, som svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som hører hjemme i lande uden for EU. Det skal

være et erhvervsdrivende selskab med en fast indskudskapital, hvor hæftelsen er begrænset til den indskudte kapital, og dermed er der ingen deltagere, der hæfter personligt.

Der kan dog være tilfælde, hvor lignende aktie- og anpartsselskaber kan accepteres, og dermed få lov til at gennemføre en skattefri aktieombytning. Opstår der tvivl, om selskaberne opfylder kravene, vil der blive taget stilling til det i de tilfælde, hvor der vælges aktieombytning med tilladelse. Vælges der skattefri aktieombytning uden tilladelse, kan der eventuelt søges bindende svar herpå. Her kan næves en sag,¹⁵ hvor Skat tillod et "Jersey Private Company Limited by Shares" at gennemføre en skattefri aktieombytning. Skat lagde i sin vurdering vægt på, at der var tale om et selskab med begrænset hæftelse, selvstændige vedtægter, udvidelse af ejerkredsen og et krav om ophør. Det skal dog holdes for øje, at det er ansøgeren, der har bevisbyrden for at fremlægge materiale og begrundelser for, at selskaberne skal omfattes.

Der er situationer, hvor de involverede selskaber ikke kan omfattes af reglerne om skattefri aktieombytning. Dette kan ses af flere afgørelser, hvor det har vist sig ikke at være muligt at gennemføre en skattefri aktieombytning.¹⁶ Her var det et tilfælde, hvor begge selskaber var omfattet af SSL § 1, stk. 1, nr. 3 altså kooperationsbeskatning. Skat vurderede, at de ikke opfyldte kravene, jf. ABL § 36, og det var således ikke muligt at gennemføre en skattefri aktieombytning.

4.2.2 Genstand

Det, der ombyttes, skal være ejerandele. Det vil sige, at det er ejerandele i et selskab, der byttes om til ejerandele i et nyt selskab. Det vil i de fleste tilfælde være aktie eller anparter, jf. ABL § 1. De værdipapirer, som også er nævnt i denne paragraf, er tegningsretter, køberetter og konvertible obligationer. Det forholder sig således, at på tegningsretter og konvertible obligationer kan der gennemføres skattefri aktieombytning, mens køberetter ikke er omfattet. Der står dog anført,¹⁷ at det ikke må have været hensigten med bestemmelsen i ABL § 36. I praksis vil det foregå således, at de konvertible obligationer bliver konverteret til aktier, inden der sker en aktieombytning. Tegningsretterne er omfattet af ABL, men spørgsmålet er, hvordan de i praksis vil indgå i en aktieombytning? Køberetterne vil fremstå som afhændede, og der vil dermed skulle ske afståelsesbeskatning.

En aktuel regel, der bør omtales, når der skal ske omstrukturering med henblik på generationsskifte, er, at det er muligt at opnå en tilladelse til skattefri aktieombytning på endnu ikke

¹⁵ SKM2008.95.SR

¹⁶ SKM2005.463.SKAT

¹⁷ Ligningsvejledningen 2009-2, S.G.18.1

eksisterende aktier. Det kan være aktuelt i situationer, hvor en indehaver ønsker at omdanne sin personligt drevne virksomhed til et selskab, og bagefter ønsker at gennemføre en skattefri aktieombytning.

4.2.3 Stemmeflertal

Som nævnt i ABL § 36, stk. 2, er det et krav, at der efter ombytningen er opnået stemmeflertal. Der skal være tale om, at der opnås stemmeflertal både formelt og reelt. Umiddelbart lyder det ikke som et område, der kan være problemer forbundet med. Der er dog flere situationer, hvor der kan opstå tvivl, om hvorvidt der er et reelt flertal efter ombytningen. Her kan nævnes flere sager, hvor denne problematik er opstået, og hvor der forsøges omgåelse af dette krav. Ejerandelene er ikke svære at gøre op, hvorfor fokus skal rettes mod stemmeretten, i og med der kan ligge dokumenter, hvor stemmeaftaler er indgået.

Blandt andet en sag,¹⁸ hvor der i forbindelse med en aktieombytning blev indgået en aftale mellem to anpartshavere. Der blev formelt opnået stemmeflertal i en periode, men i princippet var der ikke en reel besiddelse af stemmeflertallet. Landskatteretten anså dette som en omgåelse af reglerne, og aktieombytningen kunne ikke gennemføres som skattefri.

Begrebet aktionæroverenskomst har også indvirkning på kravet angående stemmeflertal i forbindelse med en aktieombytning. Den kan give aktionærene vetoret, og på den måde stå i vejen for beslutninger og herved være stopklods for en skattefri aktieombytning. Der er flere sager, der understreger Skat's klare holdning til denne problematik. Her kan nævnes en sag,¹⁹ hvor der blev nægtet tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning. Sagen omhandler et selskab, som ejede nominelt 76.500 kr. anpart ud af nominelt 150.000 kr. anpart. Der blev påtænkt at gennemføre en skattefri aktieombytning. Selskabet opfyldte kravet med hensyn til stemmeflertallet, da deres ejer- og stemmeandel udgjorde 51%. Problemet var, at der var indgået en anpartsoverenskomst, hvori der stod skrevet: "*hvor selskabet løber en større økonomisk risiko afgøres på anpartshavermøder.*" Der var ingen tvivl om, at en skattefri aktieombytning var en større økonomisk risiko for selskabet, og der skulle derfor opnås enighed herom på et anpartsmøde. Problemet var, at holdingselskabet af den grund alene formelt, men ikke reelt opnåede flertallet af stemmerne i selskabet. Derfor gav Skat ikke tilladelse til at gennemføre denne aktieombytning skattefrit.

Dette er blot med til at illustrere, hvor vigtigt det er, at alle forhold bliver vurderet. Der kan være situationer, hvor de involverede parter ikke skænker det en tanke, at de for mange år si-

¹⁸ TFS 1999, 492 LSR

¹⁹ SKM2006.372.LSR

den fik lavet sådan en aftale, idet denne ikke bruges dagligt i en virksomhed. Ligesom efterfølgende indgåede aktionæroverenskomster er underlagt anmeldelsesvilkåret,²⁰ hvis det kan have betydning for, hvorvidt stemmeflertalskravet er opfyldt.

4.2.4 Vederlag

Vederlaget, som det modtagende selskab får, består som hovedregel af aktier eller anparter. Der kan dog forekomme situationer, hvor der også sker vederlag i andet som nævnt i ABL § 36, stk. 2 *"...og eventuelt en kontant udligningssum"*, et såkaldt kontant vederlag. Forekommer det, at der sker vederlæggelse i andet end aktier, skal man være opmærksom på beskattningen heraf, idet et kontantvederlag anses som aktieafståelse, og beskattes efter de regler. Der opnås herved kun skatteudskydelse på de resterende aktier, som der succederes i.

Indtil 2002 måtte den maksimale kontantvederlæggelse, jf. ABL 36, stk. 2 kun udgøre 10%. Denne regel er dog ophævet, og der er ikke længere en grænse for, hvor stor en andel der må bestå i kontant vederlæggelse.²¹

4.2.5 Tidsbegrænsning

En aktieombytning er pålagt en tidsbegrænsning, idet den skal ske inden seks måneder fra den første ombytningsdag, jf. ABL § 36, stk. 4. Det er dog muligt at ansøge om forlængelse hos Skat. Efter vor opfattelse er det ikke en urimelig frist fra Skats side, og det er også nødvendigt, at der er fastsat en tidsfrist. Der kan selvfølgelig forekomme situationer, hvor det kan være svært at holde sig indenfor tidsfristen. Eksempelvis hvis der er udenlandske selskaber involveret eller andre forhold, der gør det svært at foretage en værdiansættelse.

Der kan være tilfælde, hvor der ikke er gjort nærmere overvejelser om, hvad en skattefri aktieombytning egentligt består af, og at de objektive krav skal være opfyldte. Dette viser denne sag fra praksis.²² Sagen omhandler selskab A's overtagelse af B, hvor der blev søgt om at gennemføre denne overtagelse via en skattefri aktieombytning. Vederlaget for aktieombytningen strakte sig over 2007, 2008 og 2009. Først i 2009 blev sidste rate af købesummen betalt, og på den måde kunne de ikke holde sig indenfor en periode på seks måneder. Der er ingen tvivl om, at de tre år er længere end seks måneder, men det skal blot understreges, at de formelle forhold også skal overholdes. Der kunne ligeledes ikke opnås dispensation på to år. Det må formodes, at det ikke er hensigten med denne dispensationsregel, men mere tænkt at kunne bruges på de situationer, hvor der mangler oplysninger med videre.

²⁰ Se afsnit 4.5.2

²¹ Lærebog om indkomstskat, kapitel 34, afsnit 1.5

²² SKM2009.442.SKAT

4.2.6 Tidspunkt

Aktieombytningen anses som sket på vedtagelsesdatoen, jf. ABL § 36, stk. 4. Det er ikke ligesom i flere andre omstrukturingsmodeller muligt at udføre det med tilbagevirkende kraft. Selskabsretligt kan et selskab stiftes med tilbagevirkende kraft, men skattemæssigt kan det ikke anses som sket før selve ombytningen.

4.3 Skattemæssige konsekvenser

Gøres der brug af reglerne i ABL § 36, skal reglerne i FUSL §§ 9-11 bruges af aktionærerne. Det betyder, at de aktier, som ombyttes til aktier, ikke skal opfattes som afstået og beskattes herefter. Med andre ord sker der det, at aktionærerne i moderselskabet succederer i anskaffelsessummer og -tidspunkt for de ombyttede aktier. En eventuel avancebeskatning er således udskudt, og hviler nu i stedet på det nye holdingselskab.

Som tidligere nævnt²³ vil det blive opfattet som afhændelse, hvis der indgår udligningssummer, og der skal derfor ske beskatning heraf.

Hvad angår både det oprindelige og det modtagende selskab, er der ingen skattemæssige konsekvenser. Det oprindelige får blot nye ejere, og aktionærerne i det oprindelige selskab bliver aktionærer i det modtagende.

Efter en aktieombytning er der tale om en koncern, hvor der opstår tvungen sambeskatning efter reglerne i SSL § 31.

4.4 Særlige forhold ved aktieombytning uden tilladelse

Som tidligere nævnt er det muligt at gennemføre en skattefri aktieombytning uden en tilladelse fra Skat, efter at de objektive regler blev indført i 2007. Efter reglerne, som er gældende til og med 2009, er der anført yderligere krav i ABL § 36 A. Disse er som nævnt fra indkomståret 2010 samlet og skrevet over i ABL § 36, stk. 6-7.

Ved en skattefri aktieombytning uden tilladelse er der en oplysningspligt overfor Skat. Den var tidligere anført i ABL § 36 A, stk. 9, men er nu blot flyttet til § 36, stk. 7. Der skal samtidig med indsendelsen af selvangivelsen for det modtagende selskab ske oplysning til Skat, om at det har deltaget i en aktieombytning i indkomståret. Der er sket en tilføjelse, som omhandler de tilfælde, hvor der sker afhændelse af de ombyttede aktier indenfor tre år. Er dette tilfældet,

²³ Se afsnit 4.2

skal der også gives oplysning herom, senest en måned efter at afståelsen er sket. Er disse oplysninger ikke givet, er der tale om en ikke korrekt selvangivelse.

4.4.1 Udbyttebegrænsning og holdingkrav

For at modarbejde at der sker skattespekulation, og at der herved kan opnås skattefrie gevinster, er der yderligere betingelser forbundet med en skattefri aktieombytning. I 2009 er reglen omkring udbyttebegrænsning stadig gældende og omtalt i lovens § 36 A, stk. 7 for aktieombytninger gennemført inden 22. april 2009. Den indeholder flere undtagelser og krav til, hvad der må udloddes. I hovedtræk forholder det sig således, at der maksimalt i tre år fra ombytningstidspunktet må udloddes det regnskabsmæssige resultat. Altså ombytningsåret og de to efterfølgende år. Tab der er opstået i tidligere år modregnes. Dette har tidligere givet anledning til tvivl, om hvor meget der skal medtages, og der er set flere kreative situationer, hvor det er forsøgt at overflytte skattefrit udbytte, som er optjent før aktieombytningen.²⁴ Såfremt denne regel ikke eksisterede, ville det give mulighed for at "tømme" selskabet for frie reserver ved at overføre skattefrit udbytte, for derefter at vente tre år og her sælge aktierne skattefrit.

Ovennævnte problematik og krav er ikke mere aktuelle, da denne regel er blevet erstattet af det såkaldte holdingkrav. Hvor der i den nye ABL § 36, er tilføjet i stk. 6, at det er et krav, at det modtagende selskab skal eje de ombyttede aktier i mindst tre år efter vedtagelsen af aktieombytningen. Som følge af ændringerne i ABL §§ 8-9 skal holdingkravet forhindre, at der sker skattemæssige spekulationer. Var begrænsningen ikke indsat, var det muligt på samme tid at lave en skattefri aktieombytning, hvorefter aktierne i datterselskabet kunne sælges skattefrit fra dag ét. Det kunne især være aktuelt i det tilfælde, hvor der er tale om en personlig dreven virksomhed, hvor denne omdannes til selskab og efter en aktieombytning sælges skattefrit. Var virksomheden solgt som personlig ejet, ville det have udløst avancebeskatning hos den fysiske person.

Det er dog muligt at gennemføre en anden form for omstrukturering i de berørte selskaber indenfor den treårige periode.²⁵ Denne undtagelse er nævnt i § 36, stk. 6, 4. pkt. Det er dog et krav, at det skal ske med vederlæggelse fuldt ud i aktier. Restejertiden i forhold til holdingkravet på aktierne i den gennemførte aktieombytning, vil blive overført på de efterfølgende selskaber. Denne bestemmelse er efter vor opfattelse indsat for ikke at hæmme en optimering af koncernstrukturen. Så længe avancen stadig hviler i selskaberne, er avancebeskatningen ikke undgået men blot udskudt. Der er nævnt eksempler i artiklen,²⁶ hvor der redegøres for, hvor

²⁴ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.6.5.7

²⁵ Se bilag 2 – efterfølgende omstruktureringer

²⁶ Artikel af Susanne Kjær, Tax partner KPMG, SR-Skat 2009.0146

der kan opnås skattefrihed ved efterfølgende omstruktureringer. Det modtagende selskab anses ikke for at have afstået aktierne, hvis der blot gennemføres en ny skattefri aktieombytning, som opfylder betingelserne. Aktierne vil blot blive ombyttet med aktier, i et mellemliggende selskab. Der kan også være situationer, hvor det modtagende selskab efterfølgende spaltes skattefrit, eller hvor det oprindelige selskab spaltes skattefrit, og de ombyttede aktier overdrages til et eller flere af de modtagende selskaber. Skattefriheden vil ligeledes bevares, hvis det modtagende eller det oprindelige selskab indgår i en skattefri fusion.

Med efterfølgende omstruktureringer skal det nye begreb "statusskifte" holdes for øje. Begrebet er opstået i forbindelse med den nye ABL, hvor beskatningen afhænger af aktieklassen. Eftersom der, jf. ABL § 33 A, som hovedregel skal ske beskatning, som aktien var afstået, hvis der skiftes aktieklasser. Spørgsmålet er, hvorledes man skal forholde sig, hvis der sker skift i aktieklasser i de oprindelige selskabsaktier. Umiddelbart vil et sådant skift i forbindelse med holdingkravet ikke blive anset som afstået. Dog skal det faktum, at der sker beskatning, hvis der sker skift fra porteføljeaktier til enten datter- eller koncernselskabsaktier stadig overholdes, eftersom der ellers kan opnås en skattefri avance ved blot at købe flere aktier.

Konsekvensen, hvis der sker afståelse inden tre år, vil som udgangspunkt være, at det bliver anset som salg til tredjemand på ombytningstidspunktet, og ombytningen bliver nu i stedet skattepligtig. Der kan dog ansøges om tilladelse til salg af aktierne før tid, men Skat vil kræve, at der ligger en forretningsmæssig begrundelse til grund herfor. Det vil sige, at vi nu hopper over i reglerne om skattefri aktieombytning med tilladelse,²⁷ som nu skal være retningslinjerne for omstruktureringen.

4.4.2 Handelsværdi

Skal en aktieombytning være skattefri, jf. ABL § 36 A, er det en betingelse, at værdien for vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum opgøres til handelsværdien af de ombyttede aktier. Denne er efter L 202 blot videreført til ABL § 36, stk. 6, således denne bestemmelse også fremadrettet er gældende.

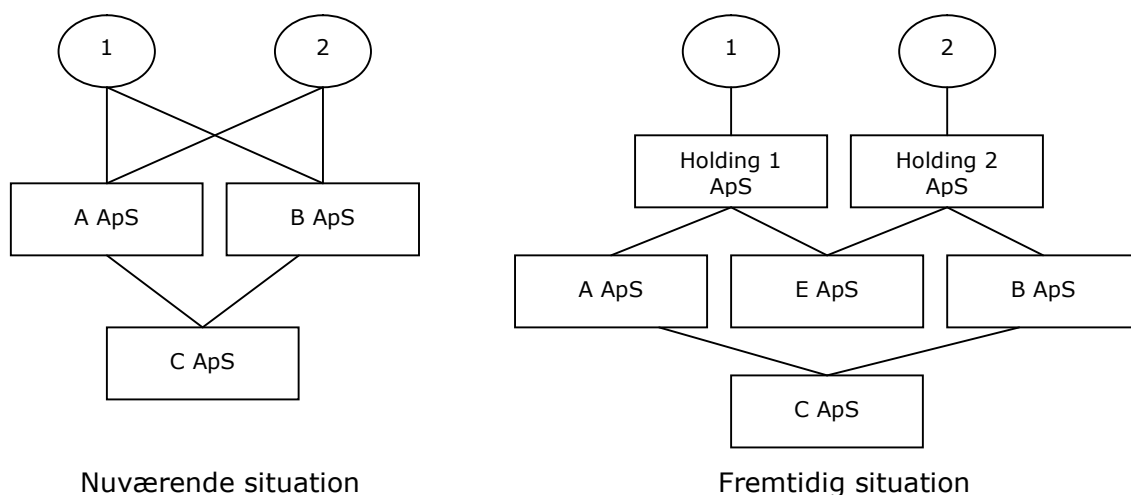
Det kan være svært at finde en handelsværdi for et unoteret selskab. Der er ikke et reelt marked for disse selskaber. Er der tale om uafhængige parter, vil Skat som udgangspunkt acceptere værdiansættelsen af aktierne, som en handelsværdi, idet det er modstridende interesseforhold. Skat har udgivet værdiansættelsescirkulærer,²⁸ som skal være med til at imødekomme denne problemstilling. Der har været en del afgørelser og sager på dette område, i og med

²⁷ Se afsnit 4.5

²⁸ TSS-cirkulære 2000-9 og 10 og goodwillcirkulæret af 21. august 2009

det er en vurderingssag, og der ikke er tale om direkte fakta, som nogle af de andre anførte objektive regler i ABL § 36. Såfremt aktieombytningen ikke sker til handelsværdi, får det den konsekvens, at den i stedet for skattefri bliver skattepligtig.

Et bindende svar²⁹ af nyere tid, som omhandler denne problemstilling, er en situation, hvor der var tale om to brødre. De to brødre ønskede at etablere holdingselskaber, som skulle eje en række butikker, og herefter opdele ejerskabet til disse driftsselskaber. Det vil sige, at der var tale om en skattefri aktieombytning efterfulgt af to skattefrie ophørsspaltninger efter de objektive regler. De ville etablere en holdingstruktur omkring ejerskabet til A ApS, B ApS og C ApS og herved få opdelt ejerskabet til A ApS og B ApS. Den ene bror ønskede sit eget helejede holdingselskab. Den anden bror ønskede ligeledes sit eget helejede holdingselskab. De to holdingselskaber skulle hver eje 50% af C ApS. I A ApS var der et andelsbevis vedrørende ejendommen D, hvorfra butikken i A-by skulle drives. De ønskede ejendommen D i A-by udskilt til et selvstændigt ejendomsselskab E ApS.



Figur 2: Grafisk illustration af SKM2008.198.SR

Skats værdiansættelsescirkulære var brugt til værdiansættelse af anparterne i driftsselskaberne, samt et skøn over inventar og lokaleindretning. Man kan være tilbøjelig til at tro, at der i denne sag ikke var modstridende interesser, men skattemæssigt vurderes et søskendeforhold som ikke interessebundne parter, og der er dermed tale om to modstridende parter. De mister hver især deres ejerskab i selskab A og B, og man må formode, at der er en tendens til, at der bliver "byttet" lige over, og at der ikke er incitament til at snyde hinanden. Svaret fra Skat blev, at omstruktureringen var sket til handelsværdi, og reglerne i ABL § 36 var således overholdt.

²⁹ SKM2008.198.SR

Analyseres sagen og ses der nærmere på den fremtidige situation, kan det være en forberedelse til et generationsskifte. Selvfølgelig også en form for risikospredning. De daværende aktieavancebeskatningsregler medførte, at efter tre år kunne aktierne i de underliggende selskaber til Holding 1 og 2 ApS sælges skattefrit. De to brødre var ikke nær så afhængige af hinanden, ligesom det var muligt at skille sig af med driften, og kun beholde ejendommen beliggende i E ApS. Den nye konstruktion var mere hensigtsmæssig både med et generationsskifte i fremtiden, men der var også sket større risikospredning i koncernen.

Der er gennem tiden kommet en anden vinkel på handelsværdiproblematikken. Der må ikke ske formueforrykkelse mellem aktionærerne, ligesom der ikke må flyttes værdier fra nye til gamle aktier. Denne problematik er man ude over i 2010, idet der nu er indsat et holdingkrav, og avance opnået ved salg af datter- og koncernselskabsaktier er skattefrie. Det, der stadig er gældende, er, at der ikke sker værdimæssig forrykkelse mellem parterne. I ovenstående eksempel kunne det have været tilfældet, hvis værdierne i A ApS var værdiansat for lavt, og herved "gav" den ene bror noget skattefrit til den anden bror. Det er derfor vigtigt, at værdien opgøres i begge selskaber, således der ikke sker forrykning mellem værdierne.

Det er vigtigt, at en værdiansættelse opgøres til handelsværdi, hvilket også fremgår i en sag,³⁰ hvor der sker aktieombytning til et eksisterende selskab. I denne sag må det vurderes, at Skat var meget striks, hvad angår værdiansættelsen. Sagen omhandler en aktionær, som ejede 100% af to selskaber. Han ønskede at overdrage det ene selskab til det andet. Skat vurderede, at overdragelsen ikke var sket til handelsværdi, da det erhvervede selskabs værdi var betydeligt højere. Det, der er bemærkelsesværdigt ved denne sag, er, at selskaberne er ejet af en aktionær, og der er dermed ikke sket forskydning mellem flere aktionærer. Aktierne skulle ligeledes skattemæssigt behandles ens, da de begge var ejet over tre år. Til trods for det kunne ombygningen ikke ske skattefrit.

4.4.3 Erhvervelsestidspunkt og anskaffelsessum

Bestemmelserne i ABL § 36, stk. 4 og 5 vil fra indkomståret 2010 være overflødige på grund af de nye aktieavancebeskatningsregler, og som tidligere nævnt er der indsat en bestemmelse om en ejertid på minimum tre år. Paragraffen omhandler særlige forhold om, at aktier i det ombyggede selskab anses erhvervet på ombygningstidspunktet til den oprindelige anskaffelsessum eller handelsværdien, hvis denne er lavere. Stk. 5 betyder, at der vil opstå en skattepligtig avance, hvis aktierne i det erhvervede selskab sælges indenfor kort tid. Det ligger sig op af reglerne om de almindelige anmeldelsesvilkår.

³⁰ SKM2008.281.SR

4.5 Særlige forhold ved aktieombytning med tilladelse

Det er stadig muligt at benytte sig af reglerne om at søge tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning. Der er en række betingelser, som skal være opfyldte, hvis Skat skal give tilladelse. Som gennemgået tidligere³¹ er der en række objektive betingelser, der skal være opfyldte. Herudover er der en række subjektive betingelser, der skal være opfyldte. De subjektive betingelser afhænger af den konkrete sag og kan afvige fra den ene situation i forhold til den anden. Det er på dette punkt, at reglerne om tilladelse adskiller sig fra de tidligere omtalte regler uden tilladelse. Som tidligere nævnt findes reglerne i ABL § 36, som fra indkomståret 2010 også omhandler skattefri aktieombytning uden tilladelse.

4.5.1 Forretningsmæssig begrundelse

Den forretningsmæssige begrundelse er en af de subjektive betingelser, som Skat skal tage stilling til i den konkrete sag. Fortolkningen af den forretningsmæssige begrundelse tager sit afsæt i Fusionsdirektivets artikel 11 og i den praksis, som er på området. Praksis har været med til at forme, hvilke forhold der tages højde for fra Skats side. Ansøgningen til Skat skal indeholde økonomiske betragtninger og forretningsmæssige begrundelser. Grunden til, at de er omtalt som subjektive regler, er, at Skat i den enkelte sag skal tage stilling til en række faktorer. I nedenstående citat fra Fusionsdirektivets artikel 11 fremstår to eksempler i teksten, *"omstrukturering eller rationalisering"*.

Den forretningsmæssige begrundelse handler om en fortolkning af hovedformålet. Hovedformålet må ikke bestå af skatteundgåelse eller skatteudskydelse. Er den forretningsmæssige årsag ikke konkretiseret og sandsynliggjort, og der samtidig opnås skattemæssige fordele, anses det for at være den skattemæssige fordel, der ligger til grund for omstruktureringen, og tilladelsen vil derfor ikke blive givet.

Den forretningsmæssige begrundelse skal tage sit afsæt i selskabets situation og ikke aktionærernes interesser. Aktionærernes begrundelse kan indgå i beslutningen, hvis der er sammenfald mellem selskabets interesse og aktionærernes. Der skal være en konkret begrundelse af, at transaktionen medfører det ønskede mål.

De afsluttende bestemmelser i Fusionsdirektivets artikel 11 beskriver, at skatteundgåelse ikke må være det egentlige formål. Der står direkte skrevet *"forholder det sig sådan, at en af de i artikel 1 nævnte transaktioner ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering ... kan der være grund til at formode, at hovedformålene*

³¹ Se afsnit 4.2

med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.” Det er netop Skats opgave, at det ikke sker, ved at der laves en subjektiv vurdering af den enkelte sag. Det er nævnt ovenfor, at formålet skal bestå enten i omstrukturering eller rationalisering. Når Skat skal vurdere den konkrete sag, vil det være de to faktorer, som der vurderes ud fra.

Denne sag³² viser, at det ikke er nok med en forretningsmæssig begrundelse, men at denne skal være konkret og velbegrundet. Ejendoms- og vognmandsvirksomheden havde angivet deres forretningsmæssige begrundelse om at opnå risikoafdækning og et fremtidigt generationsskifte. I sig selv var der tale om forretningsmæssige begrundelser, men problemet var, at disse ikke var konkretiseret og der ikke forelå aktuelle planer herfor. Af den årsag konkluderede Skat, at der var tale om skatteundgåelse som hovedformål. Denne sag viser, hvor vigtigt det er, at en skattefri aktieombytning er velbegrundet og konkretiseret i ansøgningen.³³

Der lægges vægt på, om ombytningen også vil lette eventuelle generationsskifter. Der er som tidligere nævnt mange virksomheder, hvor et generationsskifte står for døren. Der vil igen blive set på selskabets situation og ikke aktionærens.

Spørgsmålet er, om generationsskifte kan være en forretningsmæssig begrundelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Der foreligger ældre sager, hvor et generationsskifte rent faktisk blev godtaget som begrundelse, men i 2004 og 2005 var der en del sager, hvor der skete opstramninger herpå. Skat lod ikke generationsskifte være en gyldig grund og flere og flere fik afslag. Dette har Susanne Kjær undret sig over i sin artikel,³⁴ da hun omtaler, at Skatteministeren har udtalt, at der ikke fra politisk side var noget ønske om at skærpe praksis på området. I artiklen gennemgår hun en sag, hvor der netop ligger et generationsskifte til grund for omstruktureringen. Skat afslår ansøgningen, da de mener, at faderens glidende udtræden konverteres fra skattepligtig til skattefri, til trods for at der reelt kun er tale om en midlertidig skatteudskydelse. Skat mener dog, at omstruktureringen hovedsageligt har det formål at give ejerskabet fra et selskab til et andet skattefrit, og Skat vurderer derfor, at aktiviteterne ikke kan opfattes som omstrukturering eller rationalisering. Susanne Kjær har en anden opfattelse og mener, at eftersom sønnen har været ansat og deltaget i driften gennem en længere år-række, vil det være oplagt for den fortsatte eksistens af virksomheden og dermed en velbegrundet forretningsmæssig årsag. Tidligere afgørelser i forbindelse med skattefri spaltning med generationsskifte som begrundelse er dog blevet godtaget af Skat.³⁵

³² SKM2008.255.LSR

³³ Sagen er også omtalt i kapitel 3

³⁴ Artikel af Susanne Kjær, Tax partner KPMG, SR.2005.0348

³⁵ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.2.7.4

Det, der har flyttet praksis omkring den forretningsmæssige begrundelse på det seneste og understøttet Susanne Kjær's opfattelse, er en afvist ansøgning fra Landsskatteretten.³⁶ Skatteministeren har taget sagen op, og den blev indbragt for domstolene. Den omhandlede et planlagt generationsskifte, hvor den nye generation ikke havde midler til finansiering af overtagelsen 100% her og nu. Den løbende skattefrie udlodning ville give mulighed for, at de nye aktionærer kunne tegne fondsaktier. Sagen endte med, at den forretningsmæssige begrundelse blev accepteret, og skatteundgåelse blev ikke, som først antaget, anset som hovedformål, men parterne havde blot også lagt vægt herpå.

Der hersker tvivl om, hvorvidt passive selskabers omstrukturering kan blive forretningsmæssigt begrundet. Det er efter vor opfattelse svært, da der ofte ikke er nogen konkret aktivitet udover investering. Foretager virksomheden passiv investering i for eksempel obligationer eller andre mindre risikable værdipapirer, kan det være svært at komme med en forretningsmæssig begrundelse. Dette understøtter en konkret sag,³⁷ hvor en aktionær ønskede at afhænde sine aktier på sigt og efterfølgende bevare salgssummen i selskabet. Denne blev ikke godtaget, da Skat anså, at hovedformålet var skatteudskydelse.

Risikoafdækning er som udgangspunkt en gyldig forretningsmæssig begrundelse. Risikoafdækning består i at sikre selskabets aktiver. Med en holdingkonstruktion kan man føre de frie reserver via udbytteudlodning fra driftsselskabet til moderselskabet. Pengene er hermed sikret mod kreditorforfølgning, forudsat der ikke forelægger kautioner eller andre former for sikkerhedsstillelser. Begrundelsen skal dog være konkret og begrundet, idet Skat ellers ville kunne stille spørgsmålstegn ved, om der er tale om skattespekulation, idet udbytte til fysiske personer også ville sikre imod kreditorforfølgelse. Der bør derfor i ansøgningen blive omtalt, at udbyttet skal være til rådighed for driftsselskabet i form af udlån.

Efter vor opfattelse er det blevet sværere på det seneste at lave en velbegrundet forretningsmæssig begrundelse, som medfører at aktieombytningen kan være skattefri. Dette synspunkt har vi draget os gennem afgørelser og sager på området. Med svære mener vi, at begrundelsen skal være konkret, og muligheden for at få tilladelse foreligger ikke i de tilfælde, hvor en aktieombytning blot er en forberedelse til et senere generationsskifte. Tidshorisonten for gennemførelsen af et generationsskifte vil spille en væsentlig rolle, og om der allerede er en ny generation på vej til at overtage.

³⁶ SKM2007.806.LSR – også omtalt i kapital 3

³⁷ SKM2001.37.LSR

4.5.2 Væsentlige ændrede forhold

Benyttes skattefri aktieombytning med tilladelse, stilles der i praksis i de fleste tilfælde vilkår om, at der er pligt til at anmelde væsentlige forhold til Skat. Væsentlige forhold vil sige de oplysninger, som var en del af Skats beslutningsgrundlag på det tidspunkt, hvor de gav tilladelsen. Der er ikke en uendelig tidsperiode for, hvornår de væsentlige forhold skal anmeldes til Skat. Denne anmeldelsesperiode vil ofte løbe over tre år. Overholdes denne bestemmelse ikke, kan det have store konsekvenser, og den tidligere tilladelse vil blive trukket tilbage, og aktieombytningen vil blive beskattet, som aktierne var afstået. Anmeldelsen skal være skriftlig og indsendes senest tre måneder inden, ændringen ønskes gennemført. Der kan dog være visse undtagelser til bestemmelsen. Er den udenfor selskabets indflydelse, vil det blot være et krav, at ændringen anmeldes en måned efter, det er sket.

Der kan gives følgende eksempler³⁸ på, hvilke vilkår der skal anmeldes:

- indgåelse af aftaler om afståelse af aktier i datterselskabet, herunder købe- og salgsretter
- ændringer i ejer- eller kapitalforholdene i datterselskabet, herunder udstedelse af medarbejderaktier
- ændring i aktieklasser (opdelinger eller sammenlægninger) i datterselskabet eller i aktieklassernes rettigheder
- andre former for ændringer i koncernstrukturen
- tilbagesalg af de ved ombytningen erhvervede aktier i holdingselskabet
- indgåelse eller ophævelse af aktionæroverenskomster af betydning for stemmefordelingen i datterselskabet
- ekstraordinære udbytteudlodninger og ordinære udbytteudlodninger i holdingselskabet, der overstiger årets resultat
- frasalg af enkelte eller alle aktiviteterne i datterselskabet

Denne liste er ikke udtømmende, men skal opfattes som en vejledende liste til de situationer, hvor der er behov for at indsende anmeldelse om ændrede vilkår. Hovedreglen er, at alle de forhold, som Skat har brugt i sin beslutning om at tillade aktieombytningen, er der indsendelseskrav på. Herudover skal de objektive regler som udgangspunkt i den treårige periode stadig være overholdt, såsom stemmeflertallet. Det afhænger af, om den oprindelige situation nu i stedet for minder om skatteundgåelse, og om det kunne have været forudset i forbindelse med den oprindelige ansøgning. Som eksempel kan nævnes, hvis en hovedaktionær afgår ved døden eller bliver uarbejdsdygtig, kan det være oplagt, at aktierne afhændes. Det kunne ikke

³⁸ Ligningsvejledning S.G.18.7.2

forudsiges, og kunne heller ikke karakteriseres som skatteundgåelse. På den anden side, hvis der allerede på ansøgningstidspunktet var intentioner om at sælge datterselskabsaktierne umiddelbart efter de tre år, skal dette også omtales i ansøgningen, hvilket også ses i denne sag.³⁹ Her var der netop allerede ved omstruktureringen indgået aftale om at afhænde aktierne efter tre års ejertid. De skattemæssige regler er indrettet således, at allerede på aftaletidspunktet anses aktierne for afstået.

Der skal som nævnt også ske anmeldelse, hvis der sker en ændring af kapitalforholdene. Her kan nævnes en kapitalforhøjelse, hvis denne sker af andre end den oprindelige aktionær. Det kan sidestilles med skatteundgåelse ved, at en hovedaktionær herved undgår en afståelsesbeskatning. I sådanne tilfælde vil en kapitalforhøjelse erstatte et salg.

Med hensyn til ændring af aktieklasser kunne det forstilles at forekomme i forbindelse med et generationsskifte. Eksempelvis hvis det antages, at forældrene ejer A-aktier og på nuværende tidspunkt har den bestemmende indflydelse. Børnene er i besiddelse af B-aktier. Ændres vedtægterne således, at aktieklasserne sidestilles, skal det skattemæssigt opfattes som en afståelse. Der er også set flere ansøgninger, hvor Skat indsætter et krav om, at der ikke må ske forskydning af aktieklasserne i forbindelse med en aktieombytning. Det sidestilles med forskydning i rettigheder og formueforhold mellem de involverede aktionærer.

Der kan stilles spørgsmålstegn ved, om der vil blive tilføjet yderligere eksempler efter den nye harmonisering af aktieavance- og udbyttebeskatningen. Efter vor opfattelse vil det helt klart have en indflydelse på denne bestemmelse, da datterselskabsaktier kan sælges skattefrit, hvor der før var et ejertidskrav på tre år på aktier. Der er ingen tvivl om, at der vil komme sager, hvor der anmeldes salg af datterselskabsaktier, før de tre år er gået. Der kan forekomme situationer, hvor generationsskiftetankerne kom lidt sent, og selve generationsskifteplanen blev igangsat lidt for sent. Der forsøges herved at indhente lidt tid. Det skal dog holdes for øje, at det er et område, som Skat vil holde skarpt øje med, idet det her vil være oplagt at forsøge skatteundgåelse. På nuværende tidspunkt er der ikke i praksis taget stilling til konsekvenserne.

4.6 Aktieombytning med eller uden tilladelse

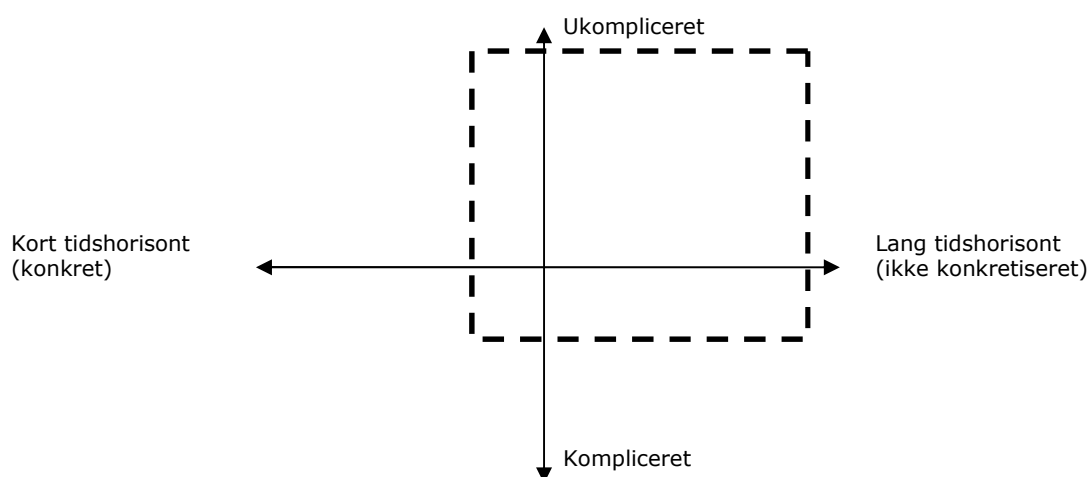
I en generationsskiftesituation skal det vurderes, om der skal ske aktieombytning med eller uden tilladelse. Der er fordele og ulemper forbundet med begge modeller. I det efterfølgende vil disse blive oplistet og omtalt.

³⁹ TFS 2001, 971 LR

Der kan ikke generaliseres, om den ene model er mere fordelagtigt end den anden, men det må overvejes i den konkrete sag. Der er dog faktorer, der kan tale for, om den ene model skal anvendes frem for den anden. Er der tale om en ukompliceret sag, hvor eksempelvis værdiansættelsen er enkel, vil det være at foretrække, at denne gennemføres uden tilladelse. Eller de situationer, hvor der er tale om passive selskaber, kan det som tidligere nævnt⁴⁰ være svært at give nogle konkrete forretningsmæssige begrundelser. På den anden side kan der være tale om komplicerede sager, hvor udenlandske selskaber indgår, eller hvor flere selskaber er involveret i aktieombytningen. Ligesom aktieombytningen skal danne grundlag for yderligere omstruktureringer.

Der er overordnet to faktorer, der spiller en stor rolle i beslutningsprocessen, om aktieombytningen skal ske med eller uden tilladelse. Den ene er tidshorisonten, og herunder hvor konkret den forretningsmæssige begrundelse er. Ligesom det må vurderes, hvor kompliceret den enkelte sag er. I nedenstående figur er der skitseret, hvordan disse faktorer kan påvirke valget. Den stiplede firkant viser ud fra vores syn, hvor det vil være oplagt at benytte sig af reglerne uden tilladelse. Det er de situationer, hvor tidshorisonten for det endelige mål er lang, og det på nuværende tidspunkt ikke er konkret, men at sagen er ukompliceret. Er der kun enkelte uafklaringer, kan der eventuelt søges et bindende svar herpå. Benyttes denne mulighed, skal der ikke redegøres for andre faktorer, end dem der spørges til.

Der er sager, hvor tidshorisonten på det endelige resultat er lang, og situationen er forbundet med mange usikkerheder samtidig med, at sagen er kompliceret. Her vil mange forsøge at få tilladelsen. Opnås dette ikke som ønsket, kan de objektive regler uden tilladelse benyttes.



Figur 3: Beslutningsmodel

⁴⁰ Se afsnit 4.5.1

Vi mener, at indførslen af de nye regler gældende fra 22. april 2009 om at overholde holdingkravet⁴¹ ikke har hæmmet muligheden for at benytte aktieombytning med tilladelse. Tværtimod er ejertiden meget konkret og let at forholde sig til. Gennemføres aktieombytningen med tilladelse vil Skat i de fleste tilfælde i deres tilladelse alligevel sætte det som krav, at aktierne ikke afhændes indenfor tre år. Ligesom det kan være svært at leve op til kravene om den forretningsmæssige begrundelse, hvis ikke der foreligger konkrete planer indenfor den nærmeste tids. Skat godtager ikke en begrundelse om at lette et generationsskifte på længere sigt, som på nuværende tidspunkt ikke er planlagt og konkretiseret. Udviklingen af reglerne på området har medført en opdeling, hvor der på den ene side er de situationer, som er konkrete med et generationsskifte nært forestående. De vil i langt de fleste tilfælde benytte sig af reglerne med tilladelse. På den anden side er der dem, som ikke har konkrete planer og er mere i forberedelsesfasen. De er nødsaget til at benytte reglerne uden tilladelse.

Der er dog den mulighed for aktieombytning med tilladelse at opnå tilladelse til salg af aktier inden tre år. Det er muligt, hvis argumentationen ellers er forsvarlig, men den skal være meget velbegrundet. Der er dog ingen tvivl om, at Skat vil være tilbageholdende med at give sin accept hertil.

I tiden efter ombytningen vil der kun skulle overholdes et krav, hvis der er tale om aktieombytning uden tilladelse, nemlig holdingkravet. Er der derimod tale om aktieombytning med tilladelse, skal det holdes for øje, at der som tidligere nævnt er et anmeldelseskrav om væsentlige ændrede forhold, som kan bestå af mange forskellige.

4.7 Aktieombytning som generationsskiftemodel

Når et generationsskifte står for døren, skal der gøres overvejelser herom. En mulig model til benyttelse ved generationsskifte er den ovenfor gennemgåede aktieombytning. Her gælder princippet om at få adskilt overdragelsestidspunktet med beskatningstidspunktet. Det gør, at skatten udskydes, og likviditeten forbliver i selskabet og giver herved alt andet lige et bedre forretningsgrundlag. Der er ofte et ønske om at overdrage virksomheden så billigt som muligt i forbindelse med et familiemæssigt generationsskifte, uden at det udløser skat hos modtageren i form af modtaget gave. På den anden side et ønske om, at overdragelsen kan ske uden, at det udløser beskatning for overdragen.

En aktieombytning vil være oplagt at gennemføre i god tid inden, et egentligt generationsskifte ønskes gennemført. Med en holdingkonstruktion er det også muligt at slanke egenkapitalen

⁴¹ Se afsnit 4.4.1

ved at udlodde frie reserver i form af overskudslikviditet til moderselskabet. Det giver dermed flere mulige købere til selskabet, da prisen ikke længere er så høj. Nogle vil formentlig mene, at der ikke er behov for at købe penge for penge. Der kan efter tre år via en aktieombytning uden tilladelse ske salg af aktierne i datterselskabet skattefrit. Det medfører, at aktionæren ikke er tvunget til at tage avancen til beskatning nu, men kan lade den stå i selskabet og tage den ud som et løbende udbytte. Først når det kommer ud til den fysiske person, kommer det til beskatning efter PBL § 4 a.

En holdingstruktur giver også mulighed for at foretage yderligere omstruktureringer, som vil gøre generationsskiftet mere hensigtsmæssigt. Det kan være i de tilfælde, hvor der er to ejere til holdingselskabet, hvor ejerne ikke længere har samme ønske om udbytte med videre. Ligesom det på sigt ikke er afklaret, hvorvidt der skal ske salg af selskabet. Der opstår mulighed for at spalte holdingselskabet, således at hver ejer får hver sit selskab, som de hver især har den bestemmende indflydelse på. Den ene ejer eksempelvis faderen kan på den måde få pengeskassen, mens sønnen kan få det fulde ejerskab i driftsselskabet og herved drive virksomheden, blot det sikres, at der ikke sker formueforrykkelse indbyrdes blandt aktionærerne.

Ud fra overstående kan det konkluderes, at hvis der er tale om en struktur med et holdingselskab, giver det alt andet lige flere muligheder i forhold til et generationsskifte, hvorfor denne model kun kan anbefales som led i et generationsskifte.

4.8 Case

Der er i nedenstående illustreret et eksempel på en aktieombytning. Ombytningen er foretaget uden tilladelse. Ombytningen er mindre kompliceret, og Hans Hansen har ikke nogle forventninger om at afhænde aktierne inden tre år fra ombytningstidspunktet.

Hans Hansen har en tømrervirksomhed, som før i tiden lavede mindre arbejder, men er nu begyndt at være med i større udbudsprojekter. Han er ved at være oppe i årerne og er godt klar over, at der ikke er så lang tid tilbage på arbejdsmarkedet. Han er i samråd med sine rådgivere nået frem til den konklusion, at det vil være fordelagtigt at gennemføre en skattefri aktieombytning. Virksomheden er opgjort til en handelsværdi på kr. 5.500.000. Den uafhængige revisor har afgivet en vurderingsberetning.

- Egenkapital: kr. 5.000.000
- Goodwill: kr. 500.000

Herudover ønsker Hans Hansen kr. 250.000 i kontant udligningssum.

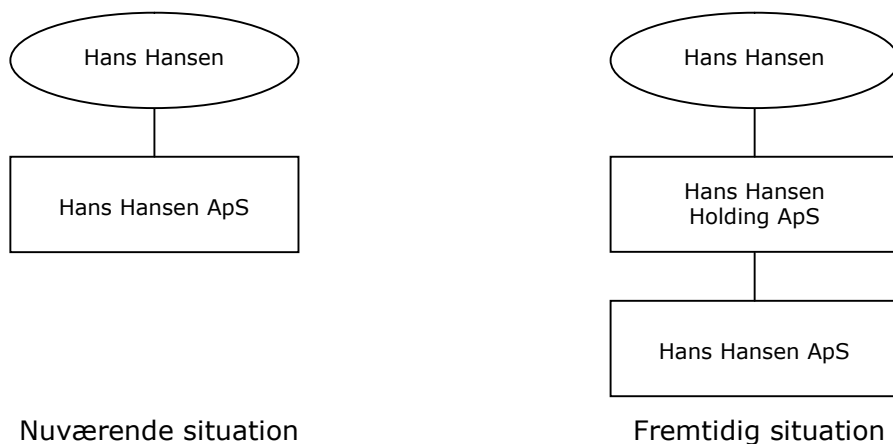
Hans Hansen stifter Hans Hansen Holding ApS med en anpartskapital på kr. 125.000.

Balance for Hans Hansen Holding ApS

AKTIVER	2010 tkr.	PASSIVER	2010 tkr.
Kapitalandel i tilknyttet virksomhed	5.500	Anpartskapital	125
Finansielle anlægsaktiver	5.500	Overkurs ved stiftelse	5.125
ANLÆGSAKTIVER	5.500	EGENKAPITAL	5.250
AKTIVER	5.500	Gæld, udligningssum	250
		Kortfristede gældsforpligtelser	250
		GÆLDSFORPLIGTELSE	250
		PASSIVER	5.500

Tabel 4: Case, balance for Hans Hansen Holding ApS

I det ovenstående er åbningsbalancen for Hans Hansen Holding ApS. Kapitalandel i tilknyttet virksomhed er anpart i Hans Hansen ApS. Hans Hansen ejer nu personligt aktier i Hans Hansen Holding ApS i stedet for aktier i Hans Hansen ApS. Hans Hansen har valgt at få udbetalt en kontant udligningssum i forbindelse med aktieombytningen. Som tidligere anført sidestilles et kontantvederlag med aktieafståelse, og beskattes efter de regler.



Figur 5: Case, koncernstruktur for Hans Hansen

I denne situation skal Hans Hansen beskattes som følgende:

Handelsværdien af aktierne i Hans Hansen ApS er på ombytningstidspunktet kr. 5.500.000, og med en nominal anpartskapital på kr. 500.000 giver det en kurs på 110. Med en kontant udligningssum på kr. 250.000 svarer det til, at der nominelt er afstået 22.727 af anpartskapitalen.

Avancen opgøres ved at sætte afståelsessummen på kr. 250.000 op mod den oprindelige anskaffelsessum på anparterne. Der er for år tilbage gennemført en skattefri virksomhedsomdannelselse, hvor anskaffelsessummen på anparterne blev opgjort til kr. 125.000. Med en nominal anpartskapital på kr. 500.000 giver det en anskaffelseskurs på 25. Dermed er den oprindelige anskaffelsessum for de afståede anparter kr. 5.682.

Anskaffelsessum: kr. 5.682

Afståelsessum: kr. 250.000

Avancen udgør dermed kr. 244.318, som skal beskattes efter reglerne i PBL § 4 a.

Der er i princippet ikke sket noget med det oprindelige driftsselskab, udover det har fået ny ejer. Efter de tre år fra ombytningsdagen er holdingkravet opfyldt, og anparterne i Hans Hansen ApS kan sælges frit. Enten kan pengene investeres, eller han kan lade dem stå som kontanter og trække det årlige ønskede udbytte ud privat. Hans Hansen vil kun blive beskattet af det, der trækkes ud personligt. Investeres pengene i værdipapirer, vil det dog medføre en lagerbeskatning heraf, jf. ABL § 23, stk. 5 og KGL § 25, stk. 4 for Hans Hansen Holding ApS. Havde der ikke været stiftet et holdingselskab og dermed mulighed for at udskyde en avancebeskatning ved afståelse af driftsselskabet, ville den fulde aktieavance blive udløst til beskatning på afhændelsestidspunktet. I den forbindelse kan nævnes muligheden for at benytte PBL § 15 A omkring ophørspension, hvor avancen ved salg af aktier kan indskydes på pension og fradrages i aktieindkomsten. (2009: maks. kr. 2.507.900). For at ordningen kan benyttes, er der dog en række betingelser Hans Hansen skal opfylde. Ligesom det bør bemærkes, at skatteværdien, der opnås i aktieindkomsten, er 45% / 42%. Fradragsværdien er således ikke så høj, som hvis Hans Hansen havde fradraget indskuddet på ophørspensionen i sin personlige indkomst.

Ved et eventuelt senere salg af Hans Hansen ApS er det nu muligt at overføre skattefrit udbytte til Hans Hansen Holding ApS, således balancen i Hans Hansen ApS bliver slanket og dermed salgsmodnet og klar til gennemførelse af et generationsskifte.

Sammenlignes skattefri aktieombytning med tilførsel af aktiver,⁴² er det to modeller, som har flere ligheder. Der er efter omstruktureringen to selskaber, hvor det ene ejer det andet. Forskellen ligger i, at det er muligt i tilførsel af aktiver at få opdelt grene af virksomheden, mens det ved aktieombytning er hele virksomheden, der får nye ejere.

4.9 Delkonklusion

En aktieombytning, også kaldet en ugentlig fusion, kan forklares ved, at en aktionær stifter et selskab ved at indskyde aktierne som et apportindskud, og som vederlag modtager aktionæren aktier i det nye selskab. Der findes flere omstruktureringsmodeller indenfor aktieombytning. Den skattepligtige aktieombytning beskattes, som var de afstået. Derfor er der to muligheder skattefri aktieombytning med eller uden tilladelse. Der er en række fælles krav, som skal være opfyldte, for at en aktieombytning kan gennemføres skattefrit. De fælles krav består i, at de involverede skal være erhvervsdrivende selskaber med en fast indskudskapital, som der hæftes med. Ombytningsgenstanden vil som udgangspunkt være aktier eller anparter. Ligesom der skal være opnået stemmeflertal. Vederlaget skal som udgangspunkt være aktier, men der kan forekomme situationer, hvor der benyttes en udligningssum. Aktieombytningen skal ske indenfor en periode på seks måneder fra den første ombytningsdag, ligesom ombytningen ikke kan ske med tilbagevirkende kraft.

Udover de nævnte fælles krav er der en række krav, hvis aktieombytningen gennemføres uden tilladelse. Udbyttekravet erstattes ved L 202 med et holdingkrav på tre år. Det betyder, at de ombyttede aktier skal beholdes i tre år fra ombytningsdagen. Herudover er det et krav, at værdiansættelsen sker til handelsværdi.

Gennemføres aktieombytningen med tilladelse, er der andre forhold, der skal holdes for øje. For at der kan gives tilladelse fra Skat, skal den forretningsmæssige begrundelse ligge til grund for ombytningen. I 2004 og 2005 var der flere, som fik afslag på deres ansøgning, men denne skærpelse blev dog lempet ved Skatteministerens indgriben i en konkret sag i 2007. Det har indenfor den seneste tid gennem praksis vist sig, at den forretningsmæssige begrundelse skal være meget konkret og detaljeret, således Skat kan se, at hovedformålet ikke består i skatteundgåelse. Dette har medført en opdeling af ansøgere. På den ene side dem der har planlagt et konkret generationsskifte, der benytter reglerne om tilladelse og på den anden side dem der ikke har konkrete planer, som er nødsaget til at benytte reglerne uden tilladelse. Om det er mest fordelagtigt at benytte reglerne med eller uden tilladelse, må vurderes i den kon-

⁴² Se kapitel 5

krete situation. Er sagen ukompliceret med konkrete planer, vil det være oplagt at benytte modellen med tilladelse.

I praksis er de fleste tilladelser givet med anmeldelsesvilkår. Sker der væsentlige ændrede forhold indenfor en periode på tre år regnet fra ombytningen, skal der ske meddelelse til Skat, idet det kan ændre tilladelsen, således den ikke længere er gældende.

Efter gennemgangen af reglerne samt praksis på området, kan det konkluderes, at aktieombytning fordelagtigt kan benyttes til at gennemføre et generationsskifte. Er det muligt, skal det dog planlægges, således det ikke kommer i konflikt med holdingkravet ved en aktieombytning uden tilladelse. Ligesom der ved aktieombytning med tilladelse stilles krav om, at der sker indberetning af andre ændrede forhold indenfor den treårige periode. En ulempe kan opstå i de situationer, hvor der på ombytningstidspunktet ikke var konkrete planer om et generationsskifte, således man var nødsaget til at bruge de objektive regler, og herefter er blevet bundet af et holdingkrav på tre år. En holdingkonstruktion har også den fordel, at der er yderligere muligheder for efterfølgende at lave flere omstruktureringer, således eventuelle avancer blot føres videre over på et nyt selskab. Kravet er dog, at vederlaget i den efterfølgende omstrukturering udelukkende skal bestå i aktier.

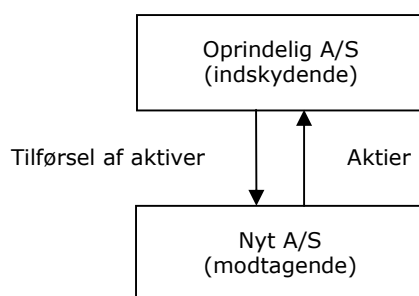
5. Tilførsel af aktiver

Tilførsel af aktiver er en blandt flere modeller indenfor omstrukturering. Tilførsel af aktiver bruges og høres ofte i revisionsbranchen, blandt virksomheder og ikke mindst fra Skat. Spørgsmålet er, hvad en tilførsel af aktiver er.

Selve definitionen findes i FUSL § 15 c, stk. 2, som svarer til definitionen af tilførsel af aktiver i Fusionsdirektivets artikel 2 litra c og i.

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

Det, der reelt sker, er, at der bliver overflyttet aktiver fra et selskab til et andet. Det omtales også som omvendt holdingstiftelse, hvor der etableres et selskab nedenfor i stedet for ovenfor.



Figur 6: Grafisk illustration af tilførsel af aktiver

Indenfor begrebet tilførsel af aktiver findes der flere muligheder. Tilførslen kan være skattefri eller skattepligtig.

Tilførslen af aktiver kan ske både til et eksisterende eller et nystiftet selskab. Typisk vil det modtagende selskab være et datterselskab, men ved tilførsel til et eksisterende selskab kan der blive tale om et minoritetsejerskab. Det vil sige, når en virksomhed eller en gren heraf tilføres til et andet selskab, bliver det indskydende selskab de nye ejere via aktiebesiddelsen.

Indenfor den skattefrie tilførsel af aktiver er der to muligheder. Ligesom for flere andre omstrukturingsmodeller blev der også i april 2007⁴³ ved indførslen af de objektive regler åbnet op for muligheden for at foretage tilførsel af aktiver uden tilladelse fra Skat. Dette var ikke en

⁴³ Lov nr. 343 af 18. april 2007

erstatning af de daværende regler, men gav blot en ekstra mulighed indenfor omstruktureringsmodeller. Disse regler er blevet ændret med vedtagelsen af L 202.

5.1 Skattepligtig tilførsel af aktiver

En skattepligtig tilførsel er underlagt hovedreglen omkring afståelsesbeskatning. En skattepligtig tilførsel medfører en beskatning af aktiverne i det indskydende selskab. Afståelsessummer i det indskydende selskab bliver anskaffelsessummer for det modtagende selskab.

Ved skattepligtig tilførsel af aktiver kan der gøres brug af reglen i SSL § 4, stk. 5, som åbner op for muligheden for at lave en tilførsel af aktiver med tilbagevirkende kraft. Der er dog opsat en række krav i denne paragraf, som skal være opfyldte. Der skal være tale om et nystiftet selskab, som skal blive et helejet datterselskab. Ligesom det er en betingelse, at stiftelsen finder sted senest seks måneder efter den valgte skæringsdato, og at selskabet senest en måned efter stiftelsen indsender dokumenter til Skat.

Umiddelbart er der tendens til at tro, at man altid skal vælge den skattefrie tilførsel af aktiver, idet der herved sker en skatteudskydelse. Der kan dog være enkelte tilfælde, hvor det kan være fordelagtigt at gennemføre en skattepligtig tilførsel. Som eksempel kan nævnes, hvis der er et uudnyttet underskud, kan det være fordelagtigt at udnytte det, da det senere kan tabes. Der er ikke længere en tidsbegrænsning til udnyttelse heraf, men hvis tilførslen bliver efterfulgt af eksempelvis en fusion, hvor uudnyttede underskud⁴⁴ tabes, kan det i sådanne situationer være hensigtsmæssigt at lave en skattepligtig tilførsel.

5.2 Fælles betingelser – tilførsel af aktiver med og uden tilladelse

Ved tilførsel af aktiver, hvad enten den foretages med eller uden tilladelse, er der nogle fælles krav, der skal være opfyldte, for at den kan gennemføres skattefrit. I nedenstående gennemgås disse krav nærmere.

5.2.1 Gren af virksomhed

Det, der ofte kan skabe problematikken, er, at samtlige af den pågældende grens aktiver og passiver skal overdrages, med andre ord skal grenkravet være opfyldt. Grenkravet omtales ligeledes i FUSL § 15 c, stk. 2.

⁴⁴ Se afsnit 6.2

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

Denne definition sætter faste krav og rammer omkring, hvad en gren af en virksomhed er. Det er dog en vurderingssag i den enkelte situation, hvor mange grene der findes i virksomheden. Ligesom det skal vurderes, hvilke aktiver og passiver der hører til den enkelte gren. Disse krav medfører, at det ikke er muligt at overdrage enkelte aktiver eller passiver efter reglerne om tilførsel af aktiver. Dog anses en udlejningsejendom som en gren, og den kan derfor overdrages med tilhørende gældsposter. Der vil også opstå situationer, hvor der er immaterielle aktiver for eksempel goodwill, som er tilknyttet en gren. Her vil det også være et krav, at dette ligeledes tilføres, idet der i definitionen er anført, at det skal være samtlige aktiver og passiver. Det skal dog bemærkes, at samtlige aktiver og passiver i en virksomhed også udgør grenkravet, hvilket betyder, at hele virksomheden også kan tilføres.

Der har været flere afgørelser på området, der har formet praksis på området. Her kan nævnes Ligningsrådets tilladelse,⁴⁵ hvor der blev godkendt, at et selskab tilførte tre grene til tre nye selskaber. Grenene bestod af henholdsvis transportforretning, minkfarm og ejendomme. Der blev stillet krav om, at samtlige aktiver og passiver skulle indgå i tilførslen. Det medførte, at goodwillen i virksomheden vurderes at tilhøre transportvirksomheden og skulle tilføres til det tilhørende selskab. Goodwillen skulle opgøres, som det ville have været solgt til en uafhængig tredjemand. Spørgsmålet er, hvordan reglerne med hensyn til medarbejderne er. Disse er som bekendt ikke anført i balancen, men stadigvæk har selskabet en forpligtelse overfor dem, og derfor skal de også følge den aktivitet, som de tilhører. De skal dermed ikke blot forblive i det indskydende selskab.

Som hovedregel kan aktiebesiddelse ikke anses som en gren og dermed en selvstændig virksomhed. Der kan herved ikke ske en skattefri tilførsel heraf. Grunden hertil kan være, at de dengang gældende regler forsøgte at være indrettet således, at der ikke var mulighed for skatteundgåelse ved at spekulere i skattefrie aktieavancer. Kun i de tilfælde hvor der var tale om anlægsaktier, var det muligt. Ligningsrådet⁴⁶ krævede, at tre direkte ejede datterselskaber med tilknyttede aktiviteter til den udskilte gren skulle tilføres til det modtagende selskab, mens de resterende selskaber ikke skulle indgå i tilførslen, da de var holdingselskaber, som ikke tilhørte den overførte gren.

⁴⁵ TFS 1993, 279 LR

⁴⁶ TFS 2000, 238 LR

Der kan være situationer, hvor hovedaktiviteten ikke har nogen forbindelse med den sekundære aktivitet. Her kan nævnes hovedaktionær-aktiver, som ikke direkte hører til selskabets aktiviteter. I sådanne tilfælde vil det være acceptabelt at lade dem blive i det indskydende selskab. Ligesom der er mange selskaber, hvor der er likvide midler og finansielle aktiver, som ikke tilhører eller er nødvendige for, at den enkelte aktivitet kan fungere for sig. Her kan disse aktiver forblive i det indskydende selskab.

Skattedepartementets opfattelse⁴⁷ af grenkravet er, at det skal være en materiel identificerbar enhed i selskabet. De mener ikke, at der i overvejende grad skal lægges vægt på, om grenen kan fungere ved hjælp af egne midler. Der skal lægges mindst lige så meget vægt på den organisationsmæssige synsvinkel, samt om der er tale om en selvstændig enhed. Ligesom det efter en afgørelse⁴⁸ i EF-domstolen skulle vurderes, om grenen kunne fungere selvstændigt for egne midler. Det blev kommenteret, at der måtte lægges vægt på det funktionelle synspunkt frem for det finansielle synspunkt.

5.2.2 Vederlag og værdiansættelse

Selve vederlaget består af aktier, og der er ikke ligesom i andre omstrukturingsmodeller mulighed for delvis kontant vederlæggelse. Der er dog mulighed for at benytte sig af reglen om vederlæggelse med egne aktier i det modtagende selskab. Der er i flere tilfælde forsøgt omgåelse af vederlagskravet. Her kan nævnes flere afgørelser, som understøtter dette faktum.

En afgørelse⁴⁹ går på, at to selskaber begge ønskede at lave en skattefri tilførsel til et andet selskab. Problemet var, at vederlaget ikke var sat i forhold til de tilførte aktiver, idet det ene selskab i stedet havde fortrinsret til udbytte, og udbytte kan ikke sidestilles med vederlag.

Ved en anden afgørelse,⁵⁰ hvor der kort efter tilførslen blev tilbagesolgt aktiver, blev det afgjort, at det skulle sidestilles med kontantvederlag. Det, der kan konkluderes, er, at de aktiver, der egentlig blev overført, reelt ikke længere var tilført selskabet.

Ved en skattefri tilførsel af aktiver skal værdien af aktiverne og passiverne opgøres til handelsværdi. Det gælder både for tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse. Selve værdiansættelsen af aktiverne og passiverne kan medføre problemer. Af og til er der ikke et egentligt marked, og til tider er der tale om så specielle aktiver, som er tilpasset den enkelte virksomhed, at det kan være svært at værdiansætte disse. Dermed er der risiko for, at aktiverne er værdian-

⁴⁷ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.3.2

⁴⁸ SKM2002.620.EFD

⁴⁹ TFS 1999, 737 TSS

⁵⁰ TFS 2000, 568 LR

sat enten for højt eller lavt. I de tilfælde hvor der er tale om ikke interesseforbundne parter, vil deres modstående interesser kunne danne grundlag for værdiansættelsen. Når der er tale om en skattefri tilførsel af aktiver, vil det ofte være interesseforbundne parter, og det kan være svært at finde frem til handelsværdien. Det kan her være nødvendigt at inddrage eksterne vurderingsmænd, eller gøre af brug Skats cirkulærer.⁵¹

5.3 Skattemæssige konsekvenser

I denne form for omstrukturering indgår der succession, idet det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs aktiver og passivers anskaffelsessum, -tidspunkt, -hensigt og afskrivninger. Som eksempel kan nævnes en ejendom, hvor anskaffelsessum og -tidspunkt spiller en rolle i forhold til EBL. Eventuelle afskrivninger på bygningen vil i tilfælde af et senere skattepligtigt salg muligvis blive genvundet. Hvorvidt afskrivningerne genvindes, skal ses i forhold til både de afskrivninger, der er foretaget i det indskydende og i det modtagende selskab. På grund af den skattemæssige succession ved den skattefrie tilførsel af aktiver udløses der ikke skat for det indskydende selskab ved tilførslen, jf. FUSL § 15 d, stk. 1.

Opstår der et koncernforhold mellem indskydende og modtagende selskab, opstår der tvungen sambeskatning, jf. SSL § 31.

5.3.1 Underskudsremførsel

Ikke i alle tilfælde vil der opstå mulighed for succession, jf. FUSL § 8, stk. 6. Et tidligere fremført underskud i det modtagende selskab, såfremt det er et eksisterende selskab, vil ikke kunne udnyttes ved at blive fradraget i den fremtidige indkomst, og det vil derfor blive mistet. I 1999 blev reglen skærpet yderligere, og stk. 8 blev tilføjet; således heller ikke tab, jf. EBL og KGL. Denne regel har modvirket, at en skattefri tilførsel vil være incitament til skattemæssige spekulationer omkring udnyttelse af underskud samt kildeartsbegrænsede tab. FUSL § 15 d, stk. 7 er ophævet fra og med indkomståret 2010. Denne omhandler en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, hvor der var indsat en tabsfradragbegrænsning med hensyn til uudnyttede fremførte aktietab i det indskydende selskab. Sådanne tab vil det modtagende selskab ikke kunne udnytte i fremtidig indkomst.

5.4 Særlige forhold ved tilførsel af aktiver uden tilladelse

Som nævnt er det muligt at foretage en tilførsel af aktiver uden tilladelse fra Skat, også kaldet efter de objektive regler. I FUSL § 15 c står der skrevet, at der er mulighed for at benytte reglerne om beskatningen heraf i FUSL § 15 d, uden at der er indhentet tilladelse. I den forbindel-

⁵¹ TSS-cirkulære 2000-9 og 10 og goodwillcirkulæret af 21. august 2009

se er der særlige betingelser og vilkår, der skal opfyldes. Det kan ikke konkret siges, om det er mest hensigtsmæssigt at gennemføre en tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse fra Skat, det afhænger af den konkrete sag.

De yderligere krav, der stilles ved en tilførsel af aktiver uden tilladelse, er, at der senest ved indsendelse af det modtagende selskabs selvangivelse er givet meddelelse om, at der er sket en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, jf. FUSL § 15 c, stk. 6.

Før ændringerne til ABL blev vedtaget, havde aktiernes ejertid betydning for avancebeskatningen heraf, hvorfor der også her var indsat objektive regler om anskaffelsestidspunktet, idet aktierne ansås for anskaffet på tidspunktet for tilførslen. Såfremt det indskydende selskab på tidspunktet for tilførslen allerede ejede aktier i det modtagende selskab, ansås disse ligeledes for anskaffet på tidspunktet for tilførslen, jf. FUSL § 15 d, stk. 4. Denne regel er dog ophævet med virkning fra indkomståret 2010.

Før L 202's vedtagelse blev den skattemæssige anskaffelsessum for aktierne, som det indskydende selskab modtog som vederlag for tilførslen, opgjort som den skattemæssige nettoværdi for de aktiver og passiver, som tilførtes. Dette er omtalt i VOL § 4, stk. 2, hvoraf det fremgår, at anskaffelsessummen her ville svare til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver fratrukket den skattepligtige avance, der ville være opnået ved salg til tredjemand. Eller sagt på en anden måde blev anskaffelsessummen lig nettoskattevärdien af de tilførte aktiver og passiver på tilførselstidspunktet. Også på dette punkt har L 202 haft sin indvirkning, idet anskaffelsessummen fra 2010 skal opgøres som nettohandelsværdien af de aktiver og passiver, som er modtaget ved tilførslen.

Nye regler:

Opgørelse af nettohandelsværdi for tilførte aktiver og passiver	tkr.
Ejendom	5.000
Gæld	-2.500
Udskudt skat	-250
Nettohandelsværdien	<u>2.250</u>

Gamle regler:

Opgørelse af nettoskattevärdi for tilførte aktiver og passiver	tkr.
Ejendom	5.000
Skattepligtig avance	-1.000
Gæld	-2.500
Nettoskattevärdien	<u>1.500</u>

Tabel 7: Anskaffelsessum for aktier i modtagende selskab

Ovenstående viser forskellen i opgørelsen af anskaffelsessummen for vederlagsaktierne i det modtagende selskab, som det indskydende selskab modtager, ved opgørelse efter den gamle og den nye metode.

5.4.1 Udbyttebegrænsning og holdingkrav

Det var før L 202 en betingelse, at udlodningen af udbyttet skete i overensstemmelse med reglerne i FUSL § 15 d, stk. 8, som omhandler restriktion på efterfølgende udlodning. Reglen ophører dog i 2010 og erstattes af en ny restriktion, som omtales nedenfor. Der var indsat en begrænsning på, hvor meget skattefrit udbytte det indskydende selskab kunne modtage fra det modtagende selskab i den efterfølgende periode. Perioden omfattede tre år, efter tilførslen var vedtaget. Begrænsningen lød på det ordinære resultat efter skat, og herved kunne det modtagende selskabs andel af resultatet udloddes til det indskydende. Blev udbyttebegrænsningen ikke overholdt, havde det den konsekvens, at tilførslen i stedet for blev skattepligtig, og aktiverne blev betragtet som solgt til det modtagende selskab, og ville eventuelt medføre en avance hos det indskydende. Reglen var indsat for at undgå, at det modtagende selskab blev tømt for værdier, som følge af at det først modtog skattefrie avancer som efterfølgende blev udloddet til det indskydende selskab skattefrit.

Fra og med indkomståret 2010 bortfalder udbyttebegrænsningen for skattefrie tilførsler af aktiver, som er gennemført før den 22. april 2009 uden tilladelse fra Skat. Disse bliver ikke omfattet af holdingkravet, da det, som nævnt i noterne til FUSL § 15 c, stk. 1, kun omfatter skattefrie tilførsler af aktiver uden tilladelse, som er gennemført den 22. april 2009 eller senere. Det betyder, at det indskydende selskab i disse omstruktureringer skal beholde aktierne i det modtagende selskab i minimum tre år efter vedtagelsen. Grunden, til at der er indsat en tre-årig ejertid, er, at der også med L 202 blev lavet store ændringer med hensyn til aktieavancebeskatning af selskaber.⁵² I sådanne tilfælde af tilførsel af aktiver vil der ofte være tale om datterselskabsaktier, hvor det indskydende selskab ejer over 10% af datterselskabet. Her er både udbytte og avance skattefrit uanset ejertid. Var der ikke indsat en sådan begrænsning, ville der formentlig være mange, der udnyttede reglerne til at lave skattespekulationer inden for skattefri tilførsel af aktiver. Der opstår en mellemp periode for skattefrie tilførsler, der sker i perioden 22. april til 31. december 2009. Disse er både omfattet af holdingkravet og de tidligere omtalte udbyttebegrænsningsregler, dog vil udbyttebegrænsningsreglerne kun have virkning frem til indkomståret 2010.⁵³ Tilførsler af aktiver, der er sket inden den 22. april efter de gamle regler, er fra og med indkomståret 2010 hverken omfattet af udbyttebegrænsningen eller holdingkravet.

⁵² Se afsnit 3.1

⁵³ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.6.1.2

Der er dog indsat en undtagelse til holdingkravet⁵⁴ for ikke at modarbejde flere omstruktureringer. Denne lyder på, at aktierne i det modtagende selskab godt kan afstås indenfor en tre-årig periode, hvis det sker som led i en anden omstrukturering, hvor der kun er tale om vederlæggelse i aktier.

Det kunne for eksempel være en skattefri aktieombytning, hvor det indskydende selskab efterfølgende ombytter aktierne i det modtagende selskab med aktierne i et mellemliggende holdingselskab. Der sker blot yderligere en succession og eventuelle avancer udskydes blot, idet de stadig er hvilende i selskaberne. Dette er vist i nedenstående illustration.

Princippet med undtagelsesreglerne er de samme, når der er tale om, at et indskydende selskab efterfølgende spaltes skattefrit, hvor aktierne i det modtagende selskab overdrages til et selskab. Der er også mulighed for at spalte det modtagende selskab. Ligesom en skattefri fusion af indskydende eller modtagende selskab vil være omfattet af undtagelsen.

Restløbetiden overføres til aktierne i de nye selskaber, som er trådt i deres sted ved en omstrukturering, således det ikke er muligt at omgå reglerne om aktieavancebeskatning ved at gennemføre flere skattefrie omstruktureringer i forbindelse med hinanden. Sker det, at holdingkravet ikke opfyldes og aktierne i restløbetiden vedrørende den forudgående tilførsel er solgt inden de tre år, vil både den forudgående og den efterfølgende tilførsel blive skattepligtig. Derimod hvis aktierne sælges mere end tre år efter vedtagelsen af tilførslen, vil kun den efterfølgende tilførsel blive skattepligtig. Det er derfor vigtigt at holde sig for øje at overholde holdingkravet, da en ellers fordelagtig omstrukturering pludselig bliver skattepligtig.

I de overstående eksempler bliver avancerne udskudt, men forbliver i selskaber. Avancerne vil først blive udløst, når der er en person, der realiserer sine aktier i et selskab. Grundet aktieavancen beskattes under et andet regelsæt, når det er fysiske personer. I enkelte tilfælde kan der også opstå aktieavancebeskatning hos juridiske personer, hvis der ejes porteføljeaktier.

Opstår der situationer ud over ovennævnte, hvor der sker salg af aktierne i det modtagende selskab inden tre år, bliver den ellers skattefrie tilførsel nu i stedet skattepligtig. Det kan dog undgås ved at søge tilladelse hos Skat, jf. FUSL § 15 c, stk. 1. Skal Skat give tilladelse hertil, skal der være forretningsmæssige begrundelser for dette salg, og afgørelsen vil afhænge af den konkrete situation. Der er endnu ikke eksempler herpå, idet effekten af loven endnu ikke

⁵⁴ Se bilag 2 – efterfølgende omstruktureringer

er set i praksis. I det øjeblik der sker salg indenfor den treårige periode, skal der ske meddelelse til Skat indenfor en måned.

Spørgsmålet er, hvilke konsekvenser det nye holdingkrav vil få. Flere eksperter har vurderet området.⁵⁵ Der stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt der frit kan udloddes udbytte, eller om store udlodninger vil blive opfattet som kontantvederlag. Som tidligere nævnt er kontantvederlæggelse ikke muligt ved tilførsel af aktiver. Efter Susanne Kjærs opfattelse vil det ikke blive anset for kontantvederlag, idet reglen om udbytte netop er ophævet. Ligesom hun refererer til EF-domstolens dom fra 2007 "Hans Markus Kofoed-sagen", hvor en efterfølgende kontantudlodning ikke ansås som værende en del af omstruktureringen.⁵⁶

Der, hvor de nye regler kan have en betydning, er, hvor der sker statusskifte i aktieklassen efter de nye regler om aktieklasser. Der kan opstå situationer, hvor tilførslen af aktiver ikke opfylder kravet til datterselskabsaktier, og de vil derfor være omfattet af de andre aktieklasser. Er der tale om koncernselskabsaktier gælder samme beskatningsregler som for datterselskabsaktier, og skiftet i aktieklasser vil være uden betydning. Der, hvor der kan opstå problemer med hensyn til beskatningen, er, når der er tale om porteføljeaktier, hvor avance og udbytte er skattepligtige uanset ejertid. Før var beskatningsreglerne udelukkende afhængig af ejertid.

5.5 Særlige forhold ved tilførsel af aktiver med tilladelse

Gennemføres en tilførsel af aktiver ved at indhente en tilladelse fra Skat, er der en række krav og en fast procedure, som skal overholdes. For at Skat kan tage stilling til, om der kan opnås tilladelse hertil, er det en nødvendighed, at de er i besiddelse af et minimum af informationer.

Det foreslås, at der vedlægges et udkast til efterfølgende regnskabsopstilling og åbningsbalance pr. tilførselsdatoen. Der angives det indskydende selskabs balance inden tilførslen af aktiver og efter tilførslen af aktiver og det modtagende selskabs balance, samt en åbningsbalance heraf. Et skema hvori der vises hvilke aktiver og passiver, der skal overføres. Det ovenstående materiale må efter behov suppleres med noter. Føler Skat ikke, at de har det relevante grundlag, vil de bede om de manglende oplysninger. Der er dog sket en ændring fra de skattefrie tilførsler, der er sket efter 1. juli 2008, hvor det før stod i FUSL § 6, at der var pligt til at indsende selskabsretlige dokumenter, hvor der nu står i FUSL § 15 c, stk. 1, 3. pkt. "*kan foreskrive, at der specifikt udarbejdes dokumenter, der skal indsendes...*". Efter vor opfattelse har denne

⁵⁵ Artikel af Susanne Kjær Tax partner KPMG, SR-Skat 2009.0146

⁵⁶ Se kapitel 3

ændring ikke den store praktiske betydning, da dokumenterne stadig skal indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

5.5.1 Forretningsmæssig begrundelse

Ved en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse er det et krav, at den forretningsmæssige begrundelse ligger til grund for tilførslen. Det er et krav, at den skattefrie tilførsel af aktiver ikke har skatteundgåelse som hovedformål. Dette kan tolkes ud af Fusionsdirektivets artikel 11. Er skatteundgåelse hovedformålet, bliver ansøgningen afslået. Der ligger flere forskellige afgørelser indenfor, hvad der anses for at være en forretningsmæssig begrundelse. Der kan for eksempel være tale om minimering af driftsrisiko eller et generationsskifte.⁵⁷

Der kan nævnes følgende afgørelse,⁵⁸ hvor man ønskede at drive en udlejningsejendom i et særskilt selskab. Der blev ansøgt om at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver. Det blev godtaget, at der var tale om en gren af en virksomhed. Det blev derimod fra Skats side vurderet, at tilførslen ikke var i overensstemmelse med en forretningsmæssig årsag, men derimod en mindske af skatten, idet det var oplyst af ansøgeren, at det var væsentligt for selskabet at beskytte skattefriheden. Der blev vurderet, at det alene havde det formål at opnå en skattemæssig fordel. Der er selvfølgelig et incitament i enhver virksomhed til at mindske omkostningerne, men denne er ikke godtaget, når det drejer sig om skat. Begrundelsen kunne med større sandsynlighed være blevet godtaget, hvis det var et ønske om at sprede aktiviteterne eller risikoen, som det i princippet også er.

Der er ingen tvivl om, at der er sket en udvikling på praksis på området. Det er vor opfattelse, at der tidligere blot skulle være den mindste usikkerhed om, om der var tale om skatteunddragelse, hvor det nu i dag skal være et af hovedformålene, såfremt Skat skal give afslag på ansøgning om skattefri tilførsel af aktiver.⁵⁹ For at Skat skal blive overbevist, skal der indsendes tilstrækkelig dokumentation. Der lægges vægt på, at det er selskabets forhold, der kommer i første række og ikke aktionærernes, herunder også hvad angår generationsskifte. Det er derfor vigtigt, for at Skat kan tage stilling til, om der reelt er en forretningsmæssig begrundelse, at der foreligger økonomiske betragtninger og formål med omstruktureringen. Det er ikke nok, at det er sandsynliggjort, hvordan den økonomiske fordel opnås, det skal også anføres, hvordan det medfører, at det bliver en forretningsmæssig begrundelse.

⁵⁷ Se afsnit 4.5.1, forretningsmæssige begrundelser i forhold til aktieombytning

⁵⁸ TFS 2006, 129

⁵⁹ Se afsnit 4.5.1, forretningsmæssige begrundelser i forhold til aktieombytning omtale af SKM2007.806.LSR

Ovenstående kan dog diskuteres som følge af EF-domstolens dom omkring Leur-Bloem sagen.⁶⁰ Der er senere sket en fortolkning af denne sag, hvor det blev præciseret, at det er Skat, der har bevisbyrden, idet den skattepligtige har retskrav på at få tilladelse til at gennemføre en skattefri omstrukturering, medmindre andet er bevist. Det må dog antages, at hvis det forretningsmæssige formål ikke er reelt og konkret, og der samtidig opnås en skattefordel, er det skattefordelen, som er hovedformålet.

Der er tidligere omtalt i specialet,⁶¹ at det vurderes, at et efterfølgende udbytte efter de nye regler ikke kan anses som kontantvederlag i forbindelse med tilførsel af aktiver uden tilladelse, men hvordan er problematikken i forhold til tilførsel af aktiver med tilladelse? Der er for nylig kommet en dom⁶² på dette område, hvor netop udbyttet medførte, at tilførslen blev skattepligtig. Det blev dog ikke anset som kontantvederlag, men det blev vurderet, at det ikke var en del af den forretningsmæssige begrundelse, men derimod blev skatteundgåelse anset som hovedformål. Det skal derfor endnu engang understreges, at den forretningsmæssige begrundelse skal være gyldig, hvis ikke en tilførsel skal ende med at blive skattepligtig. Der er ikke i regelsættet kommenteret udbytteregler i forhold til skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse. Det er derfor en vurderingssag i den enkelte situation. Vil man være på den sikre side, kan det anbefales at indhente et bindende svar herpå.

Den forretningsmæssige begrundelse skal som sagt være konkret, med det menes, at der skal foreligge reelle planer for tilførslen af aktiver. Det er ikke nok med en overordnet plan. Den skal være så detaljeret, at Skat kan vurdere at skatteundgåelse ikke er hovedformålet. Det kan være svært at gøre begrundelsen konkret, hvis der reelt ikke er konkrete planer, og generationsskiftet er længere ude i fremtiden. Det er måske bare et ønske om at forberede sin virksomhed til et generationsskifte. Det kan udelukke disse situationer fra at bruge reglerne med tilladelse.

5.5.2 Tilladelse med og uden særlige vilkår

I FUSL § 15 c, stk. 1 står der skrevet: *"Told- og skatteforvaltningen kan fastsætte særlige vilkår for tilladelsen..."*. Dette blev indført som konsekvens af Leur Bloem-sagen,⁶³ hvor Skat fik mulighed for at indsætte særlige vilkår i forbindelse med en tilladelse. Spørgsmålet er, hvad det betyder i praksis, og hvilke vilkår der kan være tale om. Der vil i nedenstående blive omtalt en række eksempler på, hvilke vilkår Skat kan opstille.

⁶⁰ Omtalt i Ligningsvejledningen 2009-2, S.G.18.5.2, SU 1997, 257, og se desuden specialets kapitel 3

⁶¹ Se afsnit 5.4.1

⁶² SKM2009.91.ØLR

⁶³ Se kapitel 3

Der findes en afgørelse⁶⁴ hvor der var givet tilladelse med vilkår til, at et selskab kunne tilføre sin driftsaktivitet til et nyt selskab. Vilkåret gik på, at et låneprovener med tilhørende gældforpligtelse skulle overtages af det tilhørende selskab samlet, enten i det indskydende eller modtagende. En anden afgørelse⁶⁵ gik på, at en ansøgning, som omhandlede et leasingselskab, hvor der blev lavet modregning med en hensættelse til imødegåelse af tab. Selskabet mente, at hensættelsen skulle blive i det indskydende selskab mod en regres mod det modtagende selskab. Dette kunne Skat ikke acceptere, og det fremgik, at for at tilførslen skulle være skattefri, skulle hensættelsen også overføres til det modtagende selskab.

Konsekvensen af ikke overholdte vilkår er, at tilførslen af aktiver bliver skattepligtig i stedet for skattefri, som der i første omgang var givet tilladelse til.

5.6 Tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse

Der er fordele og ulemper forbundet med at gennemføre en tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse fra Skat, når den skal anvendes i forhold til et generationsskifte. De må overvejes i den konkrete sag, om tilførslen skal ske med eller uden tilladelse.

Gennemføres tilførslen af aktiver med tilladelse fra Skat, vil Skat automatisk tage stilling til de fælles betingelser såsom opfyldelse af grenkravet og værdiansættelsen. Er usikkerheden kun forbundet med eksempelvis grenkravet, er det muligt stadig at vælge at gennemføre en tilførsel af aktiver uden tilladelse fra Skat, dog ved at supplere med indhentning af et bindende svar. Giver Skat tilladelsen til gennemførslen, skal virksomheden kun tænke på, hvis der sker væsentlige ændrede vilkår i forhold til den oprindelige situation.

Det er vor opfattelse, at den forretningsmæssige begrundelse er en afgørende faktor for, om tilførslen vælges at blive gennemført med eller uden tilladelse. Det er et spørgsmål om, hvor virksomheden er i processen,⁶⁶ om den har mulighed for at fremstille sin forretningsmæssige begrundelse så konkret, at hovedformålet ikke bliver anset som skatteundgåelse. Det er ligeledes et spørgsmål om, hvorvidt et generationsskifte er planlagt her og nu, eller om det blot er et ønske om at forberede virksomheden hertil. Med hensyn til gennemførsler med tilladelse skal eventuelle indsatte vilkår af Skat overholdes. Holdingkravet er meget konkret og let at forholde sig til, og der er stadig mulighed for indenfor de tre år at gennemføre yderligere omstruktureringer. Der var flere usikkerheder forbundet med den tidligere udbyttebegrænsning, som det også ses af de mange afgørelser, der ligger på området.

⁶⁴ TFS 1999, 297 LR

⁶⁵ TFS 1998, 679 LR

⁶⁶ Se afsnit 4.6 figur 3 - beslutningsmodel

5.7 Tilførsel af aktiver som generationsskiftemodel

Der er som tidligere nævnt flere mulige modeller, når der står et generationsskifte for døren. Tilførsel af aktiver kan bruges til en forberedelse af et generationsskifte, ved at der sker en egenkapitalreduktion og afskæring af forpligtelser. Driftsaktiviteterne kan overføres til et datterselskab, og som tidligere nævnt kan overskydende likviditet beholdes i det indskydende selskab. Dermed bliver værdien af selskabet, som ønskes generationsskiftet, nedbragt, og det kan dermed undgås, at der skal betales penge for penge. Det gør kravet til købssummen mindre, således at der er flere købere til selskabet.

I praksis bliver der lavet en del skattefrie tilførsler i ejendomsselskaber. Det kan være lettere at sælge ejendommene enkeltvis alene af den grund, at selskabet er i besiddelse af store porteføljer, hvilket alt andet lige kræver stor kapital at finansiere et sådant selskabskøb. Herved mindskes antallet af potentielle købere, idet et forholdsmæssigt stort kapitalkrav alt andet lige gør det sværere at finde en efterfølger og herved gennemføre et generationsskifte. Der kan også være situationer, hvor der er tale om erhvervslejemål, og der på sigt ønskes en afhængelse af virksomheden. Som led heri kan som ovenfor nævnt være et behov for at slanke egenkapitalen og balancen. De nuværende lejere har muligvis et ønske om at komme i besiddelse af deres domicilejendom, men ved køb af ejendommen, hvor den ikke er udskilt i et særskilt selskab, udløser det beskatning af en eventuel avance for sælgeren. Det vil ikke være tilfældet, hvor ejendommen via tilførsel af aktiver er udskilt i et særskilt selskab, som lejerne køber i stedet for at købe ejendommen direkte. Ved at købe aktier frem for aktivet mister køberne tilmed mulighed for afskrivning på anskaffelsessummen, som havde været muligt, hvis ejendommen var købt direkte. Er omstruktureringen sket uden tilladelse fra Skat, skal holdingkravet dog respekteres for at opnå skattefrihed.

Der kan også være tale om et selskab, hvor ejendom og øvrig drift har været samlet i et. Med et generationsskifte for øje ønsker virksomhedsindehaveren stadig en form for erhvervs-mæssig indkomst og ønsker således at beholde ejendommen, hvori virksomheden drives. Derfor var det en mulighed at føre driften ned i et selskab for sig, mens ejendommen beholdes i det indskydende selskab.

Der kan være andre situationer, hvor en virksomhed op gennem årene har fået flere forskellige aktiviteter, hvor der er flere forskellige overtagere til den enkelte driftsaktivitet. Det er selvfølgelig et krav, at de enkelte aktiviteter kan adskilles og dermed kan opfylde det tidligere nævnte grenkrav. Det kan være en virksomhed, som udvikler og producerer maskiner. Udviklingsafdelingen er selvstændig og er mere og mere begyndt at udvikle på eksterne opgaver.

Arbejdskraften i Danmark er blevet dyr, og produktionsafdelingen giver år efter år underskud. Det vil derfor være hensigtsmæssigt at opdele produktions- og udviklingsafdelingen og efterfølgende afhænde produktionsafdelingen til de eksterne parter, som er interesseret i at overtage den. Dette kan gøres ved at lave en tilførsel af aktiver, hvor et skattefrit provenuet fra et senere aktiesalg således indgår i det indskydende selskab.

Ovenstående er kun eksempler på tilførsel af aktiver, som kan lette processen omkring generationsskiftet, og det er selvfølgelig op til den konkrete situation, om tilførsel af aktiver er hensigtsmæssig som generationsskiftemodel.

5.8 Case

For at illustrere ovenstående er der taget udgangspunkt i et konkret eksempel, hvor der står et generationsskifte for døren. Nedenfor ses balancen før og efter den skattefrie tilførsel af aktiver i de to selskaber med henholdsvis handels- og regnskabsmæssig værdi.

Hans Hansen bør overveje, om den skattefrie tilførsel af aktiver skal gennemføres som skattefri tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse fra Skat. Hvad enten tilførslen sker med eller uden tilladelse, er det et krav, at der er tale om en gren af en virksomhed eller hele virksomheden. Det må siges at være tilfældet, eftersom selve møbelvirksomheden tilføres til et nystiftet selskab, og ejendommen beholdes i det eksisterende Møbel A/S. Det vil sige, at grenkravet er opfyldt.

Tilførslen sker med tilbagevirkende kraft, således selvom dagsdato er i året efter, er der valgt, at den skal foretages pr. 1/1 2011. Der er valgt at lave en tilførsel af aktiver uden tilladelse. Møbel A/S og dens rådgivere står ikke med nogen tvivlsspørgsmål, og kan klart opdele virksomheden i de respektive grene. Hans Hansen har ingen børn, som ønsker at overtage virksomheden, han vil derfor sælge til tredjemand. Der er flere, der allerede har vist interesse, og han vil derfor allerede nu begynde at forberede generationsskiftet. Der har ikke været en konkret køber, han vælger derfor at stifte et nyt selskab ved apportindskud i form af driften i Møbel A/S. Møbel A/S kommer til at eje det nye selskab 100%.

I nedenstående opgørelse vises handels- og de regnskabsmæssige værdier af aktiverne og passiverne i Møbel A/S.

Opgørelse af handelsværdi af aktier pr. 1. januar 2011 før tilførsel af aktiver, Møbel A/S

AKTIVER	Handels- værdier tkr.	Regnskab 2010 tkr.	PASSIVER	Handels- værdier tkr.	Regnskab 2010 tkr.
Goodwill	200	100	Aktiekapital	500	500
Immaterielle anlægsaktiver	200	100	Overført resultat	4.885	4.060
Grunde og bygninger	4.100	3.500	EGENKAPITAL	5.385	4.560
Produktionsanlæg og maskiner	3.000	3.000	Hensættelse til udskudt skat	580	305
Materielle anlægsaktiver	7.100	6.500	HENSATTE FORPLIGTELSER	580	305
ANLÆGSAKTIVER	7.300	6.600	Gæld til realkreditinstitutter	2.500	2.600
Fremstillede varer og handelsvarer	3.300	3.000	Langfristede gældsforpligtelser	2.500	2.600
Varebeholdninger	3.300	3.000	Gæld til pengeinstitutter	2.200	2.200
Tilgodehavender fra salg	2.200	2.200	Leverandører af varer og tjenesteydelser	2.067	2.067
Andre tilgodehavender	260	260	Selskabsskat	50	50
Tilgodehavender	2.460	2.460	Anden gæld	1.000	1.000
Andre værdipapirer	572	572	Kortfristede gældsforpligtelser	5.317	5.317
Værdipapirer	572	572	GÆLDSFORPLIGTELSER	7.817	7.917
Likvide beholdninger	150	150	PASSIVER	13.782	12.782
Likvide beholdninger	150	150			
OMSÆTNINGSAKTIVER	6.482	6.182			
AKTIVER	13.782	12.782			

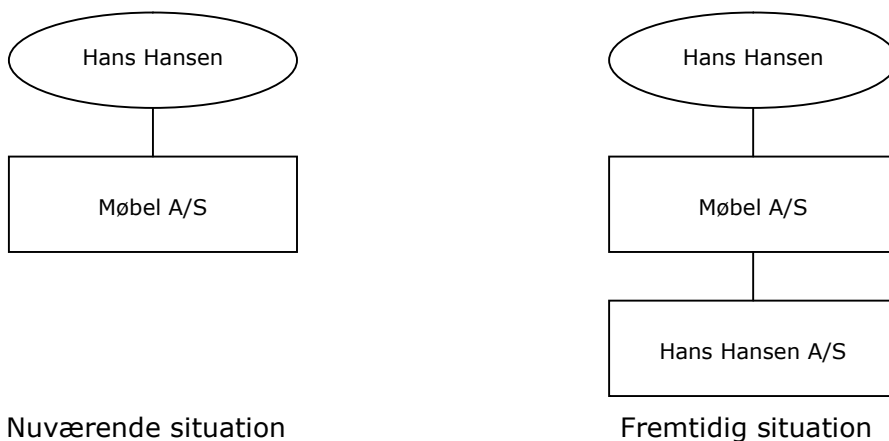
Tabel 8: Case, handelsværdi før skattefri tilførsel af aktiver, Møbel A/S

Hans Hansen A/S stiftes ved apportindskud i forbindelse med tilførslen af aktiver, hvorfor opgørelse af handelsværdi for aktierne i Hans Hansen A/S fremkommer ved tilførsel af grenen af Møbel A/S, som indeholder driftsaktiviteterne. Handelsværdiopgørelserne efter den skattefrie tilførsel af Møbel A/S fremgår af nedenstående.

Opgørelse af handelsværdi af aktier pr. 1. januar 2011 efter tilførsel af aktiver, Møbel A/S

AKTIVER	Handelsværdier tkr.	Regnskab 2010 tkr.	PASSIVER	Handelsværdier tkr.	Regnskab 2010 tkr.
Grunde og bygninger	4.100	3.500	Aktiekapital	500	500
Materielle anlægsaktiver	4.100	3.500	Overført resultat	4.855	4.060
Kapitalandel i tilknyttet virksomhed	4.035	3.735	EGENKAPITAL	5.385	4.560
Finansielle anlægsaktiver	4.035	3.735	Hensættelse til udskudt skat	250	75
ANLÆGSAKTIVER	8.135	7.235	HENSATTE FORPLIGTELSE	250	75
AKTIVER	8.135	7.235	Gæld til realkreditinstitutter	2.500	2.600
			Langfristede gældsforpligtelser	2.500	2.600
			GÆLDSFORPLIGTELSE	2.500	2.600
			PASSIVER	8.135	7.235

Tabel 9: Case, handelsværdi efter skattefri tilførsel af aktiver, Møbel A/S



Figur 10: Case, koncernstruktur for Hans Hansen

Opgørelse af handelsværdi af aktier pr. 1. januar efter tilførsel af aktiver, Hans Hansen A/S

AKTIVER	Handels- værdier tkr.	Regnskab 2010 tkr.	PASSIVER	Handels- værdier tkr.	Regnskab 2010 tkr.
Goodwill	200	100	Aktiekapital	500	500
Immaterielle anlægsaktiver	200	100	Overført resultat	3.535	3.235
Produktionsanlæg og maskiner	3.000	3.000	EGENKAPITAL	4.035	3.735
Materielle anlægsaktiver	3.000	3.000	Hensættelse til udskudt skat	330	230
ANLÆGSAKTIVER	3.200	3.100	HENSATTE FORPLIGTELSER	330	230
Fremstillede varer og handelsvarer	3.300	3.000	Gæld til pengeinstitutter	2.200	2.200
Varebeholdninger	3.300	3.000	Leverandører af varer og tjenesteydelser	2.067	2.067
Tilgodehavender fra salg	2.200	2.200	Selskabsskat	50	50
Andre tilgodehavender	260	260	Anden gæld	1.000	1.000
Tilgodehavender	2.460	2.460	Kortfristede gældsforpligtelser	5.317	5.317
Andre værdipapirer	572	572	GÆLDSFORPLIGTELSER	5.317	5.317
Værdipapirer	572	572	PASSIVER	9.682	9.282
Likvide beholdninger	150	150			
Likvide beholdninger	150	150			
OMSÆTNINGSAKTIVER	6.482	6.182			
AKTIVER	9.682	9.282			

Tabel 11: Case, handelsværdi efter skattefri tilførsel af aktiver, Hans Hansen A/S

Det er hermed vist, at anskaffelsessummen for aktierne i Hans Hansen A/S, når denne opgøres til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver, bliver tkr. 4.035.

I ovenstående er vist regnskabsmæssige balancer samt handelsværdiopgørelser for de to selskaber efter tilførslen samt for det indskydende selskab før tilførslen. Der er nu opstået en post i balancen i Møbel A/S " Kapitalandel i tilknyttet virksomhed". Det er de aktier, som Møbel A/S (indskydende) nu ejer i Hans Hansen A/S (modtagende). Aktieværdien stemmer til egenkapitalen i Hans Hansen A/S. Derudover er der gjort op, hvad der hører til den enkelte gren af virksomheden. I det her tilfælde er der tale om ejendommen og den tilhørende prioritetsgæld hos et realkreditselskab samt udskudt skat, som bliver i det indskydende selskab.

Ved et eventuelt senere salg af Hans Hansen A/S, kan det være en ide at overføre udbytte fra Hans Hansen A/S til Møbel A/S inden salg, således balancen slankes, og herved bliver selskabet mindre værd. Det vil alt andet lige medføre flere mulige købere. Det forudsætter selvfølgelig, at der er likviditet til det, og det er en vurderingssag i den konkrete situation. Sælger skal i forbindelse med en sådan udlodning ligeledes overveje, hvorvidt han stiller en køber dårligere fremadrettet. Såfremt der er trukket meget likviditet ud af selskabet umiddelbart inden købet, kan det nødvendiggøre, at køber umiddelbart efter overtagelsen skal fremskaffe ny likviditet. For køber vil det dog alt andet lige stadig være nemmere at få en kredit i selskabet, end at et sådan køb skulle finansieres. I og med Møbel A/S ejer Hans Hansen A/S 100% er udbyttet skattefrit.

Når der sker en tilførsel af aktiver uden tilladelse, er der som nævnt et holdingkrav på tre år, hvilket Hans Hansen skal holde for øje, når han gør brug af denne omstrukturingsmodel. Efter de tre år er gået, kan han sælge aktierne og opnå en skattefri genvist i selskabet Møbel A/S, hvilket må siges at være et fordelagtigt generationsskifte, idet avanceskatten herved udskydes.

I dette tilfælde har Hans Hansen valgt at beholde ejendommen i Møbel A/S, idet han ønsker at afhænde den senere end den øvrige del af virksomheden. Virksomheden er vokset de seneste år, og dermed fik han også risikoen fordelt.

Går det, som Hans Hansen har planlagt, bliver Hans Hansen A/S solgt efter de tre år, og han ejer igen kun et selskab, Møbel A/S. Det er nu en pengetank, hvor der er en udlejningsejendom samt likvider. Han kan enten investere pengene eller blot lade dem stå som kontanter og trække det årlige ønskede udbytte ud privat. Fra indkomståret 2010, skal Hans Hansen dog holde for øje, at der er sket ændringer i ABL, som vil medføre en lagerbeskatning af investering i værdipapirer i Møbel A/S, jf. ABL § 23, stk. 5 og KGL § 25, stk. 4. Det årlige udbytte, som udloddes til Hans Hansen personligt, bliver beskattet som aktieindkomst med henholdsvis 28% / 45%, jf. PSL § 8 a.

5.9 Delkonklusion

En tilførsel af aktiver består i, at der bliver overflyttet aktiver og passiver fra et selskab til et andet. Der findes flere muligheder indenfor tilførsel af aktiver. Først opdeles den på skattepligtig og skattefri. Den skattepligtige tilførsel af aktiver medfører afståelsesbeskatning, hvorimod den skattefrie er fritaget herfor. Den skattefrie kan yderligere opdeles i to muligheder. Den ene mulighed går på, at der søges tilladelse hos Skat, og den anden går på de objektive regler,

hvor der ikke søges om tilladelse. Ved skattefri tilførsel af aktiver succederer det modtagende selskab i aktiver og passivernes anskaffelsessum, anskaffelsestidspunkt, hensigt og afskrivninger.

Der er forskellige krav, der skal være opfyldte, for at en skattefri tilførsel kan anses som gyldig. Ved tilførslen skal samtlige af den pågældende grens aktiver og passiver tilføres, med andre ord skal grenkravet være opfyldt. Overførsel af en hel virksomhed vil også blive betragtet som en gren. Ligesom vederlaget udelukkende skal bestå af aktier. Værdiansættelsen skal opgøres til nettohandelsværdien, hvor den tidligere skulle opgøres til nettoskattevärdien.

Ved tilførsel af aktiver uden tilladelse er udbyttebegrænsningen fra 2010 afløst af et ejertidskrav også kaldet holdingkrav. Det medfører, at efter vedtagelsen af gennemførslen skal aktierne beholdes i minimum tre år. Bindingsperioden kan i nogle situationer være en ulempe, hvis generationsskiftet ønskes gennemført før end planlagt. Ligesom der på andre områder er blevet mindre krav om oplysninger til Skat. Udnyttede underskud i eksisterende modtagende selskaber kan ikke udnyttes efter en tilførsel af aktiver. Et incitament til at lave en skattepligtig tilførsel kunne være at udnytte et fremført tab, som ellers ikke ville kunne blive udnyttet.

Ved tilførsel af aktiver med tilladelse er det vigtigt at rette fokus på den forretningsmæssige begrundelse, da der her ligger en subjektiv vurdering bag, og svaret ikke kan findes i fakta og objektivitet. Den forretningsmæssige begrundelse er en afgørende faktor, når der skal ses, om tilførslen skal ske med eller uden tilladelse. Hovedformålet må ikke være skatteundgåelse, der skal derfor indsendes tilstrækkeligt materiale, således Skat har mulighed for at vurdere den konkrete sag og på den baggrund acceptere eller afslå ansøgningen. Det afgørende er således også, hvor virksomheden er i forhold til tidshorisonten på gennemførslen af generationsskiftet, herunder hvor konkret det kan præsenteres.

Efter bearbejdning af området kan det konkluderes, at tilførsel af aktiver med fordel kan benyttes til at gennemføre et generationsskifte. Det skal blot planlægges i god tid, således holdingkravet på tre års ejertid ikke bliver en hæmning for generationsskiftet, såfremt tilførslen gennemføres efter de objektive regler. Ligesom Skat's indsatte vilkår skal overholdes i forbindelse med tilførsel af aktiver med tilladelse. Det er en fordel, at det er muligt at opdele virksomheden efter grenkravet. Ligesom det skal ses som en fordel, at det efterfølgende er muligt at få sin virksomhed yderligere omstruktureret, og herved forberede den til et attraktivt generationsskifte.

6. Spaltning

Spaltning er en mulighed for at opdele et selskabs aktiviteter i flere selskaber. Dette kan enten foregå ved en grenspaltning eller ved en ophørsspaltning, blot skal hver aktionærs samlede værdi af aktiebeholdningen i de deltagende selskaber have samme værdi før og efter spaltningen, med mindre en del af vederlæggelsen sker i form af en kontant udligningssum. Opdeling af aktiviteter i flere selskaber er ofte brugt i forbindelse med generationsskifte.

På mange punkter minder regelgrundlaget for spaltning om regelgrundlaget for tilførsel af aktiver. Der er dog én afgørende forskel; ved spaltning er det aktionærene i det indskydende selskab, der vederlægges for omstruktureringen, mens det ved tilførsel af aktiver er det indskydende selskab. Det fremgår også af lovgivningen, at en stor del af regelgrundlaget er sammenfaldende, idet der både i FUSL's kapitel 4, som omhandler spaltning, og FUSL's kapitel 5, som omhandler tilførsel af aktiver, henvises til de samme indledende paragraffer i FUSL's kapitel 1.

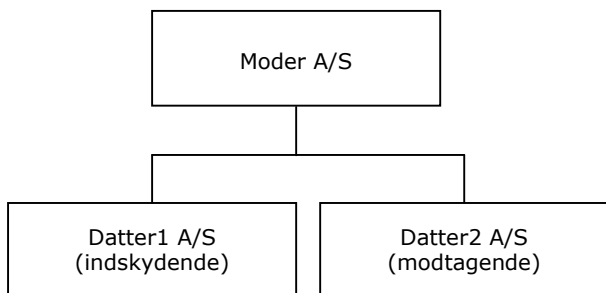
Det danske lovgrundlag for spaltning i skattemæssig henseende findes i FUSL's kapitel 4, §§ 15 a og b, hvor Fusionsdirektivet er implementeret. FUSL § 15 a definerer hvilke selskaber, der kan anvende reglerne om spaltning, hvad der forstås ved spaltning, samt hvilke formaliteter de involverede parter skal overholde. Reglerne om beskatningen af parterne i en spaltning fremgår af FUSL § 15 b.

Spaltning kan i dag gennemføres skattefrit eller skattepligtigt. Ved den skattefrie kan det enten ske med eller uden tilladelse fra Skat. Det må vurderes i den konkrete situation, hvilken model der er mest optimal. Er der eksempelvis tale om, at to aktionærer ønsker at opdele deres fælles selskab, hvor det beror på aktionærernes forhold og ikke selskabets, vil den forretningsmæssige begrundelse ikke være til stede, hvorfor spaltningen gennemføres som en ophørsspaltning uden tilladelse.

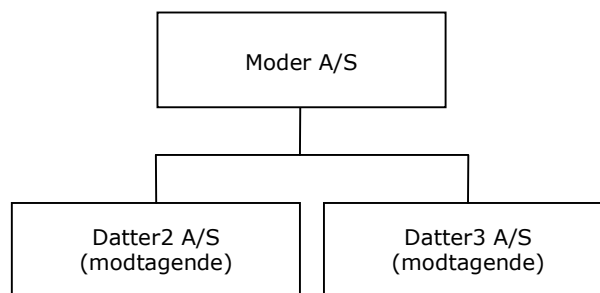
Selve definitionen af, hvad der skatteretligt forstås ved en spaltning, findes i FUSL § 15 a, stk. 2, hvoraf følgende fremgår:

"Ved spaltning forstås den transaktion, hvorved et selskab overfører en del af eller samtlige sine aktiver og passiver til et eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i samme forhold som hidtil at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter og eventuelt en kontant udligningssum."

Når kun en del af et selskab via spaltning overføres til et andet selskab, benævnes det grenspaltning. I modsætning hertil findes ophørsspaltning, hvor alle aktiver og passiver i et selskab overføres til to eller flere selskaber. Selskabet, hvorfra der udspaltes aktiver og passiver, benævnes indskydende selskab. Det eller de selskaber, hvortil der spaltes, benævnes modtagende selskaber.



Figur 12: Grafisk illustration af grenspaltning



Figur 13: Grafisk illustration af ophørsspaltning

Ovenfor er illustreret de to former for spaltning. Koncernen består inden spaltningen af Moder A/S, som ejer Datter1 A/S 100%. I begge situationer er Datter1 A/S det indskydende selskab. Ved grenspaltningen fortsætter Datter1 A/S, mens det ved ophørsspaltningen opløses. Datter2 A/S er det modtagende selskab ved grenspaltningen. En ophørsspaltning betyder, at der er minimum to modtagende selskaber, som i dette eksempel er Datter2 A/S og Datter3 A/S.

Et vigtigt faktum, som fremgår af definitionen, er, at der skal ske vederlæggelse af mindst én aktionær med mindst én aktie. Ordlyden er *"... og eventuelt en kontant udligningssum"*. Det ses således tydeligt, at der ikke udelukkende kan ske kontant vederlæggelse, da der så i realiteten er tale om et salg, der ikke kan ske skattefrit. Den del af vederlæggelsen, der erlægges i form af kapitalandele i det eller de modtagende selskaber, skal ske ved overdragelse af aktier til aktionærerne i det indskydende selskab, idet det ikke er muligt at lade en i forvejen ejet aktiepost i det modtagende selskab stige i værdi, som betaling for det via spaltningen tilførte.⁶⁷

Ydermere bemærkes det, at det defineres, at alle selskabsdeltagere i det indskydende selskab skal modtage vederlæggelse, idet følgende fremgår *"... at tildele sine selskabsdeltagere..."*. Det er således ikke muligt kun at tildele en eller nogle af aktionærerne vederlæggelse, uanset at der ikke sker værdiforrykkelse aktionærerne indbyrdes. Aktionærer kan dermed ikke adskilles ved grenspaltning.

⁶⁷ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.2.3s

Både gren- og ophørsspaltning kan gennemføres med eksisterende selskaber som modtagende selskaber. Af ovenstående definition fremgår det ved ordlyden *"... til et eller flere eksisterende eller nye selskaber..."*. Er der tale om et eksisterende selskab som modtagende selskab, opstår problematikken omkring vederlæggelse til aktionærerne i det indskydende selskab, og især hvis aktionærerne i det modtagende selskab er interesseforbundne i forhold til aktionærerne i det indskydende selskab.⁶⁸ For at der kan ske vederlæggelse med aktier, skal det modtagende selskab enten have en tilstrækkelig beholdning af egne aktier, ellers skal der foretages en kapitalforhøjelse ved udstedelse af nye aktier svarende til nettohandelsværdien af de aktiver og forpligtelser, der tilføres ved spaltningen.

6.1 Spaltningsmodeller

Overordnet er der som ovenfor nævnt to forskellige modeller for spaltning; henholdsvis gren- og ophørsspaltning. Hver model har særlige karakteristika, som gør, at det må vurderes i den konkrete situation, hvilken af de to modeller, der er mest optimal. Skal der eksempelvis blot ske udskillelse af en bestemt aktivitet, eller ønsker aktionærerne ikke at fortsætte samarbejdet, har det indflydelse på hvilken model, der bør vælges. Karakteristikaene gennemgås i det følgende.

6.1.1 Grenspaltning

Som anført er grenspaltning en mulighed for at spalte en aktivitet ud fra et eksisterende selskab. Der kan være flere motiver til anvendelse af denne spaltningsmodel. For eksempel kan en selskabsledelse have ønske om at adskille virksomhedens primære drift fra en mere sekundær aktivitet, eller der kan identificeres fordele ved at udskille en mere risikopræget aktivitet i et selvstændigt selskab.

Ved en grenspaltning skal grenkravet overholdes. Essensen af kravet er, at den aktivitet, der spaltes ud, skal kunne fungere selvstændigt; både forretnings- og likviditetsmæssigt. Kravet er defineret i FUSL § 15 c, stk. 2 samt gennem praksis.⁶⁹ Grenkravet ses kun i forhold til den udspaltede aktivitet, og således kan den tilbageværende aktivitet i det indskydende selskab bestå af aktiver og forpligtelser, som ikke overholder definitionen. Det kan dog umiddelbart være svært at få øje på en begrundelse for at udskille en gren af en virksomhed, hvis aktionærerne er kapitalselskaber, og det indskydende selskab efterfølgende står tilbage uden aktiver og forpligtelser, som kan generere en selvstændig drift. I en sådan situation kan aktionærerne blot disponere ud fra det indskydende selskab. Når dette teknisk er muligt, må det set fra Skats side bunde i, at der ikke kan opnås skattemæssige fordele ved en sådan disposition. Af det ef-

⁶⁸ Se afsnit 6.5.3.1

⁶⁹ Se afsnit 5.2.1

terfølgende vil det også fremgå, at det kan være svært at gennemføre en skattefri grenspaltning som her beskrevet, uanset om den gennemføres med eller uden tilladelse.

6.1.2 Ophørsspaltning

Modsat har man også mulighed for at gennemføre en ophørsspaltning. Dette kan være aktuelt, hvor man vurderer, at det ikke vil være muligt at overholde grenkravet. Ved en ophørsspaltning stilles der ingen krav til fordelingen af aktiver og forpligtelser mellem de modtagende selskaber. Tillige er der heller ikke i dag krav om, at alle aktionærer i det indskydende selskab får forholdsmæssige andele i de modtagende selskaber. Dette giver god mulighed for, at to eller flere aktionærer kan dele et selskab mellem sig. Efterfølgende kan de således selv disponere over deres forholdsmæssige andele af midlerne. Dette anvendes ofte, hvor et antal aktionærer står tilbage med et holdingselskab efter salg af et driftsselskab, hvor holdingselskabet blot er en pengetank. Eller der blot over tid opstår en koncernstruktur, som gør, at forskelle i de enkelte aktionærers udbytteønsker og dispositioner uden for den fælles drift, ikke kan iagttages. Konsekvensen af en ophørsspaltning er, at det indskydende selskab ophører.

6.2 Skattepligtig spaltning

Såfremt omstruktureringen gennemføres skattepligtigt, kan det altid ske uden at indhente tilladelse hos Skat hertil. Der er dog stadig krav, der skal overholdes.

En skattepligtig spaltning er alt andet lige den letteste form for spaltning, idet der her sker avanceopgørelse af det afståede på spaltningstidspunktet med skattebetaling til følge. Avanceopgørelserne for de enkelte elementer i spaltningen sker ud fra handelsværdier på spaltningsdatoen. Aktiver og forpligtelser kan efterfølgende fordeles frit mellem de modtagende selskaber uden hensyntagen til sammenhængen mellem disse. Der kan dog være kreditorhensyn, der skal iagttages, idet visse aktiver kan være stillet til sikkerhed for forpligtelser, og således bør disse følges, da de pågældende aktiver og forpligtelser ellers reelt ikke er adskilt, selvom de placeres i forskellige selskaber. Handelsværdierne bliver samtidig anskaffelsessummer for de modtagende selskaber. Der er tillige ingen bindinger i forhold til spaltningstidspunkt, og således kan en skattepligtig spaltning gennemføres uafhængigt af tidspunktet i forhold til skæringsdagen for indkomstårene for de deltagende selskaber. Det betyder desuden, at det ikke er muligt at gennemføre en skattepligtig spaltning med tilbagevirkende kraft, som det er ved tilførsel af aktiver og fusion.⁷⁰

⁷⁰ Se afsnit 5.1 og 7.2

Ved en skattepligtig ophørsspaltning anses det indskydende selskab for likvideret på vedtagelsesdatoen. Modsat ved skattepligtig grenspaltning, hvor aktionærene i det indskydende selskab beskattes af handelsværdien af det udspaltede som udbytte. Reelt er der ingen grenkrav ved en skattepligtig spaltning, hvorfor skattepligtig grenspaltning ses i forhold til, om det indskydende selskab består efter spaltningen, og dermed hvordan aktionæren skal beskattes af denne disposition.

Umiddelbart kan det være svært at se, hvornår en skattepligtig spaltning overhovedet kan være aktuel. Der kan dog være tale om en forholdsvis ubetydelig skatteudskydelse ved at gennemføre spaltningen skattefrit, hvorfor en skattepligtig spaltning kan være det mest hensigtsmæssige. Prisen – i form af skattebetaling - for at undgå de restriktioner, der knytter sig til en skattefri spaltning, hvad enten den er med eller uden tilladelse, kan således være ubetydelig set i sammenhæng med de øvrige faktorer i omstruktureringen. Eksempelvis kan det være en nyligt erhvervet ejendom, som ønskes overført til et separat selskab via skattefri spaltning, hvor den skat, der udløses ved en skattepligtig overførsel, ikke står mål med de muligheder, det efterfølgende giver aktionæren for at sælge aktierne i det modtagende selskab skattefrit inden for kort tid.

6.3 Fælles betingelser – spaltning med og uden tilladelse

En skattefri spaltning kan som nævnt gennemføres enten med eller uden tilladelse. Med objektiveringen af reglerne om skattefri omstrukturering i 2007 blev der også taget stilling til særlige forhold, der skal tages hensyn til, for at en skattefri spaltning kan gennemføres uden tilladelse fra Skat. L 202 har dog medført en revision af disse. Det kan således være hensigtsmæssigt at vurdere, om det kan betale sig at gennemføre spaltningen skattefrit uden tilladelse. Der er dog krav, som skal overholdes, uanset om der søges tilladelse eller ej.

6.3.1 Selskaberne

De selskaber, som indgår i en omstrukturering i form af spaltning, skal overholde FUSL § 15 a, stk. 1, 1. pkt. Heraf fremgår det, at selskaber, som er omfattet af begrebet "selskab i en medlemsstat" defineret i Fusionsdirektivets artikel 3 og ikke i skattemæssig henseende anses for en transparent enhed, kan anvende reglerne om spaltning. Både det indskydende og det eller de modtagende selskaber skal opfylde definitionen for "selskab i en medlemsstat". For Danmark betyder det, at kapital-selskaber kan gennemføre omstruktureringer via spaltning.

6.3.2 Genstand

I forhold til spaltning er genstand mest relevant ved grenspaltning, hvor grenkravet skal overholdes, jf. 15 a, stk. 3. Ved en ophørsspaltning har genstandsbegrebet ikke den store indflydelse set ud fra et skatteretligt synspunkt, idet elementerne som nævnt kan fordeles frit.

6.3.3 Stemmeflertal

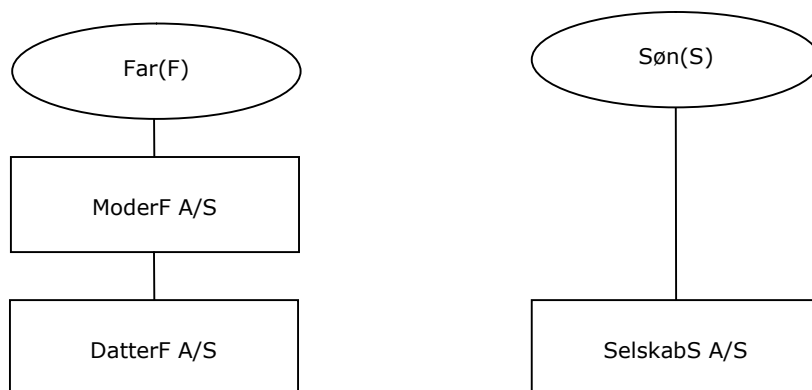
Ved skattefri spaltning er der ikke skatteretligt noget krav til stemmefordelingen efter omstruktureringen. I teorien kan en aktionær, som ophørsspalter sit selskab til ét nystiftet selskab og ét eksisterende selskab, efter spaltningen have 100% af stemmerne i det nystiftede selskab og kun 1% af stemmerne i det eksisterende modtagende selskab. Gennemføres spaltningen uden tilladelse, kan der dog være særlige tilfælde, hvor stemmefordelingen har betydning.⁷¹ Ved skattefrie spaltninger har stemmeflertal størst betydning i forhold til vedtagelsen af omstruktureringen i det indskydende selskab.

6.3.4 Vederlag

Der skal for at gennemføre en skattefri spaltning foretages en vurdering og værdiansættelse af de aktiver og forpligtelser, som indgår i spaltningen, idet værdien af modtagne aktier med tillæg af et eventuelt kontant vederlag skal svare til handelsværdien af det indskudte, jf. FUSL § 15 a, stk. 2. Vigtigheden heraf er naturligvis størst i de situationer, hvor der sker ændringer i kredsen af selskabsdeltagere, da der ellers kan ske formueforrykkelse blandt deltagerne i en skattefri spaltning. Med ændringer i kredsen af selskabsdeltagere menes de situationer, hvor der spaltes til eksisterende selskaber, hvori der er aktionærer, som ikke i forvejen er aktionærer i det indskydende selskab. Uanset hvor mange selskaber en kreds af aktionærer fordeler de samme aktiver og forpligtelser i, stiger de ikke samlet i værdi, hvilket understreger vigtigheden af en korrekt værdiansættelse af det indskydende selskab inden spaltningen. Opdeles et selskabs aktionærer via en skattefri ophørsspaltning, skal man også være særligt opmærksom på vederlagsfordelingen.

Er der eksempelvis tale om nedenstående situation, hvor faren ønsker at påbegynde generationsskifte. Han vil derfor udskille en gren af sit driftsselskab (DatterF A/S) til sønnens selskab (SelskabS A/S) via grenspaltning:

⁷¹ Se afsnit 6.5.1



Figur 14: Grafisk illustration af generationsskifte ved grenspaltning

Det fremgår, at der ikke er nogen koncernforbindelse mellem farens selskaber og sønnens selskab. Til gengæld er der pr. definition tale om interesseforbundne parter, når hovedaktionærerne i de to koncerner betragtes. Skat vil således være opmærksom på, at de aktier, der udstedes til ModerF A/S i forbindelse med grenspaltningen af DatterF A/S, hvor SelskabS A/S er modtagende selskab, svarer til handelsværdien af den udspaltede gren. Skat vil sikre, at der ikke sker en ellers skattepligtig overførsel af aktiver fra DatterF A/S til SelskabS A/S, ved at aktierne, som udstedes ved spaltningen, har en værdi, der er lavere end handelsværdien. Sker grenspaltningen uden tilladelse, er der risiko for, at Skat betragter spaltningen som skattepligtig, hvis ikke de anser kravet om handelsværdi for opfyldt. Der kan derfor med fordel indhentes bindende svar omkring værdiansættelsen af de aktiver og forpligtelser, og dermed de vederlagsaktier, som indgår i spaltningen, såfremt denne gennemføres uden tilladelse. Problemstillingen er den samme ved ophørsspaltning.⁷²

6.3.5 Tidsbegrænsning

Ud fra et skattemæssigt synspunkt kan spaltninger ske på alle tider af indkomståret med tilbagevirkende kraft til indkomstårets begyndelse. Når spaltninger typisk ses vedtaget og gennemført inden for seks måneder regnet fra det forrige indkomstårs udløb, skyldes det regnskabsbestemmelserne ved en spaltning. Der skal udarbejdes mellembalancer, såfremt spaltningen gennemføres mere end seks måneder regnet fra et regnskabsår og dermed indkomstårs udløb, jf. SEL § 239. Samtidig bemærkes det, at handelsværdiopgørelser i forbindelse med fastsættelse af vederlaget typisk tager udgangspunkt i senest aflagte årsrapport for det indskydende selskab. Dette gælder også situationer, hvor den regnskabs- og skattemæssige spaltningsdato ikke er sammenfaldende, da der i regnskabet er medtaget de fleste faktorer, som har betydning ved fastsættelse af vederlaget.

⁷² Se afsnit 6.5.3

6.3.6 Tidspunkt

Ved en skattefri spaltning er der krav om, at spaltning- og skæringsdatoen for de modtagende selskabers regnskabsår er sammenfaldende. Dette forhold fremgår af FUSL § 15 b, stk. 2, som henviser til FUSL § 5, hvoraf kravet fremgår som 2. pkt. i stk. 1. En skattefri spaltning kan dermed som udgangspunkt kun gennemføres med tilbagevirkende kraft. Vælger et moderselskab at ophørsspalte sit eneste datterselskab til to nystiftede selskaber den 15. juni, hvor koncernen har 31. december som afslutningsdato, bliver perioden 1. januar til 31. december dermed indkomståret for de modtagende selskaber, selvom de først er stiftet i løbet af året.

Såfremt det eller de modtagende selskaber indgår i sambeskatningsenheder, og der sker ændringer i disse enheder som følge af spaltningen, fremgår det af FUSL § 5, stk. 3, at spaltningens dato i skattemæssig henseende er tidspunktet for, hvornår disse ændringer sker. I praksis er spaltningens dato således datoen for vedtagelsen⁷³ af spaltningen, hvis der sker ændringer i sambeskatningsenheder.

I nogle situationer har Skat dog bekræftet, at selvom der umiddelbart sker ophør og dermed ændring af en sambeskatningsenhed, kan den skattefrie spaltning stadig ske med tilbagevirkende kraft. I denne sag⁷⁴ ophørsspaltes et selskab. Aktionærerne forventede at vedtage spaltningen efter indkomstårets udløb, og derfor var de usikre på, hvorvidt spaltningen kunne gennemføres skattemæssigt med tilbagevirkende kraft. Det indskydende selskabs aktionærer var et kapitalselskab med 80% ejerskab og to fysiske personer med hver 10% ejerskab. Ved ophørsspaltningen blev kapitalselskabet fuldt ud vederlagt med aktier i et nystiftet modtagende selskab, mens de to personer modtog vederlæggelse i form af nyudstedte anparter i hvert af deres respektive eksisterende selskaber. Hver af personaktionærerne havde i forvejen et selskab, der kunne fungere som modtagende selskab ved spaltningen. Det nystiftede modtagende selskab blev efter spaltningen sambeskattet med kapitalselskabet, som ejede 80% af det indskydende selskab, hvorfor omstruktureringen faldt ind under SSL § 31, stk. 3, 7. pkt. Det betød, at der for alle de involverede parter skattemæssigt kunne ske spaltning med tilbagevirkende kraft. Et bindende svar kan således afklare, hvorvidt der sker ændring i sambeskatningsenheder, og dermed hvad der bliver spaltningens dato.

Såfremt spaltningen ikke kunne gennemføres skattefrit med tilbagevirkende kraft, ville det betyde, at der skulle udarbejdes delårsopgørelser. Det indskydende selskab ville således frem til vedtagelsesdatoen være sambeskattet med kapitalselskabet, som ejede 80% af det, mens det

⁷³ Se afsnit 7.3.2, hvor reglerne for vedtagelse af en fusion, der er sammenfaldende med reglerne for vedtagelse af en spaltning, omtales

⁷⁴ SKM2009.223.SR

først herefter opløses i skattemæssig henseende. I praksis er det hensigtsmæssigt at få dette afklaret, inden omstruktureringen gennemføres, da det kan have betydning for indretningen af bogholderiet, således den skattepligtige indkomst kan opgøres korrekt.

6.4 Skattemæssige konsekvenser

De skattemæssige konsekvenser ved gennemførelse af en skattefri spaltning kan opdeles i konsekvenser for de deltagende selskaber samt konsekvenser for aktionærerne i de deltagende selskaber.

6.4.1 Skattemæssige konsekvenser for de deltagende selskaber

Uanset om den skattefrie spaltning gennemføres med eller uden tilladelse gælder der særlige regler for opgørelse af den skattepligtige indkomst i de modtagne selskaber i året, hvor spaltningen gennemføres samt de efterfølgende indkomstår. Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal spaltningens dato tages i betragtning. Det indskydende selskab er skattepligtigt frem til spaltningens dato, som i praksis vil være sammenfaldende med påbegyndelsen af det modtagende selskabs indkomstår. Ved ændringer i sambeskatningsenheder bliver der således behov for delårsopgørelser, for at indkomsten kan medtages i den retmæssige sambeskatningsenhed.

For de elementer, som indgår i spaltningen, er hovedreglen, at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs anskaffelsessum, -hensigt og -tidspunkt, hvilket fremgår af FUSL § 8, stk. 1. De skattemæssige afskrivninger, som knytter sig til de aktiver, som et selskab har modtaget ved en spaltning, anses for foretaget af det modtagende selskab, uanset at de er foretaget af det indskydende selskab før spaltningens gennemførelse. I praksis kræver det i nogen situationer et større regnestykke at nå frem til, hvordan eksempelvis en skattemæssig saldo på driftsmidler skal fordeles mellem de modtagne selskaber, da der typisk ikke løbende er ført særskilte konti herfor. Der er ikke mulighed for at anvende en anden fordelingsnøgle, da FUSL § 15 b, stk. 2, 5. pkt. direkte foreskriver, at de afskrivninger, og dermed eventuel restsaldo, der kan overføres til de enkelte modtagne selskaber, direkte knytter sig til de aktiver, som overføres til de enkelte modtagende selskaber. Sker der spaltning til et eksisterende selskab, berøres den skattemæssige behandling af de aktiver og forpligtelser, som det modtagende selskab i forvejen har, ikke af spaltningen, hvilket fremgår af FUSL § 8, stk. 5.

Er spaltningens dato ikke sammenfaldende med et sædvanligt indkomstårs begyndelse, skal der tages hensyn til, i hvilket selskab en eventuel afskrivning skal fradrages; det indskydende,

eller det modtagende selskab, hvortil det pågældende aktiv er overført. FUSL § 7, stk. 1 foreskriver, at der skal ske forholdsmæssigt fradrag af årets afskrivning i de deltagende selskaber under hensyntagen til spaltningdatoen. Det beregnes således, hvor stor en relativ andel af det pågældende indkomstår, der ligger før henholdsvis efter spaltningdatoen, og årets afskrivning fordeles herpå efter samme princip.

Er et indskydende selskab i besiddelse af egne aktier, der annulleres ved det indskydende selskabs ophør, skal avance på disse ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, jf. FUSL § 10.

Det fremgår direkte af FUSL § 15 b, stk. 2, 3. pkt., at avancen på aktiver og forpligtelser, som det indskydende selskab opnår ved en grenspaltning, idet de overføres til et modtagende selskab, ikke skal medtages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Det modtagende selskab er pligtig til at varetage indsendelse af selvangivelsen for det indskydende selskab ved en ophørsspaltning, da det i sagens natur ophører, og således ikke selv har mulighed herfor. Ligeledes hæfter det modtagende selskab i denne situation for eventuelle skattekrav mod det indskydende selskab. Disse forhold fremgår af FUSL § 15 b, stk. 3.

Gennemføres spaltningen uden tilladelse, hvor Skat i sagens natur ikke er inddraget endside vidende herom, er der krav om, at det modtagende selskab giver Skat besked herom senest ved indsendelse af selvangivelsen for det indkomstår, hvori spaltningen er sket, jf. FUSL § 15 a, stk. 7.⁷⁵

6.4.1.1 Underskudsforeførelse

Underskudsforeførelse ved en spaltning skal i første omgang ses i forhold til, hvorvidt der sker ændringer i sambeskatningsenheden. Således kan underskud opstået i en sambeskatningsenhed ikke anvendes fremadrettet, hvis sambeskatningsenheden ikke længere eksisterer i den form, hvor underskuddet opstod. Deles en indtægtsgivende aktivitet mellem flere selskaber men inden for samme sambeskatningsenhed, er der ikke den samme risiko for, at der kan ske utilsigtet anvendelse af foreførelsesberettigede underskud, set fra Skats side, hvorfor der i sådanne situationer ikke sker begrænsninger i mulighederne for underskudsforeførelse.

Fortsætter det indskydende selskab efter spaltningens gennemførelse, fortabes underskuddet dog ikke, men der kan ikke overføres skattemæssige underskud til foreførelse til de modtagen-

⁷⁵ Tidligere FUSL § 15 a, stk. 6

de selskaber i en spaltning, uanset at det regnskabs- og skatteteknisk er muligt at foretage en opdeling af underskuddene. Forholdene fremgår af FUSL § 8, stk. 6.

Såfremt det indskydende selskab har kildeartsbegrænsede tab jævnfør EBL, ABL eller KGL fortabes disse, såfremt det indskydende selskab ophører, jf. FUSL § 8, stk. 8, og således ej ved grenspaltning.

6.4.2 Skattemæssige konsekvenser for aktionærerne

En spaltning af et selskab medfører i sagens natur umiddelbar afståelse af værdier for aktionærerne i det indskydende selskab. Ved en spaltning sker der dog ingen værdiforringelse for aktionærerne, men derimod fordeles værdierne blot på flere aktier i flere selskaber. Ved udspaltning af én aktivitet falder værdien af aktierne i selskabet, hvorfra der udspaltes, naturligvis tilsvarende, men til gengæld modtages nye aktier som vederlag for det udspaltede.

Hvordan aktionærerne skal forholde sig ved opgørelse af den skattepligtige indkomst for det indkomstår, hvori spaltningen er sket, fremgår af FUSL § 15 b, stk. 4.

I ophørsspaltninger, hvor der sker vederlæggelse med andet end aktier i de modtagende selskaber, anses en andel af aktierne i det indskydende selskab for afstået til handelsværdi, jf. FUSL 15 b, stk. 4, 3. pkt. Med andre ord sidestilles denne situation således med et almindeligt salg af aktier. Det betyder, at udbetales der en kontant udligningssum, skal der ske beskatning af aktionærerne i det indskydende selskab. Modsat ved grenspaltning, hvor der sker beskatning af aktionærerne efter reglerne for udbyttebeskatning, såfremt en andel af vederlæggelsen sker kontant, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 5. pkt. Grunden til den forskellige beskatning i de to situationer er, at der ved grenspaltning ikke sker afståelse af aktier, hvorfor der naturligvis ikke kan ske beskatning af en aktieavance her. Er betingelserne for indskud på ophørspension, jf. PBL § 15 A opfyldt, er dette også en mulighed, der skal tages i betragtning. Det skal dog holdes for øje at vælges det at fradrage en ophørspension i aktieindkomsten, jf. PSL § 4 a, stk. 3, opnås kun en fradragsværdi på 45% (2009) / 42% (2010).

Kontanter til en delvis kontantvederlæggelse skal i praksis udtages fra det indskydende selskab, og således skal det afstemmes, om der er tilstrækkelige frie likvide midler til en ønsket kontantvederlæggelse. Der kan tænkes situationer, hvor størrelsen af kontantvederlaget sågar konflikter med overholdelse af grenkravet. Såfremt der ønskes en kontantvederlæggelse, som medfører, at det modtagende selskab ikke kan opfylde sine forpligtelser i takt med, at de falder. Opfyldelse af aktionærers ønsker om kontantvederlæggelse ved en skattefri spaltning kan eventuelt klares ved lånoptagelse inden omstruktureringens gennemførelse.

Af ABL § 26, stk. 2 fremgår det, at den avance, der beskattes ved aktiesalg, opgøres som afståelsessummen fratrukket anskaffelsessummen forudsat der er tale om unoterede aktier, hvor der er valgt realisationsbeskatning, jf. ABL § 23, stk. 6. Problematikken i forhold til ophørsspaltninger er her opgørelse af, hvilken anskaffelsessum, der kan fratrækkes. Her skal igen henses til handelsværdien. Den fradragsberettigede anskaffelsessum beregnes som den relative andel af aktionærernes totale anskaffelsessum for aktierne i det indskydende selskab, som det kontante vederlag udgør af handelsværdien af aktionærernes aktier i det indskydende selskab på spaltningstidspunktet, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 9. pkt.

Dette kan illustreres via et eksempel, hvor en skattefri spaltning gennemføres som led i et generationsskifte. Spaltningen gennemføres som en skattefri ophørsspaltning, således at den ene aktionær (Akt1) efter spaltningen ejer det ene modtagende selskab (Modt1) 100% og har en andel på 80% af det andet modtagende selskab (Modt2). Den anden aktionær (Akt2) modtager som vederlag for spaltningen 20% af aktierne i Modt2. Hertil kommer en kontant udligningssum, der jævnfør ovenstående beskattes som en delvis afståelse af aktier i det indskydende selskab (Ind1). Det forudsættes at både Akt1 og Akt2 er kapitalselskaber hjemmehørende i Danmark, samt at de tilsammen råder over 100% af kapitalen i Ind1. Ligeledes forudsættes det, at der ikke er forskellige aktieklasser.

Situationen for aktionærerne før spaltningens gennemførelse kan illustreres således:

Aktionær	Indskyd. selskab	Anskaffelsesår	Nominel	Kursværdi	Anskaffelsessum
Akt1	Ind1	2005	500	3.500	1.000
Akt1	Ind1	2006	2.500	17.500	7.500
Akt1	Ind1	2007	1.000	7.000	2.500
Akt1	Ind1	2008	3.000	21.000	10.000
			7.000	49.000	21.000
Akt2	Ind1	2004	1.000	7.000	1.500
Akt2	Ind1	2007	750	5.250	1.500
			1.750	12.250	3.000
I alt			8.750	61.250	24.000

Tabel 15: Anskaffelsessum aktier før ophørsspaltning

Det bemærkes, at anskaffelsesåret er anført, hvilket kan synes overflødig, da der er skattefrihed på avance uanset ejertid ved salg af aktier i det indskydende selskab.⁷⁶ Oplysningen er

⁷⁶ Se afsnit 3.1

kun medtaget, da FUSL § 9, stk. 3 ikke er ændret i forhold til L 202, og der gælder således stadig et FIFO-princip, uanset at det ikke har nogen betydning. Bestemmelsen har kun betydning, hvor aktionæren er en fysisk person, som er omfattet af overgangsregler, der udspringer af tidligere ændringer i ABL, hvor ABL § 46 har betydning. Vi mener derfor, at lovgiver med fordel kunne have præciseret dette i lovgivningen. Det kunne være anført, at kun i de situationer, hvor aktionærerne er fysiske personer, som er omfattet af overgangsreglerne, skal FIFO-princippet anvendes. Derved kunne aktionærer i form af kapitalselskaber blot opgøre den fradragberettigede anskaffelsessum som den relative andel kontantvederlæggelsen udgør af handelsværdien af aktionærens aktiepost på spaltningssdatoen. Ved den skattefrie ophørsspaltning, vederlægges Akt1 med aktier i Modt1 og Modt2, mens Akt2 vederlægges med aktier i Modt2 samt tkr. 7.000 kontant.

Herefter kan aktionærernes situation illustreres således:

Aktionær	Modtag. selskab	Anskaffelsesår	Nominel	Kursværdi	Anskaffelsessum
Akt1	Modt1	2005	286 ⁷⁷	2.002 ⁷⁸	857 ⁷⁹
Akt1	Modt1	2006	1.429	10.003	4.286
Akt1	Modt1	2007	571	3.997	1.714
Akt1	Modt1	2008	1.714	11.998	5.143
			4.000	28.000	12.000
Akt1	Modt2	2005	214	1.498	643
Akt1	Modt2	2006	1.071	7.497	3.214
Akt1	Modt2	2007	429	3.003	1.286
Akt1	Modt2	2008	1.286	9.002	3.857
Akt2	Modt2	2007	750	5.250	1.286
			3.750	26.250	10.286
Akt2	Kontant		1.000	7.000	1.714
I alt			8.750	61.250	24.000

Tabel 16: Anskaffelsessum aktier efter skattefrie ophørsspaltning

Af "I alt-rækken" fremgår det, at det totalt set er de samme værdier, men nu er de blot fordelt anderledes blandt de i omstruktureringen deltagende selskaber. Eksemplet viser tillige, hvilken betydning det har for fordelingen af nominelle værdier samt anskaffelsessummer, at Akt1 har

⁷⁷ $(3.500 / 49.000) \times 4.000 = 286$

⁷⁸ $286 \times 7 = 2.002$

⁷⁹ $(2.002 / 286) \times (21.000 / 7.000) = 857$

anskaffet aktierne i Ind1 på forskellige tidspunkter. Ved stiftelse af Modt1 og Modt2 ved spaltningens gennemførelse står det aktionærene frit for at fastsætte en anden nominal kapital, blot det overholder mindstekravene hertil i SEL § 4. Her er samme nominelle kapital blot bibeholdt for eksemplets skyld. Akt1's aktier i Modt1 og Modt2 fordeles ikke efter et aktie-for-aktie-princip, men i stedet i forhold til deres handelsværdi på spaltningens dato, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 12.-13. pkt.

De aktier, som aktionærene i det indskydende selskab modtager som vederlag for det udspaltede, anses ved skattefrie spaltninger for anskaffet på samme tidspunkt, til samme sum og med samme hensigt som aktierne i det indskydende selskab, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 7.-8. pkt., som henviser til FUSL § 11, stk. 1. Der er således ikke mulighed for, at en aktionær ved at udspalte en aktivitet kan få en højere anskaffelsessum på vederlagsaktierne svarende til handelsværdien, som efterfølgende kan sælges med mindre skattebetaling til følge grundet den højere anskaffelsessum, der kan fradrages i afståelsessummen ved opgørelse af den skattepligtige avance. Med L 202 er denne risiko dog kun relevant i forhold til kapitalselskabers besiddelser af porteføljeaktier samt personligt ejede aktier, der indgår i omstruktureringer, da gevinst og tab på koncern- og datterselskabsaktier, jf. ABL § 8 ikke skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

I ovenfor gennemgåede eksempel vises fordelingen af anskaffelsessummen efter gennemførelsen af ophørsspaltningen på de enkelte aktieposter. Det kan anføres, at fordelingen af anskaffelsessummen efter ændringerne i ABL §§ 8-9 i mange situationer er irrelevant. Hvis bortses fra aktionærer i form af fysiske personer, er det kun, hvor der i en omstrukturering optræder kapitalselskaber som porteføljeaktionærer, at det er relevant, idet de er skattepligtige af avancer ved salg af aktiebesiddelserne, jf. ABL § 9. Der kan dog opstå situationer, hvor der spaltes til et eksisterende selskab, og vederlæggelsen til aktionæren i det indskydende selskab ellers overholder kravene om vederlæggelse til handelsværdi, bliver porteføljeaktionær i det modtagende selskab. Her er det naturligvis nødvendigt for aktionæren at vide, hvor stor en andel af anskaffelsessummen, der retmæssigt kan fratrækkes ved avanceopgørelsen på tidspunktet, hvor dette bliver aktuelt. Dette kan også ske som led i en senere omstrukturering, som ikke nødvendigvis var planlagt ved gennemførelsen af den første omstrukturering, hvilket må ses som den grundlæggende begrundelse for, at der i alle situationer skal opgøres forholdsmæssige anskaffelsessummer. Har man ikke valgt beskatning efter realisationsbeskatning og derfor er underlagt lagerprincippet for unoterede porteføljeaktiebeholdninger, jf. ABL § 23, stk. 5, skal anskaffelsessummen dog ikke anvendes på salgstidspunktet, men i stedet allerede ved første indkomstår, hvor aktionæren i det modtagende selskab skal medregne gevinst eller tab afhængig af udviklingen i handelsværdien på aktiebeholdningen.

Uanset at der ikke sker nogen afståelse af aktier, skal der således ske beregning af den forholdsmæssige fordeling af anskaffelsessummen på aktierne i de modtagende selskaber. I alle situationer tages der udgangspunkt i handelsværdien for det indskydende selskab på spaltningstidspunktet. Dernæst skal handelsværdien opgøres for de aktiver og forpligtelser, som spaltes til de enkelte modtagende selskaber. Disses relative andele af den samlede handelsværdi kan direkte overføres til anskaffelsessummen, hvor tilsvarende relative andele fordeles.

Når dette regnestykke altid skal laves, skyldes det det førnævnte forhold omkring aktieklasser, men også at der i FUSL § 15 b, stk. 5 er krav om, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab med selvangivelsen for det indkomstår, hvori spaltningen er sket, indsender opgørelse af anskaffelsessummen på aktierne i det eller de modtagende selskaber.

En del af konsekvenserne for aktionærene i det indskydende selskab ved skattefrie spaltninger gennemført uden tilladelse er med L 202 også blevet tilpasset. Således er FUSL § 15 b, stk. 7-9 ophævet for spaltninger gennemført 22. april 2009 eller senere. FUSL § 15 b, stk. 7 omhandlede det indskydende selskabsdeltageres anskaffelsestidspunkt for aktierne i det indskydende og modtagende selskab efter spaltningen. Essensen heraf var, at aktier, som aktionærene i det indskydende selskab modtog som vederlag for det udspaltede, samt eventuelle aktier, som selskabsdeltagerne i forvejen havde i det modtagende selskab, ansås for anskaffet på spaltningstidspunktet. Uanset om der var tale om ophørs- eller grenspaltning. Lovgiver ønskede dermed at fjerne incitamentet til at gennemføre skattefrie spaltninger uden tilladelse med et efterfølgende aktiesalg for øje, der ikke udløste skat, da kravet om tre års ejertid var opfyldt ved succession i ejertid på aktierne i det indskydende selskab. Indførelsen af holdingkravet i FUSL § 15 a, stk. 1, 5. pkt. har medført, at denne bestemmelse nu er overflødig. Holdingkravet sikrer, at der ikke sker skattefrie salg af aktier i et modtagende selskab, eftersom ejertidskravet for kapital-selskabers skattefrie salg af datterselskabsaktier er ophævet, jf. ABL § 8.

I lovgivningen havde man også taget højde for, at der kunne være selskabsdeltagere i en skattefri spaltning uden tilladelse, som kunne have interesse i at opnå den førnævnte struktur, da de derved havde mulighed for at hæve store skattefrie udbytter og efterfølgende sælge selskabet med en forholdsvis lav skattepligtig avance til følge. Det ville desuden være en omgåelse af de forhold, lovgiver havde forhindret via FUSL § 15 b, stk. 7. Dette forhindredes via FUSL § 15 b, stk. 8, hvoraf det fremgik, at der fra modtagende selskaber i en skattefri spaltning uden tilladelse i en periode på tre år fra spaltningstidspunktet ikke kunne udloddes skattefrie udbytter. Skattefrit udbytte kunne dog udloddes, såfremt det ikke oversteg indtjeningen fra spaltningstidspunktet og indtil udlodningen. Ligesom de enkelte selskaber ikke kunne modtage

udbytte ud over, hvad deres respektive kapitalandele berettigede til. Denne bestemmelse er ligeledes blevet overflødig med indførelsen af holdingkravet.⁸⁰

FUSL § 15 b, stk. 9 omhandlede spaltninger, hvor de deltagende selskaber ikke var almindelige kapitalselskaber, som derfor ikke var omfattet af FUSL § 15 b, stk. 8. Denne er således ophævet, som en naturlig konsekvens af ophævelsen af FUSL § 15 b, stk. 8.

6.5 Særlige forhold ved spaltning uden tilladelse

Ved en skattefri spaltning uden tilladelse skal en række yderligere krav overholdes.⁸¹ Dette skal naturligvis ses i sammenhæng med, at det skal undgås, at der sker skatteunddragelse, således at omstrukturering via spaltning til stadighed kun anvendes til at skabe en ny struktur, som i forretningsmæssig henseende set fra selskabets side er mere hensigtsmæssig. Reglerne om spaltning uden tilladelse er tilføjet i FUSL § 15 a, stk. 1, 4.-10. pkt.⁸² Heraf fremgår det, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab har adgang til at anvende de gunstige beskatningsregler i FUSL § 15 b, uanset at de ikke spørger Skat om tilladelse hertil først, såfremt de overholder nogle nærmere fastlagte retningslinjer. Der er dog situationer, hvor det ikke er muligt at gennemføre en skattefri spaltning uden tilladelse.

6.5.1 Gennemgang af ejerkredsen

Selskaber, der befinder sig i nedennævnte situationer, er ikke afskåret fra at gennemføre skattefrie spaltninger. Det kræver blot en tilladelse fra Skat, som tillige har mulighed for at stille vilkår op for afgivelse af denne, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 3. pkt. Er der ønske om at gennemføre en skattefri spaltning uden tilladelse, skal det således først afklares, hvorvidt der er forhold i ejerkredsen i det indskydende selskab, som strider mod FUSL § 15 a, stk. 1, 8.-10. pkt., som forklares nedenfor.

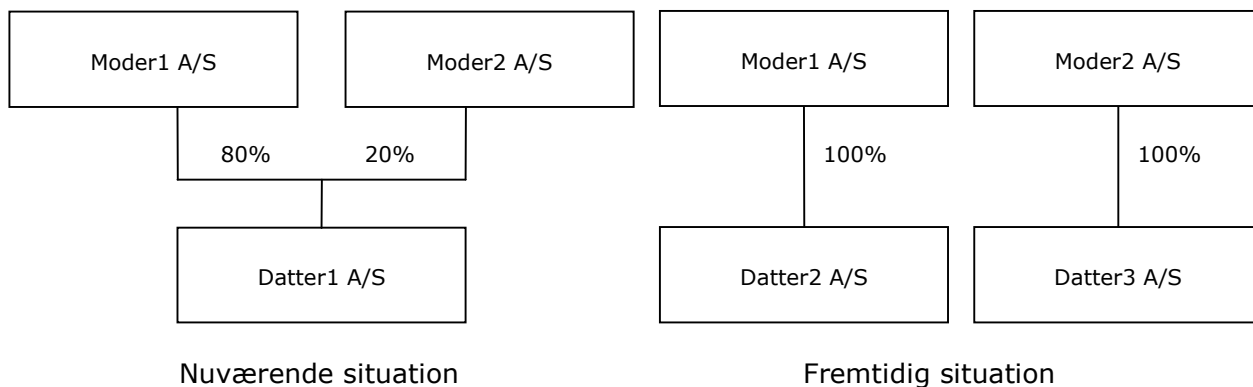
6.5.1.1 Ny mindretalsaktionær

Der kan ikke gennemføres skattefri spaltning uden tilladelse, såfremt der er mere end én aktionær i det indskydende selskab, og nogen af disse ikke har været aktionærer i det indskydende selskab i mindst tre år og tillige ikke har rådet over flertallet af stemmerne, men efter gennemførelsen af spaltningen råder over flertallet af stemmerne i et af de modtagende selskaber. Situationen kan eksempelvis illustreres således:

⁸⁰ Se afsnit 6.5.2

⁸¹ Se afsnit 6.5.1 – 6.5.3

⁸² Der refereres til FUSL efter implementeringen af lov nr. 525 af 12. juni 2009



Figur 17: Grafisk illustration af FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt.

Det kan være som led i et generationsskifte, hvor sønnen, som ejer Moder2 A/S, ønsker at fortsætte og udvikle en del af Datter1 A/S' forretningsområde. Han ønsker ikke, at faderen, som ejer Moder1 A/S, skal have indflydelse herpå. Faderen indvilliger heri, og de bliver derfor enige om at ophørsspalte Datter1 A/S. Problemet er blot, at Moder2 A/S kun har været aktionær i Datter1 A/S i ét år, og de er således afskåret fra at gennemføre spaltningen uden tilladelse.

Denne værnsregel skal ses i sammenhæng til, at det ellers reelt var muligt at foretage et skattefrit salg af aktiver til tredjemand. Optages der eksempelvis en ny aktionær, her Moder2 A/S, kombineret med, at der relativt kort tid efter gennemføres en skattefri ophørsspaltning uden tilladelse, hvor Moder2 A/S bliver aktionær i Datter3 A/S, hvortil er tilført det eller de aktiver, som Moder2 A/S reelt var interesseret i, er der i praksis sket et salg. De resterende aktionærer, her Moder1 A/S, erlægges med aktier i de øvrige modtagende selskaber. Moder2 A/S har nu tilmed mulighed for at sælge aktierne skattefrit efter tre år, da der er tale om datterselskabsaktier. Det fremgår, at denne transaktion kan gennemføres, uden der sker værdiforrykkelse mellem aktionærerne. Ingen har således fået tildelt større værdier end deres andel i det indskydende selskab berettigede, men der er ifølge Skat sket et maskeret salg af aktiver. En omstrukturering via spaltning i den her beskrevne form kræver stadig tilladelse fra Skat, forudsat den skal ske skattefrit. Skat vil således i forbindelse med behandlingen af ansøgningen kunne tage stilling til den reelle forretningsmæssige begrundelse. Værnsreglen fremgår af FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt.

Værnsreglen må efter vor opfattelse ligeledes sigte mod situationer, hvor den nye aktionær er interesseforbunden med de gamle aktionærer, hvilket er tilfældet ved generationsskifter, og således muligvis ikke har betalt handelsværdien ved købet af sine aktier i det indskydende selskab, selvom dette ikke synes muligt under hensyntagen til reglerne om gaveforhold. Har den nye aktionær betalt handelsværdien, må det formodes, at det stadig er værdien efter omstruk-

tureringen, og den nye aktionær har således ikke opnået nogen avance. Dette forudsætter, at kravet om vederlæggelse til handelsværdi overholdes. I forhold til, at lovgiver ønsker, at en aktionær ikke skattefrit skal kunne få fat i specifikke aktiver, virker reglen overflødig, idet det må forventes, at aktionæren har betalt handelsværdien for de aktier, som omfatter de aktiver, der har interesse for den nye aktionær. Eller sagt på en anden måde har den nye aktionær betalt det samme, som hvis denne blot havde købt det pågældende aktiv af det indskydende selskab.

Naturligvis er der forskel på, hvorvidt den nye aktionærs eksisterende selskab (Datter3 A/S), der fungerer som modtagende selskab i spaltningen, skal fremskaffe likviditet til køb af aktivet. Eller den nye aktionær (Moder2 A/S) skal fremskaffe likviditet til køb af aktier i det indskydende selskab. Det skal dog bemærkes, at der hermed også er bremset for situationer, hvor en ny mindretalsaktionær blot mangler enkelte aktiver, for at dennes eksisterende selskab fremstår mere værdifuldt, og således kan opnå nogen positive synergier og dermed værdistigninger, uanset at der som før beskrevet betales handelsværdien for de ønskede aktiver. I disse situationer formoder vi, at der kan opnås tilladelse til skattefri spaltning ved ansøgning hos Skat herom. Samlet kan anføres, at værnreglen således må sigte mod situationer, hvor den nye aktionærs anskaffelsessum for aktierne i det modtagende selskab, som overføres via succession fra det indskydende selskab, ikke svarer til handelsværdien. For eksempel hvis reglerne i VOL er anvendt. Ellers må værnreglen omkring nyligt indtrådte aktionærers efterfølgende aktiebesiddelser i de modtagende selskaber bunde i, at dispositioner som beskrevet her reelt bunder i aktionærernes forhold og ikke det indskydende selskabs forhold.

6.5.1.2 Vederlæggelse ved grenspaltninger

Tillige vedtog man ved indførelsen af de objektive regler i 2007,⁸³ at det ikke skulle være muligt at anvende reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse, hvis man ønskede at gennemføre en skattefri grenspaltning, hvor der indgik delvis kontantvederlæggelse. Værnsreglen gjaldt dog kun situationer, hvor en aktionær i det indskydende selskab besad en aktiepost, som gjorde, at aktionæren kunne modtage skattefrit udbytte af sin aktiepost i det indskydende selskab. Solgte aktionæren derimod denne aktiepost, ville avancen være skattepligtig efter ABL. Værnsreglen skulle her sikre, at der ikke skete en skattefri udlodning til en aktionær, der i realiteten var delvis vederlæggelse for salg af en gren af en virksomhed, idet en kontant udligningssum ved grenspaltning beskattes som udbytte,⁸⁴ der således var skattefrit for aktionæren.

I realiteten drejede det sig om grenspaltninger, hvor der skete vederlæggelse med andet end aktier i det modtagende selskab, som ikke kunne gennemføres skattefrit uden tilladelse. Dette

⁸³ Lov nr. 343 af 18. april 2007

⁸⁴ Se afsnit 6.4.2

gjaldt dog kun, hvor der var en aktionær i form af et kapitalselskab, som havde ejet minimum 15% (2007 og 2008) / 10% (2009) af kapitalen i det indskydende selskab i mere end ét år men mindre end tre år. Aktionæren var her ikke berettiget til at udelade en realiseret avance på aktierne i det indskydende selskab af sin indkomstopgørelse. Til gengæld kunne aktionæren modtage skattefrit udbytte af sine aktier i det indskydende selskab. Med andre ord en værnsregel, som ramte meget få omstruktureringssituationer. Problematikken set fra den pågældende aktionærs side kunne ikke afhjælpes gennem en delvis kontant vederlæggelse ved en skattefri ophørsspaltning uden tilladelse, da aktionæren dermed blev afståelsesbeskattet af avancen.⁸⁵

Fra indkomståret 2010 kan selskaber som bekendt efter blot én dags ejertid sælge datterselskabsaktier skattefrit.⁸⁶ Værnsreglen om grenspaltninger uden tilladelse fra Skat mister således sin betydning i forhold til at sikre mod delvist skattefrit salg af en gren af en virksomhed. Lovgivningen er dermed harmoniseret, således at de nyligt vedtagne ændringer i ABL, der underminerer værnsregler i FUSL § 15 a, stk. 1, slettes eller sikres omfattet af øvrige ændringer.

6.5.1.3 Næringsbeskatning

FUSL § 15 a, stk. 1, 9. pkt. bestemmer, at spaltning ikke kan gennemføres uden tilladelse, hvis næringsbeskattede aktionærer, der kan modtage skattefrit udbytte, vederlægges med andet end aktier i det eller de modtagende selskaber. Det er dermed sikret, at sådanne aktionærer ikke modtager afkast af aktierne i form af udbytte, uden at det beskattes. En delvis kontantvederlæggelse medfører alt andet lige, at aktionærernes aktiebesiddelser falder tilsvarende i værdi, og der vil således være et mindre grundlag til beskatning efter spaltningens gennemførelse.

6.5.1.4 Udenlandske selskabsdeltagere

Endelig er der endnu en situation, hvor aktionærkredsen skal gennemgås, før det i det hele taget er relevant at overveje skattefri spaltning efter de objektive regler, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 10. pkt. De danske skattemyndigheder har her haft fokus på at sikre, at der ikke overføres beskatningsret til udlandet. Således er det ikke muligt at gennemføre en skattefri spaltning uden tilladelse, hvis en aktionær hjemmehørende uden for EU/EØS eller hjemmehørende i en stat, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab. Loven sørger hermed for, at der ikke overføres beskatningsret på aktiver til udlandet, via aktier i et modtagende selskab, uden der sker korrekt skattebehandling.

⁸⁵ Se afsnit 6.4.2

⁸⁶ Se afsnit 3.1

6.5.2 Holdingkrav

Det kan anføres, at der også kan være situationer, udover de ovenfor beskrevne, hvor omstrukturering via det objektive regelsæt kan give utilsigtede skattemæssige fordele i forhold til at opnå en anden koncernstruktur. Eksempelvis hvor et selskab ophørsspalter sit helejede datterselskab for umiddelbart derefter at sælge det ene skattefrit i stedet for blot at sælge de aktiver, som ønskes solgt. Skat har derfor sikret sig, at der ikke umiddelbart efter skattefrie spaltninger uden tilladelse sker et maskeret salg af aktiver via FUSL § 15 a, stk. 1, 5. pkt. Heraf fremgår det, at selskaber, som efter omstruktureringen besidder mindst 10% af kapitalen i et af de modtagende selskaber, i indtil tre år efter omstruktureringen ikke kan foretage salg af disse kapitalandele. De tre år regnes fra vedtagelsen af spaltningen. Værnsreglen består her således af det nyindførte holdingkrav.

Holdingkravet afskærer dog ikke de indskydende selskaber fra at deltage i fremtidige omstruktureringer i indtil tre år efter gennemførelsen af den skattefrie spaltning uden tilladelse.⁸⁷ Henset til at det kontinuerligt skal være muligt for erhvervslivets parter at tilpasse sig den aktuelle markedssituation, er der i FUSL § 15 a, stk. 1, 6.-7. pkt. indført en successionsregel i forhold til holdingkravet. Aktionærene i de indskydende selskaber kan således afstå vederlagsaktierne, som er omfattet af holdingkravet, inden for de tre år i forbindelse med en ny skattefri omstrukturering, forudsat at der i den nye omstrukturering kun sker vederlæggelse med aktier. Selskabsdeltagerne i den nye koncernstruktur overtager holdingkravet fra den første omstrukturering i sin restejertid. Dette vurderes ikke problematisk, hvor den nye omstrukturering sker uden tilladelse, da der så gælder et nyt holdingkrav ved den nye omstrukturering, som pr. definition afsluttes efter det oprindelige holdingkravs udløb. Sker den nye omstrukturering efter det subjektive regelsæt, skal man dog stadig være opmærksom på holdingkrav fra tidligere omstruktureringer uden tilladelse.

6.5.3 Yderligere krav ved skattefri spaltning uden tilladelse

Hernæst skal FUSL § 15 a, stk. 2 tages i betragtning, såfremt forholdene i FUSL § 15 a, stk. 1, 8.-10. pkt. kan overholdes. Heri er der for skattefrie spaltninger uden tilladelser opstillet yderligere to væsentlige krav.

⁸⁷ Se bilag 2 - efterfølgende omstruktureringer

6.5.3.1 Vederlag til handelsværdi

For det første skal handelsværdien af aktierne i det modtagne selskab med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svare til handelsværdien af det udspaltede, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 2. pkt. Dette skal sikre, at der ikke overføres værdier mellem de deltagende parter i en spaltning. Såfremt spaltningen gennemføres med tilladelse, fremgår det af definitionen for spaltning, at selskabsdeltagerne skal vederlægges i forhold til deres ejerandele før spaltningen. Der er heri ikke direkte nævnt noget om handelsværdiopgørelser for at fastlægge den korrekte vederlæggelse. Indirekte sker der dog sikring af, at der ikke sker utilsigtet begunstiggelse af enkelte deltagere i en skattefri spaltning med tilladelse, i og med at Skat skal give tilladelse her til. Det kan eksempelvis være den ældre generation, som ønsker at generationsskifte til den yngre generation, hvor Skat vil sikre, at der ikke overføres værdier til den yngre generation. En handelsværdibetragtning kan være måden, hvorpå Skat sikrer sig, at der ikke sker formueforrykkelse. Dette forklarer ordlyden af bestemmelsen for skattefrie spaltninger gennemført uden tilladelse, hvor en handelsværdiopgørelse er det sikreste i forhold til at sikre, at der ikke sker formueforskydning ved omstruktureringen.

6.5.3.2 Balancetilpasning

Dernæst skal forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det udspaltede være det samme som i det indskydende selskab. Dette forhold fremgår af FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt. Vurderingen skal foretages ud fra handelsværdier. Forholdet mellem aktiver og forpligtelser er ikke en statisk faktor, hvorfor det er forholdet på den skatteretlige spaltningsdato, der skal tages i betragtning her.⁸⁸ Der skal dog ikke tages hensyn til aktiver og forpligtelser, som et modtagende selskab i forvejen ejer, hvis der spaltes til et eksisterende selskab, hvilket fremgår af ordlyden af FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt. ved følgende ordlyd: *"...forholdet mellem aktiver og forpligtelser, der overføres..."*. Lovgivningen bremser således for, at der via en skattefri spaltning uden tilladelse kan overføres aktiver til et selskab og forpligtelser til et andet. Efterfølgende sælges aktierne i selskabet, som forpligtelserne er overført til, med en reduceret skattepligtig avance til følge. Med de nye skatteregler i ABL §§ 8-9 for selskabers salg af aktier vil dette dog kun medføre skattebetaling, hvor aktionæren i det indskydende selskab bliver porteføljeaktionær i det modtagende selskab, hvor den forholdsmæssigt store andel af gælden er overført til via spaltningen. Samtidig kan salget først ske efter tre år, da aktierne er omfattet af holdingkravet.

Når disse forhold om selskabers aktieavancebeskatning⁸⁹ tages i betragtning, må det faktum, at man efter vedtagelsen af lov nr. 525 af 12. juni 2009 ikke har slettet bestemmelsen om balancetilpasning, tilskrives, at det ikke vurderes at være som led i sædvanlige forretningsmæs-

⁸⁸ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.6.3.1.5

⁸⁹ Se afsnit 3.1

sige optimeringer ved omstruktureringer at foretage sådanne dispositioner. Derfor skal Skat give tilladelse hertil, såfremt en sådan fordeling ønskes.

For at opnå det korrekte forhold mellem aktiver og forpligtelser har det indskydende selskab mulighed for at fordele aktiver og forpligtelser, som ikke direkte kan henføres til specifikke dele af selskabet på en sådan måde, at der opnås et forhold, der stemmer overens med lovgivningens krav herom. Grenkravet ved skattefrie grenspaltninger uden tilladelse skal naturligvis stadig overholdes, hvilket gør det vanskeligt at gennemføre skattefrie grenspaltninger uden tilladelse.

Det er ligeledes vigtigt at se på, om det er alle aktiver og forpligtelser, der skal tages i betragtning ved fastsættelse af ombytningsforholdet på spaltningstidspunktet. Lovgiver har for nyligt taget stilling hertil med vedtagelsen af Lov nr. 98 af 10. februar 2009, idet ordlyden af FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt. tidligere var, at det var forholdet mellem aktiver og gæld, der skulle være ens, mens det nu er blevet præciseret til forholdet mellem aktiver og forpligtelser. Hvor der tidligere er blevet indhentet bindende svar⁹⁰ omkring, hvordan eksempelvis hensættelser skal håndteres, er der således ikke længere tvivl. Skat har også før lovændringen gennem praksis givet udtryk for, at ordlyden af bestemmelsen skulle tolkes således, at alle forpligtelser skulle medtages. Det fremgår heraf, at Skat ved tidligere forespørgsler har set på realia frem for formalia. Det, der er lagt vægt på, er, at der ikke er tale om skatteundgåelse, samt at der ikke sker formueforskydning blandt aktionærerne i det indskydende selskab. Først dernæst kommer hensynet til den tekniske opgørelse af, om forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab svarer til det tilsvarende forhold i det udspaltede, idet eksempelvis regnskabspraksis kan tilrettelægges med henblik på overholdelse af balancetilpasningskravet.

Det kan dog være svært at se, hvordan det skal håndteres, at ombytningsforholdet skal være det samme set i forhold til handelsværdier på den skatteretlige spaltningstidspunkt, såfremt denne ikke er sammenfaldende med den selskabsretlige spaltningstidspunkt. Selskabsretligt er det en ufravigelig betingelse, at spaltningsplanen danner grundlag for aktieudstedelsen, således at de nominelle værdier med tillæg af en eventuel overkurs svarer til værdierne på det selskabsretlige spaltningstidspunkt, jf. SEL § 255. Spaltningsplanen kan dog udelades ved anpartsselskaber, hvis anpartshaverne bliver enige herom, jf. SEL § 255, stk. 2. Er spaltningstidspunktet således ikke sammenfaldende selskabs- og skatteretligt, opstår problemet i forhold til opgørelse af ombytningsforholdet for aktiver og forpligtelser. Skatterådet har i en sag⁹¹ taget stilling hertil. Heraf fremgår det, at det ikke har skattemæssige konsekvenser at foretage betalingskorrekti-

⁹⁰ SKM2007.917.Skat

⁹¹ SKM2008.689.SR

oner mellem de modtagende selskaber efterfølgende, således at forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab er det samme som forholdet mellem de aktiver og forpligtelser, der tilføres hvert af de modtagende selskaber opgjort til handelsværdier på den skatteretlige spaltningdato.

Udgangspunktet for opgørelsen er handelsværdier, men der tillades dog i særlige tilfælde, at eksempelvis regnskabsmæssige værdier lægges til grund for opgørelsen. Dette skete for eksempel i denne sag,⁹² hvor Skatterådet bekræftede, at det ikke var nødvendigt at foretage opgørelse af handelsværdierne af elementerne i det indskydende selskab, idet hvert af de modtagende selskaber tildelte en ideel andel på en fjerdedel af aktiverne og forpligtelserne i det indskydende selskab. Eftersom der blev ophørsspaltet til fire nystiftede selskaber, skete der således ingen værdiforskydning mellem selskabsdeltagerne, ligesom forholdet mellem aktiver og forpligtelser i alle fire modtagende selskaber ville blive det samme som i det indskydende selskab.

Også i en anden nyere sag⁹³ har Skat tilladt en anden fordelingsnøgle. Her blev regnskabsmæssige værdier lagt til grund, da det blev godtgjort over for Skat i forbindelse med indhentning af et bindende svar, at der ikke derved skete formueforskydning indbyrdes blandt aktionærerne. Sagen omhandlede en ophørsspaltning af et selskab, som umiddelbart inden var stiftet ved en skattefri aktieombygning. Det indskydende selskab i spaltningen havde således som eneste aktiv aktier i det oprindelige selskab fra aktieombygningen. Disse fordeltes i de modtagende selskaber ved spaltningen i forhold til de tre aktionærers ejerandele af det indskydende selskab. Derved ville der pr. definition ikke ske ændring i balanceforholdet.

I denne sag⁹⁴ ønskede et selskab via en grenspaltning at udspalte sin domicilejendom til et søsterselskab, som skulle stiftes ved spaltningen. Grenspaltningen ønskedes gennemført skattefrit uden tilladelse, hvorfor bindende svar blev indhentet om blandt andet ombytningsforholdet mellem aktiver og forpligtelser. Det fremgår af det bindende svar, at som led i opgørelse af handelsværdien af det indskydende selskab inden spaltningen var goodwillcirkulæret anvendt. Cirkulæret ansås som det bedste udtryk for opgørelse af ej bogførte merværdier, som ikke kunne henføres til specifikke aktiver. Det godtgjordes således over for Skat, at ombytningsforholdet mellem det indskydende selskab opgjort før grenspaltningen og de aktiver og forpligtelser, som blev spaltet ud, var ens. Det modtagende selskab i spaltningen overtog på aktivsiden domicilejendommen samt likvide midler, mens det på passivsiden udover egenkapital overtog

⁹² SKM2007.699.SR

⁹³ SKM2009.313.SR

⁹⁴ SKM2009.366.SR

den til ejendommen hørende realkreditforpligtelse samt udskudt skatteforpligtelse under hensyntagen til handelsværdiopgørelsen.

Mængden af likvide midler, som overføres til det modtagende selskab, kan fastsættes ud fra overholdelse af ombytningsforholdet, hvilket dog kræver, at der er tilstrækkelige likvider hertil. Skat bekræftede i ovennævnte sag, at reglerne var overholdt, og de er således ikke uanvendelige for skattefrie grenspaltninger uden tilladelse i praksis. Som det fremgår af her omtalte bindende svar, kan det dog være svært i praksis at sikre, at alle krav er overholdt.

Det er således illustreret, at Skat tillader, at der anvendes en anden fordelingsnøgle, blot det kan godtgøres, at der ikke sker en værdiforskydning indbyrdes blandt selskabsdeltagerne. Dette er i praksis klart en fordel, da det kan være forbundet med store vanskeligheder at opgøre pålidelige handelsværdier for alle aktiver og forpligtelser, som indgår i en spaltning.

Det er ligeledes understreget, at det for at sikre enighed med Skat om de opgjorte handelsværdier, er anbefalelsesværdigt at indhente bindende svar herpå. Såfremt der ikke indhentes bindende svar, og Skat efterfølgende anlægger en anden værdiansættelse af de elementer, der indgår i spaltningen, kan de erklære omstruktureringen for skattepligtig. Populært sagt kan selskabsdeltagerne for at mindske risikoen for, at Skat efterfølgende statuerer skattepligt af spaltningen, indhente bindende svar om alt undtagen begrundelsen.

6.6 Særlige forhold ved spaltning med tilladelse

Medfører en gennemgang af forholdene forud for en spaltning overbevisning om, at de subjektive regler kan overholdes, bør man efter vores opfattelse søge tilladelse. Det underbygges af, at der intet er til hinder for, at man vælger at benytte de objektive regler, hvis det efterfølgende viser sig, at Skat ikke giver tilladelse til spaltningen. Ved at gennemføre omstruktureringen med tilladelse undgås holdingkravet samt kravet om balancetilpasning, og der er således klare fordele ved at benytte de subjektive regler, såfremt behørig forretningsmæssig begrundelse er til stede. Vurderingen, af om Skat vil acceptere en forretningsmæssig begrundelse, er baseret på seneste praksis, men i og med der er tale om et subjektivt regelsæt, kan det være nuanceforskelle, der afgør udfaldet af ansøgningen om skattefri spaltning. Vi mener tillige, at det kan være fordelagtigt at benytte det subjektive regelsæt, selvom Skat opstiller vilkår for tilladelsen. Dette er set i lyset af, at der dermed ikke længere er risiko for, at Skat efterfølgende anser omstruktureringen for skattepligtig i tilfælde af, at de mener, at de objektive regler ikke er opfyldte.

6.6.1 Forretningsmæssig begrundelse

Uanset hvilken form for omstrukturering, der ønskes gennemført, er det de samme forhold omkring den forretningsmæssige begrundelse, der gør sig gældende. Første skridt i en omstrukturering er identifikation af behov herfor, og dernæst skal findes ud af, hvordan koncernen når derhen. Såfremt de subjektive regler anvendes, skal Skat give tilladelse hertil, herunder stillingtagen til den forretningsmæssige begrundelse, uanset om omstruktureringen sker ved skattefri spaltning, tilførsel af aktiver, aktieombytning eller en kombination heraf. I alle situationer ser Skat det fra selskabets side, hvorvidt den forretningsmæssige begrundelse er til stede. Det er dermed vigtigt at bemærke, at det ikke er set fra aktionærernes synsvinkel.⁹⁵

6.6.2 Tilladelse med og uden særlige vilkår

Vurderer Skat, at den fornødne forretningsmæssige begrundelse er til stede, men at der fremadrettet kan opnås utilsigtede skattemæssige fordele, kan de vælge at opstille vilkår for tilladelsen, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 3. pkt. Skat skal efterfølgende orienteres, såfremt der sker ændringer i de forhold, hvorpå tilladelsen er givet. Vilkårene vil typisk være knyttet direkte op på de forhold, som er beskrevet i ansøgningen om spaltningen. Det kan med andre ord siges, at overholdes vilkårene ikke, er den fornødne forretningsmæssige begrundelse ikke til stede, og Skat kan derfor trække tilladelsen til omstruktureringen tilbage. Spaltningen bliver dermed skattepligtig. Skats mulighed for at opstille særlige vilkår for tilladelsen er således et instrument til at sikre, at reglerne ikke omgås. Forstået således at én fremtidig strategi for koncernen beskrives i ansøgningen for at opnå tilladelsen, mens en anden strategi føres ud i livet.⁹⁶

6.7 Spaltning med eller uden tilladelse

Et selskab, der står over for at skulle gennemføre et generationsskifte, hvori skattefri spaltning indgår som omstruktureringsform, skal undersøge, hvorvidt det skal ske med eller uden tilladelse fra Skat. Uanset hvilken form der vælges, skal det planlægges i god tid.⁹⁷

Praksis for, hvad Skat accepterer som forretningsmæssige begrundelser for at gennemføre en spaltning efter de subjektive regler, ændres løbende.⁹⁸ Det essentielle for valget af med eller uden tilladelse er, hvornår i forhold til tidspunktet for generationsskiftet spaltningen ønskes gennemført. Vælges med tilladelse, skal det i ansøgningen til Skat om at foretage en skattefri spaltning udførligt forklares, hvorledes det er positivt for virksomheden, at den yngre generation får lov at overtage driften, samt hvornår og hvordan dette skal foregå. Ved at få belyst alle forhold i ansøgningen, herunder hvordan koncernen når fra sin nuværende struktur til den

⁹⁵ Se afsnit 4.5.1 samt 5.5.1, forretningsmæssige begrundelser

⁹⁶ Se afsnit 4.5.2, væsentlige ændrede forhold i forhold til aktieombytning

⁹⁷ Se afsnit 4.6 - beslutningsmodel

⁹⁸ Artikel af Susanne Kjær, Tax partner KPMG, SR.2005.0348

endelige struktur, vil Skat give tilladelse til gennemførelse af spaltningen efter det subjektive regelsæt.

I generationsskiftesituationer bør det kun være skattefri spaltning uden tilladelse, der er førstevalget, såfremt det er overvejende sandsynligt ud fra nye afgørelser og bindende svar, at tilladelse til omstruktureringen er så godt som umulig at opnå. Ved gennemførelse efter det subjektive regelsæt undgås forpligtelse til overholdelse af de krav, som er opstillet for skattefrie spaltninger gennemført efter det objektive regelsæt. Dermed er der de bedste muligheder for senere omstruktureringer, også selvom der stilles vilkår op herfor. Er den forretningsmæssige begrundelse til stede ved en senere omstrukturering, forventes det ikke, at Skat vil lade vilkår ved en tidligere omstrukturering stå i vejen herfor.

Når det i begge situationer bør analyseres i god tid, før det egentlige generationsskifte ønskes gennemført, skyldes det, at såfremt det viser sig, at det er nødvendigt at foretage spaltningen uden tilladelse, kan det være en fordel at gennemføre omstruktureringen tidligere end oprindeligt planlagt. Dermed bliver holdingkravet ikke en ulempe på det egentlige generationsskiftetidspunkt, og generationerne kan således disponere frit derfra. Der kan dog også være angivet anmeldelsesvilkår ved en skattefri spaltning med tilladelse, som gør, at der ikke kan disponeres frit, før disse er udløbet.

6.8 Spaltning som generationsskiftemodel

Spaltning som omstruktureringsform ses ofte anvendt i forbindelse med generationsskifter. Ved overgang til en yngre generation er udfordringen ofte at opnå en så lav overdragelsessum som muligt, uanset at overdragelsen sker ved succession i aktier.⁹⁹ En metode for at opnå dette er spaltning, hvorved den del af selskabet, som ønskes generationsskiftet, udskilles fra de øvrige elementer i virksomheden. Den yngre generation skal således typisk ikke betale for aktiver og forpligtelser, som ikke er nødvendige for den primære drift af selskabet. Den ældre generation beholder derimod disse aktiver og forpligtelser i et særskilt selskab. Ofte er der tale om aktiver i form af passiv kapitalanbringelse.

Som gennemgået omkring succession i aktier¹⁰⁰ stilles ligeledes krav til, hvilke aktiviteter et selskab, hvor aktionærene er fysiske personer, har, for at successionsreglerne kan anvendes. Overskydende likviditet, som er oparbejdet gennem adskillige års drift kan således være placeret mere eller mindre passivt for at opnå en så høj forrentning heraf som muligt, hvilket kan være yderst fornuftigt inden generationsskifte bliver aktuelt. Ændringerne i ABL § 23, stk. 5 og

⁹⁹ Se kapitel 8

¹⁰⁰ Se kapitel 8

KGL § 25, stk. 4 omkring lagerbeskatning af disse investeringer medfører dog en genovervejelse heraf. Det kan anføres, at overskydende likviditet blot kan udloddes til aktionæren for at slanke balancen frem mod den yngre generations overtagelse. Det kan dog være svært, hvis den optjente overskudslikviditet er placeret i aktiver, som ikke umiddelbart kan omsættes til likvide midler, eller dette ikke er attraktivt at gøre på nuværende tidspunkt. Her er spaltning vejen frem i forhold til at forberede generationsskifte i kerneforretningen.

Situationen kan naturligvis også være, at der ikke er personer, inden for kredsen som kan udnytte successionsreglerne, som ønsker at overtage virksomheden, hvorfor der skal søges interesserede uden for denne kreds. Her er der mere tale om en salgsmodningsproces, hvor spaltning kan anvendes til at udskille den del af selskabet, som ønskes solgt fra.

Man kan også forestille sig spaltning anvendt som led i et successivt gennemført generationsskifte. En interesseret køber af virksomheden kan identificeres, men for at hjælpe denne med finansiering af købet tilføres den pågældende del af selskabet den interesserede købers eksisterende selskab via spaltning. Over tid købes den oprindelige aktionær ud af den nye aktionær. Dette kan være attraktivt, da de aktiver og forpligtelser, som tilføres via spaltningen, over tid kan hjælpe med at generere den likviditet til køberen, som er nødvendig for at købe den oprindelige aktionær ud. Gennemførelse af en skattefri spaltning som her beskrevet, kan formentlig gennemføres ud fra det subjektive regelsæt. Dette er set i lyset af de seneste lignende sager.¹⁰¹ Selvom det umiddelbart er aktionærernes interesser, som tilgodeses i en situation som her beskrevet, er det ikke skatteundgåelse, der er hovedformålet, og der bør derfor kunne opnås tilladelse hertil, forudsat der foreligger en forretningsmæssig begrundelse set fra det indskydende selskabs side.

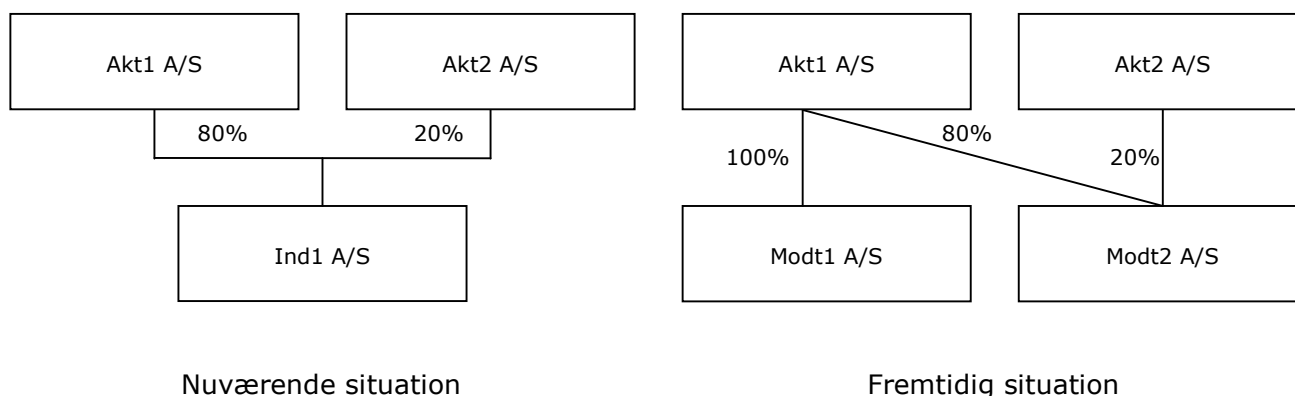
6.9 Case

Ovenfor er illustreret de skattemæssige konsekvenser for aktionærene ved gennemførelse af en skattefri spaltning.¹⁰² Baggrunden for den gennemførte spaltning er følgende. Akt2 A/S har for mange år siden grundlagt Ind1 A/S. For få år siden gennemførtes første led i generationsskiftet, ved at Akt1 A/S købte 80% af aktierne i Ind1 A/S. Akt2 A/S ønskede dog stadig at holde kontakt til og indflydelse på den daglige drift af Ind1 A/S, hvorfor han kun frasolgte en del af aktierne til Akt1 A/S. Nu ønsker han imidlertid at trække sig endeligt tilbage fra arbejdsmarkedet og samtidig give Akt1 A/S lov til selv at bestemme den fremtidige strategi for Ind1 A/S. Akt2 A/S ønsker i stedet at bruge tid på passiv kapitalanbringelse. Akt1 A/S og Akt2 A/S bliver derfor enige om at ophørsspalte Ind1 A/S, således at kerneforretningen udskilles i et

¹⁰¹ Se omtalen af SKM2007.806.LSR i kapitel 3

¹⁰² Se afsnit 6.4.2

særskilt selskab Modt1 A/S, mens overskydende likviditet og en mindre porteføljeaktiebeholdning overføres til Mod2 A/S. I forbindelse med omstruktureringen ønsker Akt2 A/S ligeledes frigivelse af likvide midler, hvorfor han delvis kontantvederlægges med tkr. 7.000. En del heraf kan indskydes på en ophørspension, jf. PBL § 15 A. Når aktionærerne ikke adskilles ved spaltningen, skyldes det, at Akt1 A/S ønsker, at Akt2 A/S via Modt2 A/S forrenter den overskydende likviditet, som Modt1 A/S forventes at generere. Koncernen kan før og efter ophørsspaltningens gennemførelse grafisk illustreres således:



Figur 18: Case, grafisk illustration af skattefri ophørsspaltning af selskab med to aktionærer

Spaltningsdatoen for den her påtænkte omstrukturering bliver 1. januar, idet ingen af de deltagende selskaber har forskudt indkomstår. Inden spaltningen er Akt1 A/S og Ind1 A/S sambeskattet. Efter spaltningen er Akt1 A/S, Modt1 A/S og Modt2 A/S sambeskattet. En opdeling af Ind1 A/S medfører ikke ændring i en sambeskatningsenhed, og spaltningen kan derfor ske med tilbagevirkende kraft til indkomstårets begyndelse, uanset at den først vedtages efterfølgende. En gennemførelse af ophørsspaltningen uden tilladelse fra Skat medfører, at balancetilpasningskravet skal overholdes.

I nedenstående opstilling er aktiver og forpligtelser i Ind1 A/S opgjort til handelsværdi, hvilket giver følgende fordeling blandt de deltagende selskaber. Det fremgår endvidere af opstillingen, at balancetilpasningskravet er opfyldt, da forholdet mellem aktiver og forpligtelser er det samme i det indskydende selskab samt de to modtagende selskaber. Der er således ingen problemer her i forhold til at gennemføre spaltningen uden tilladelse fra Skat. Det vurderes ikke at være problematisk fremadrettet, at holdingkravet medfører, at vederlagsaktierne i Modt1 A/S og Modt2 A/S, som Akt1 A/S og Akt2 A/S modtager, ikke kan afstås i tre år fra ophørsspaltningens vedtagelse.

AKTIVER	Ind1 A/S tkr.	Regulering tkr.	Ind1 A/S herefter tkr.	Modt1 A/S tkr.	Modt2 A/S tkr.
ANLÆGSAKTIVER	31.000	0	31.000	31.000	0
Tilgodehavender mv.	9.000	0	9.000	9.000	0
Værdipapirer	26.000	0	26.000	0	26.000
Likvide beholdninger	18.500	-7.000	11.500	0	11.500
OMSÆTNINGSAKTI- VER I ALT	53.500	-7.000	46.500	9.000	37.500
AKTIVER I ALT	84.500	-7.000	77.500	40.000	37.500
PASSIVER					
Aktiekapital	500	0	500	500	500
Frie reserver	60.750	-7.000	53.750	27.500	25.750
EGENKAPITAL I ALT	61.250	-7.000	54.250	28.000	26.250
Udskudt skat	5.000	0	5.000	4.000	1.000
HENSATTE FORPLIG- TELSE I ALT	5.000	0	5.000	4.000	1.000
Langfristede gælds- forpligtelser	7.250	0	7.250	7.000	250
Kortfristede gælds- forpligtelser	11.000	0	11.000	1.000	10.000
GÆLDSFORPLIGTEL- SER	18.250	0	18.250	8.000	10.250
PASSIVER I ALT	84.500	-7.000	77.500	40.000	37.500
BALANCETILPAS- NINGSKRAV			10/3	10/3	10/3

Tabel 19: Case, balancekrav ved skattefri ophørsspaltning uden tilladelse

Generationsskiftet kan også foretages via en skattefri ophørsspaltning med tilladelse. Det kræver, at begrundelsen for adskillelse af kerneforretningen og den passive kapitalanbringelse i forretningsmæssig henseende er til stede. Med koncernstrukturen før omstruktureringen har både Akt1 A/S og Akt2 A/S mulighed for at modtage skattefrit udbytte fra Ind1 A/S, og forrentningen af overskudslikviditeten kunne således ske i de to holdingselskaber. Dermed er det tvivlsomt, hvorvidt Skat vil give tilladelse til en omstrukturering i den her beskrevne form. I så fald vil de formentlig opstille vilkår for tilladelsen, og der er således ikke den store forskel på at gennemføre spaltningen uden tilladelse i forhold til at gøre det med tilladelse.

Eftersom det er muligt at overholde balancetilpasningskravet samt det forhold, at Akt1 A/S og Akt2 A/S ikke har ønske og forventning om at afstå aktier i de to modtagende selskaber, må det vurderes mest hensigtsmæssigt at foretage den skattefrie ophørsspaltning uden tilladelse fra Skat i den her beskrevne situation.

6.10 Delkonklusion

Gennemførelse af en spaltning kan i skattemæssig henseende være en simpel eller meget kompliceret omstrukturering. Flere forhold spiller ind herpå; aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, med eller uden tilladelse, gren- eller ophørsspaltning.

Første led i processen er fastlæggelse af, om spaltningen skal gennemføres som en gren- eller ophørsspaltning. Identifikation af en gren af en virksomhed kan i praksis være svært, med mindre der er tale om de grene af en virksomhed, der pr. definition overholder grenkravet, eksempelvis ejendomme. Ellers vil ophørsspaltning være den mest tilgængelige model, hvorefter spaltningen kan gennemføres, idet aktiver og passiver her kan fordeles frit mellem de modtagende selskaber.

Efter identifikation af, om spaltningen skal gennemføres som en gren- eller ophørsspaltning, er næste spørgsmål, hvorvidt det skal ske med eller uden tilladelse fra Skat. Er den forretningsmæssige begrundelse til stede, bør det subjektive regelsæt anvendes. Anvendelse af de subjektive regler medfører, at Skat nu har taget stilling til, at spaltningen kan gennemføres skattefrit, at der ikke sker formueforskydning indbyrdes blandt aktionærene, og samtidig at den korrekte spaltningsdato er anvendt. Dermed undgås den usikkerhed, der kan knytte sig til forhold i en skattefri spaltning uden tilladelse, som efterfølgende kan medføre skattepligt, såfremt Skat ikke er enige i forholdene.

Til de objektive regler knytter sig nogle ikke uvæsentlige krav i form af balancetilpasnings- og holdingkravet. Balancetilpasningskravet medfører, at det kan være svært at anvende de objektive regler, når der er tale om større uadskillelige aktivgrupper, hvilket må betegnes som en ulempe. For at opnå samme forhold mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, og det som overføres til de modtagende selskaber, er det nødvendigt, at det er muligt at opdele aktiverne og forpligtelserne i mindre grupper. Derved er det nemmest at opnå den samme soliditetsgrad målt på handelsværdier på spaltningsdatoen. Kan det godtgøres over for Skat, at der ikke sker formueforskydning indbyrdes blandt aktionærene, viser praksis dog, at der kan indhentes bindende svar på andre fordelingsnøgler end handelsværdier, hvilket letter balancetilpasningskravet.

Vælges det at gennemføre spaltningen som en skattefri grenspaltning uden tilladelse fra Skat, skal man være opmærksom på, at både gren- og balancekravet skal overholdes.

Uanset hvilken model, der vælges for spaltningen, er det essentielt at få fastlagt spaltningsdatoen. Den har betydning for både tidspunktet for opgørelse af de værdier, som de aktiver og forpligtelser, der udskilles, skal opgøres til, og samtidig om spaltningen kan ske med tilbagevirkende kraft, eller der sker ændringer i sambeskatningsenheder, som medfører fremrykkelse af spaltningsdatoen til vedtagelsesdatoen. Dette har tillige betydning for mulighederne for underskudsfræmførelse, hvorfor dette også bør tages med i betragtningen.

Spaltning som omstruktureringsmodel er meget anvendelig ved generationsskifter. Et generationsskifte er ofte en proces, der kræver planlægning gennem længere tid. Henset til ovennævnte forhold stemmer dette godt overens med, at der afhængigt af hvilken spaltningsmodel der anvendes, kan være krav, som har indflydelse i op til tre år fra vedtagelsesdatoen. Det må vurderes i den konkrete generationsskiftesituation, hvilken form spaltningen skal gennemføres i. Tidspunktet for den skattefrie spaltning kan dog medføre, at planerne ikke kan konkretiseres tilstrækkeligt i forhold til, hvordan generationsskiftet skal gennemføres, hvorfor det objektive regelsæt er eneste mulighed.

7. Fusion

Modsat spaltning kan fusion anvendes, hvis selskaber ønsker at samle aktiviteter spredt i flere selskaber i ét selskab. Det kan være aktuelt, hvor et generationsskifte skal ske i nær fremtid. Fusion kan anvendes til eksempelvis oprydning forstået således, at selskaber i en koncern, som er blevet overflødige af den ene eller anden årsag, hvor det ikke vil være en fordel at likvidere disse, kan fusioneres ind i andre selskaber i koncernen. Eksempelvis kan det være et selskab, som stadig indeholder produktion inden for koncernens aktivitetsområde, men motivet for at placere dette i et særskilt selskab er ikke længere til stede, hvorfor det fusioneres med et andet selskab i koncernen. Omstruktureringsformen anvendes også, hvor to uafhængige parter ønsker at gøre fælles front inden for et marked. Situationen kan være, at de hver for sig har opereret inden for markedet. Nu får de øje på hinanden og de synergier, der kan opnås ved at indgå et samarbejde, hvor fusion kan være vejen til det fremadrettede samarbejde.

Et andet billede på, at fusion er det omvendte af spaltning, fås ved at betragte de deltagende selskaber i omstruktureringen. Ved en fusion kan der være flere indskydende selskaber, men aldrig mere end ét modtagende selskab, altså omvendt i forhold til spaltning. Som det ligger i ordene, er de selskaber, som skyder deres virksomhed ind i et andet selskab ved en fusion, de indskydende selskaber, og det selskab, som fortsætter eller stiftes ved fusionen, det modtagende selskab. Der er ikke nogen øvre grænse for, hvor mange selskaber, der kan fusioneres ad gangen. Fusion adskiller sig fra tilførsel af aktiver og spaltning ved, at det ikke er muligt at gennemføre en fusion, hvor kun en del af et selskabs aktiver og forpligtelser sammenlægges med et andet selskab. Det fremgår således, at der ikke kan gennemføres grenfusioner. I alle situationer ved fusion opløses det eller de indskydende selskaber.

Det danske lovgrundlag for fusion i skattemæssig henseende findes i FUSL. Nærmere bestemt er regelgrundlaget for danske fusioner FUSL's kapitel 1-3. I kapitel 1 findes bestemmelserne for fusioner mellem almindelige kapitalselskaber. Kapitel 2 omhandler fusioner, hvor de deltagende selskaber ikke alle er kapitalselskaber. Kapitel 3 behandler fusioner med udenlandske selskaber. SSL indeholder også få bestemmelser, som kan have betydning ved fusioner. FUSL § 1 definerer hvilke selskaber, der kan anvende lovens regler. Der er tale om en negativ afgrænsning, da kun selskaber omfattet af SSL § 1, stk. 1, nr. 2 og § 3, stk. 1, nr. 19 er afskåret fra at anvende reglerne. SSL § 1, stk. 1, nr. 2 omhandler selskaber, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, men fordeler overskuddet i forhold til den indskudte kapital, samt skattemæssigt transparente enheder og registreringspligtige filialer af udenlandske virksomheder. SSL § 3, stk. 1, nr. 19 omhandler investeringsselskaber. Falder selskaberne ikke ind under disse paragraffer, har de således mulighed for at anvende reglerne i FUSL. Det bemærkes, at alle

i fusionen deltagende selskaber skal overholde førnævnte betingelser. FUSL § 1 er essentiel i forhold til fusion, da den foreskriver, hvem der kan anvende reglerne, hvordan de skal beskattes, samt definerer begrebet fusion.

Fusion adskiller sig fra de øvrige tre omstrukturingsformer ved, at der i dag ikke findes det samme tostrengede system for skattefrie fusioner, henholdsvis med og uden tilladelse. Det giver ingen mening at snakke om skattefri fusion uden tilladelse, da der i dag aldrig skal søges tilladelse hertil. Det kan derfor anføres, at fusion altid sker efter et objektive regelgrundlag. De deltagende selskaber behøver således ikke spekulere i forretningsmæssig begrundelse for at foretage en fusion, hvilket betyder, at lovgiver overordnet set ikke ser den samme risiko for skatteundgåelse ved fusioner som ved andre omstrukturinger. Dette bunder hovedsageligt i, at der som nævnt ovenfor ikke kan overføres grene af en virksomhed ved fusion, og derved er det ikke muligt at foretage et maskeret salg af enkelte aktiver, som ellers har været begrundelsen for mange værnsregler ved de øvrige omstrukturingsformer, når de gennemføres skattefrit uden tilladelse.

Den skatteretlige definition af, hvad en fusion er, findes i FUSL § 1, stk. 3, hvoraf følgende fremgår:

“Fusion foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette.”

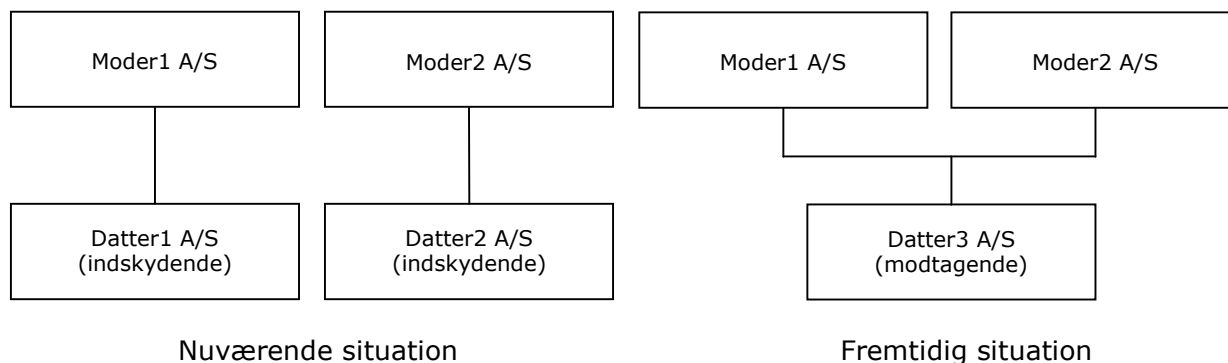
Det fremgår således tydeligt af ordlyden af ovenstående, at der ikke kan ske grenfusioner, idet det af lovteksten fremgår, at det er formuen som helhed, der skal overføres. Af lovteksten kan ligeledes læses, at det skal overføres til et andet selskab. En fysisk person kan dermed ikke være modtagende i en fusion. Definitionen omtaler det modtagende selskab, som *“... et andet selskab eller sammensmeltes med dette”*, der er således som udgangspunkt ikke krav om, at det modtagende selskab i en fusion er et nystiftet selskab.

7.1 Fusionsmodeller

Med fusionsmodeller menes, at der skelnes mellem fusioner, hvor der inden fusionen er et ejerskab mellem de deltagende selskaber eller ej. Ved vandrette fusioner er der ikke ejerskab mellem de indskydende selskaber og det modtagende selskab inden omstruktureringen. Er der ejerskab mellem selskaberne inden fusionen, benævnes det lodret eller omvendt lodret fusion afhængigt af hvilket selskab, der er modtagende selskab.

7.1.1 Vandrette fusioner

En fusion kan eksempelvis illustreres således:



Figur 20: Grafisk illustration af vandret fusion

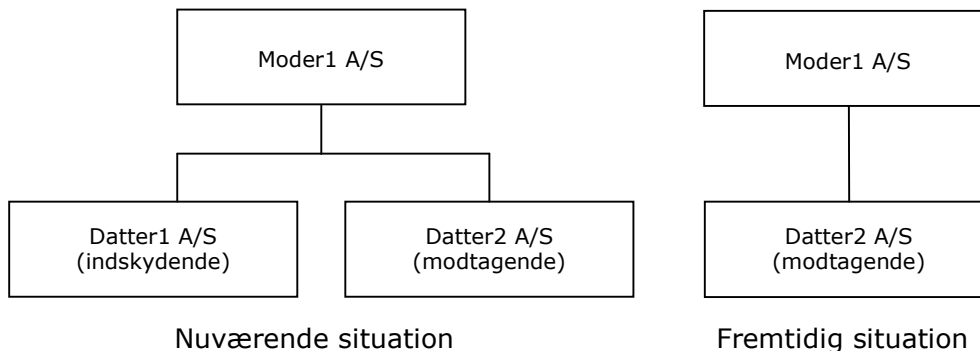
Ovenstående viser to uafhængige koncerner. De bliver enige om at fusionere deres respektive datterselskaber til ét nyt datterselskab. Efter fusionen har de to moderselskaber ejerandele af Datter3 A/S i forhold til den relative andel, deres respektive indskud i det modtagende selskab udgør af det samlede indskud i Datter3 A/S. En fusion medfører således ingen værdiforøgelse hos nogen af aktionærene i de indskydende selskaber, idet vederlæggelsen til Moder1 A/S og Moder2 A/S består af aktier i Datter3 A/S til samme værdi, som de aktier de havde før i henholdsvis Datter1 A/S og Datter2 A/S. FUSL § 2, stk. 1 omhandler vederlæggelsen i forbindelse med en fusion. Heraf fremgår det, at der også ved fusioner kan udbetales en kontant udligningssum, som vil medføre en tilsvarende nedsættelse af vederlagsaktiernes værdi. Det faktum, at vederlæggelsen til de enkelte indskydende selskaber skal svare til nettoværdien af det, de indskyder opgjort til handelsværdier, fremgår indirekte af FUSL § 9, stk. 1, 2. pkt., hvoraf det også fremgår, at det er kursen på fusionsdatoen, der er tidspunktet for opgørelsen af værdierne.¹⁰³

Definitionen af en fusion i FUSL § 1, stk. 3 er desuden i overensstemmelse med Fusionsdirektivets artikel 2, litra A. Fusionsdirektivet foreskriver dog, at højst 10% af vederlæggelsen må ske i form af kontanter. I FUSL er der ikke længere nogen grænse for, hvor stor en andel af vederlæggelsen, der kan ske kontant.

Vil selskaber gøre brug af FUSL's regler om skattefri fusion, kan det også tolkes af FUSL § 2, stk. 1, at der skal ske vederlæggelse af mindst én aktionær med mindst én aktie, ligesom det var tilfældet med spaltning. På samme måde kan der ikke ske vederlæggelse, hvor der fusioneres med et eksisterende selskab, som aktionæren i det indskydende selskab i forvejen ejer

¹⁰³ Se afsnit 7.4.2.1

en andel af, ved at denne aktiepost i det modtagende selskab blot stiger tilsvarende i værdi. Er situationen eksempelvis som illustreret nedenfor, kan Moder1 A/S' vederlæggelse for fusionen ikke ske ved, at aktierne i Datter2 A/S stiger i værdi:



Figur 21: Grafisk illustration af koncernintern vandret fusion

I eksemplet foretages en vandret fusion, hvor Datter1 A/S er det indskydende selskab, og Datter2 A/S er det modtagende selskab. Datter1 A/S opløses i forbindelse med fusionen. Her skal der ske udstedelse af nye aktier til Moder1 A/S, som vederlag for fusionen grundet successionen på aktionærsiden.

7.1.2 Lodrette og omvendt lodrette fusioner

Ofte omtales lodrette og omvendt lodrette fusioner. En lodret fusion er en fusion mellem moder- og et af dets datterselskaber, hvor moderselskabet er det modtagende og omvendt ved omvendt lodret fusion, hvor datterselskabet er det modtagende. Der er således tale om fusioner, hvor der eksisterer ejerskab mellem de deltagende selskaber før fusionens gennemførelse. Der er dog ikke krav om 100%-ejerskab mellem moder- og datterselskab for at gennemføre en lodret eller omvendt lodret fusion. Skatterådet har taget stilling hertil ved en omvendt lodret fusion,¹⁰⁴ hvor det indskydende moderselskab ejede 28,57% af kapitalen i det modtagende selskab.

Reglerne for henholdsvis vandrette samt lodrette og omvendt lodrette fusioner er på mange punkter sammenfaldende. Forskellene knytter sig til vederlæggelsen, hvilket uddybes nærmere nedenfor.¹⁰⁵

¹⁰⁴ SKM2009.58.SR. Det bindende svar uddybes i afsnit 7.3.1

¹⁰⁵ Se afsnit 7.4.2.4

7.2 Skattepligtig fusion

Uanset, at det ikke skal vurderes, hvorvidt fusion er mulig i forhold til en forretningsmæssig begrundelse, og dermed hvorvidt det skal ske med eller uden tilladelse, bør det altid vurderes, om fusion skal gennemføres skattefrit eller skattepligtigt. Som ved de øvrige omstruktureringmodeller ønsker man med FUSL og reglerne om aktieombytning i ABL § 36 at give selskaber en mulighed for at tilpasse sig de aktuelle forhold, uden at det koster skatte kroner her og nu. Der kan dog i nogle situationer være fordele ved at gennemføre en fusion skattepligtigt frem for skattefrit, uanset at det ikke er for at undgå et holdingkrav eller andre værnsregler. Dette eksemplificeres nedenfor.

Skattepligtig fusion betyder i realiteten, at det indskydende selskab realisationsbeskattes af aktiver og forpligtelser, mens det for aktionærerne heri betyder, at selskabet er likvideret.¹⁰⁶ Skattepligtige fusioner ses typisk anvendt grundet ønske om udnyttelse af skattemæssige underskud, der ellers fortabes, såfremt fusionen gennemføres skattefrit. Der er således intet til hinder for, at en fusion gennemføres skattepligtigt ud fra det motiv, at der skal ske udnyttelse af et skattemæssigt underskud, som der ellers ikke er udsigt til anvendelse af. En fusion kan sågar gennemføres skattepligtigt, uden at det koster skatte kroner for det indskydende selskab, blot det skattemæssige underskud, som udnyttes, kan rumme avancen, som opnås ved overførsel af aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab til handelsværdi.

Her bemærkes det, at der ikke er noget minimumskrav i forhold til, hvilke aktiver og forpligtelser et selskab skal råde over for at kunne indgå i en fusion som indskydende selskab. En fusion ud fra førnævnte motiv kan således i princippet gennemføres, hvor det indskydende selskab blot råder over en likvid beholdning på aktivsiden, som modsvares af en tilsvarende egenkapital på passivsiden. Selskabet kan være havnet i denne situation grundet ophør af drift af den ene eller anden årsag. Incitamentet til at gennemføre en skattepligtig fusion vil dog næppe være til stede her, da det må anses for svært for det indskydende selskab at opnå en gevinst på en likvid beholdning, som kan udnytte det skattemæssige underskud. Er der tale om selskaber inden for samme koncern, har de også været løbende sambeskattede, jf. SSL § 31, og underskuddene er således løbende anvendt af de koncernforbundne selskaber, ligesom de ikke fortabes ved koncerninterne skattefrie fusioner, jf. FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt., det vil sige fusioner inden for samme sambeskatningsenhed. Dette er samtidig årsagen til, at skattepligtig fusion som hovedregel kun bør anvendes, hvor der stadig er aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, hvorpå der kan opnås avance ved overdragelse til handelsværdi til det modtagende selskab, som samtidig udnytter underskud i det indskydende selskab.

¹⁰⁶ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.1

Ved afgørelse af, om en fusion skal gennemføres skattepligtigt eller skattefrit, er det vigtigt at være opmærksom på, at med mindre selskaberne inden omstruktureringen er sambeskattede, er det underskuddene i alle de deltagende selskaber, som fortabes, jf. FUSL § 8, stk. 6, 1. pkt.

Hovedreglen ved skattepligtig fusion er, at den har skattemæssig virkning fra det tidspunkt, den er vedtaget, jf. SSL § 8 A, stk. 1. I praksis kan det dog give visse udfordringer i form af delårsopgørelser, og reglen om tilbagevirkende kraft i SSL § 8 A, stk. 2 er således ofte anvendt ved skattepligtige fusioner. Heraf fremgår det, at de deltagende selskaber kan vælge at tillægge en skattepligtig fusion skattemæssig virkning fra skæringsdagen for det modtagende selskabs regnskabsår, uanset at de først vedtager den senere. Det betyder samtidig, at det er værdiansættelsen af de i fusionen deltagende selskaber på det tidspunkt, der har betydning. Det er altså handelsværdierne på skæringsdagen, der danner grundlag for afståelsesbeskatningen af aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab. Ligesom handelsværdierne på skæringsdagen bliver de skattemæssige indgangsværdier i det modtagende selskab. Det er dog stadig vigtigt at være opmærksom på ændring i sambeskatningsenheder, da fusionsdatoen herved igen falder tilbage til vedtagelsesdatoen, jf. SSL § 8 A, stk. 2, 3. pkt. I ovenstående figur 20 kunne en skattepligtig fusion, således ikke gennemføres med tilbagevirkende kraft, mens det var muligt at gøre det i figur 21.

En fusion kan også blive skattepligtig ved manglende overholdelse af de objektive regler, som FUSL fastlægger for skattefrie fusioner. Det medfører således avancebeskatning for både indskydende selskaber og deres aktionærer.

7.3 Skattefri fusion

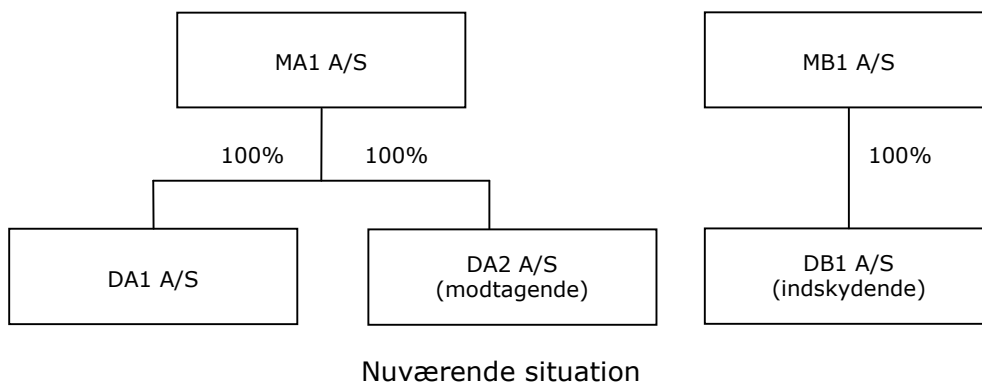
Ved en skattefri fusion har to eller flere selskaber mulighed for at samle deres aktiviteter i et selskab uden her og nu at blive afståelsesbeskattet, som det ellers ville være påkrævet ved et regulært salg til et andet selskab. Dette giver udover sammensmeltningen af aktiviteterne det bedste forretningsmæssige grundlag for fremadrettet vækst og eventuelt videresalg.

7.3.1 Fusionsdato

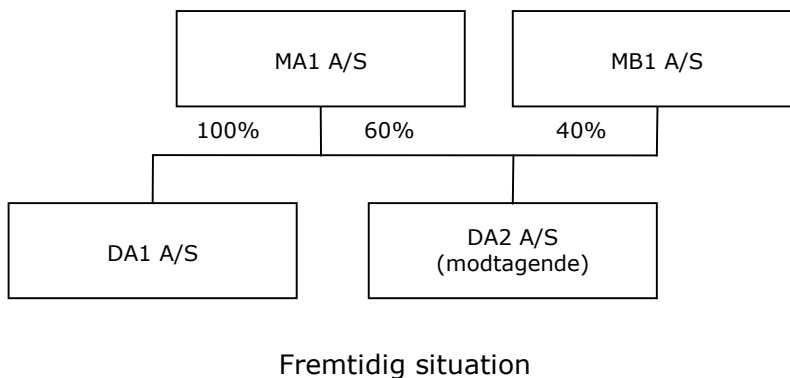
I og med at der ikke skal søges tilladelse til fusion, er det nødvendigt, at der findes klare linier i lovgivningen for, hvad der bliver fusionsdato, og dermed hvornår fusionen er sket. Afklaringen af dette sker med FUSL § 5, stk. 1, 2. pkt., hvoraf det fremgår, at for at anvende FUSL's regler skal fusionsdatoen være sammenfaldende med skæringsdagen for det modtagende selskabs regnskabsår. Med andre ord betyder det, at et modtagende selskab, der har kalenderåret som regnskabsår, vil få 1. januar som fusionsdato. Hovedreglen er dermed, at det ikke er

muligt at foretage en skattefri fusion med andet end tilbagevirkende kraft. Af FUSL § 5, stk. 2 ses det dog, at såfremt det modtagende selskab er et nystiftet selskab, hvor egenkapitalen siden stiftelsen har henstået på en konto i et pengeinstitut, kan regnskabsperioden omfatte en periode på højst 18 måneder regnet fra selskabets stiftelse, når blot fusionen er vedtaget senest 6 måneder efter stiftelsen af selskabet.

Ligesom ved skattepligtig fusion skal man ved skattefri fusion være opmærksom på, om der sker ændringer i sambeskatningsenheder, da det har betydning for hvilken dato, der bliver fusionsdato. Ændringer i sambeskatningsenheder, jf. SSL § 31 C betyder, at det er tidspunktet for disse ændringer, der bliver fusionsdatoen, og således skal der i disse tilfælde laves delårsopgørelser, jf. FUSL § 5, stk. 3. Sker der sådanne ændringer, anses vedtagelsesdatoen for fusionsdato.¹⁰⁷ Situationen kan illustreres via nedenstående figur, hvor alle selskaber har kalenderårsregnskab:



Figur 22: Grafisk illustration af koncernstruktur før fusion



Figur 23: Grafisk illustration af koncernstruktur efter fusion

¹⁰⁷ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.1.2

MA1 A/S og MB1 A/S beslutter den 30/6 2010 at fusionere DA2 A/S og DB1 A/S, hvor DA2 A/S er det modtagende selskab, og DB1 A/S er det indskydende. Med fusionsdato den 30/6 2010 betyder det, at indkomsten i DB1 A/S for perioden 1/1 2010 til 30/6 2010 skal medregnes hos MB1 A/S, mens den for anden halvdel af 2010 skal medregnes hos MA1 A/S. Situationen kan ikke løses ved, at MA1 A/S stifter et selskab den 1/1 2010 med tanke om, at der senere skal gennemføres en fusion. Selskabet skal ikke have nogen aktivitet, men blot tjene som modtagende selskab i den påtænkte fusion. Når fusionen efterfølgende vedtages den 30/6 2010, er det ikke muligt at lade indkomsten i DB1 A/S for hele 2010 indgå i MA1 A/S-koncernens skattepligtige sambeskatningsindkomst ud fra FUSL § 5, stk. 2, idet vedtagelsesdatoen stadig er 30/6 2010, og det er hermed på denne dato, der etableres ændringer i sambeskatningsenhederne, jf. SSL § 31 C. Havde MA1 A/S i stedet besluttet den 30/6 2010 at gennemføre en skattefri fusion af DA1 A/S og DA2 A/S, kunne dette ske med tilbagevirkende kraft, og fusionsdatoen ville her være 1/1 2010. Koncerninterne skattefrie fusioner vil dermed altid ske med tilbagevirkende kraft til skæringsdagen for det modtagende selskabs regnskabsår. Det giver smidighed i forhold til, at en koncern internt løbende kan tilpasse sig markedet.

I denne sag¹⁰⁸ spørges om, hvilken dato der bliver fusionsdato. Det bliver bekræftet, at det er skæringsdagen for det modtagende selskabs regnskabsår, da der gennemføres en omvendt lodret fusion, hvor det indskydende selskab kun ejer 28,57% af det modtagende selskab og øvrige deltagende aktionærer er fysiske personer. Det modtagende selskab har et helejet datterselskab, og er således sambeskattet med det, men det forhold, at der fusioneres et selskab ind i sambeskatningsenheder, har altså ikke betydning for fusionsdatoen. I forhold til fusionsdatoen har det således ingen betydning, at et selskab i en sambeskatningsenhed deltager i en fusion som modtagende selskab, hvor et selskab uden for sambeskatningsenheden fusioneres ind. Det er uanset, at dette selskab ikke tidligere har været sambeskattet med det modtagende selskab. Det kræver dog også, at det indskydende selskab ikke på tidspunktet for fusionen indgår i en anden sambeskatningsenhed, hvilket er opfyldt i denne sag, idet dets aktionærer er fysiske personer. Det afgørende i forhold til at gennemføre en skattefri fusion med tilbagevirkende kraft er dermed, at der i skattemæssig henseende ikke ophører eller etableres koncernforbindelser ved fusionen. Eksisterer der på fusionsdatoen skattemæssige fremførselsberettigede underskud i det modtagende selskab, er det dog ikke muligt for de øvrige selskaber i sambeskatningsenheden, at udnytte disse, uanset at underskuddene er opstået, mens selskaberne har været sambeskattede. Fremførselsberettigede underskud i det modtagende selskabs datterselskab kan efter fusionen kun anvendes til modregning i dette selskabs skattepligtige overskud.

¹⁰⁸ SKM2009.58.SR

7.3.2 Indflydelse fra de selskabsretlige regler

I og med at datoen for vedtagelsen af fusionen bliver fusionsdato, såfremt der sker ændringer i en sambeskatningsenhed ved fusionen, er spørgsmålet nu, hvornår fusionen er endeligt vedtaget. Her er der et samspil mellem de selskabs- og skatteretlige regler, idet der skal henses til SEL § 250. Heraf fremgår det, at fusionen skal være besluttet i alle de deltagende selskaber, hvormed menes på de respektive generalforsamlinger med de nødvendige flertal, eventuelle kreditorkrav skal være afgjort, aktionærer i de deltagende selskaber, som har anfægtet det tildelte vederlag, er kompenseret eller tildelt behørig sikkerhedsstillelse herfor, samt at der er sket valg af ledelse og revisor i et eventuelt nystiftet modtagende selskab.

Når fusion ikke kan gennemføres med tilladelse fra Skat, er det nødvendigt, at de skatteretlige regler respekterer selskabsretlige værneregler i form af kreditorbeskyttelse og aktionærers mulighed for at søge godtgørelse. Aktionærerne kan søge godtgørelse, såfremt de ikke anser vederlaget for fusionen dækkende for det, de afstår ved fusionen.

Samspillet mellem de selskabs- og skatteretlige regler kommer også til udtryk ved, at den handelsværdi, som lægges til grund ved opgørelse af ejerandele i det modtagende selskab, stammer fra fusionsplanen, som kræves udarbejdet i henhold til SEL § 237.

7.4 Skattemæssige konsekvenser

En skattefri fusion har skattemæssige konsekvenser for både de deltagende selskaber og deres aktionærer. Skattebehandlingen foregår på samme måde som ved skattefri spaltning og skattefri tilførsel af aktiver.

7.4.1 Skattemæssige konsekvenser for de deltagende selskaber

Når en fusion er skattefri, refererer det blandt andet til, at der ikke sker avancebeskatning i det indskydende selskab af de aktiver og forpligtelser, som det indskydende selskab overfører til det modtagende. Denne skattemæssige successionsadgang for det modtagende selskab findes i FUSL § 8. Et driftsmiddel, som er anskaffet til tkr. 100 af det indskydende selskab og afskrevet i to år efter saldoprincippet på fusionsdatoen, har en skattemæssig saldo på tkr. 56,25. På fusionsdatoen er handelsværdien af aktivet tkr. 70, hvorfor et almindeligt salg udløser en skat på tkr. 3,44. Ved overgang til det modtagende selskab via fusion skal der ikke ske betaling af skatten, idet beløbet blot afsættes som "udskudt skat" i åbningsbalancen for det modtagende selskab. Af FUSL § 8 fremgår det, at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling for aktiver og passiver med hensyn til tidspunkt, sum, afskrivninger, hensigter og valg af princip. Det fremgår endvidere af FUSL § 8, stk. 5, at

aktiver og forpligtelser, som det modtagende selskab i forvejen besidder, ikke berøres af fusionen.

Det er vigtigt at bemærke, at FUSL § 8, stk. 1, 1. pkt. fastslår, at det kun er de aktiver og passiver, der er i behold hos det indskydende selskab på fusionsdatoen, som det modtagende selskab succederer i. Er fusionsdatoen eksempelvis den 15. marts 2010, vil fortjeneste og tab på aktiver, som afhændes af det indskydende selskab i perioden 1. januar 2010 til 14. marts 2010, skulle medtages fuldt ud på den afsluttende skatteansættelse for det indskydende selskab.

Selvangivelsen for de indskydende selskaber indtil fusionsdatoen skal naturligvis også indsendes, men eftersom de pr. definition er opløst ved fusionstransaktionen, påhviler det det modtagende selskab at sørge for indsendelse heraf. På samme måde succederer det modtagende selskab også i eventuelle skattekrav, som Skat måtte have mod de indskydende selskaber og omvendt. Forholdene fremgår af FUSL § 7, stk. 2.

FUSL § 8, stk. 8 er gældende ved fusion som ved tilførsel af aktiver og spaltning, og således kan kildeartsbegrænsede tab ikke videreføres efter en fusion. L 202 medfører en ny form for kildeartsbegrænsede tab i form af kapital-selskabers tab på noterede porteføljeaktier opgjort efter ABL § 9, stk. 4, som også falder ind under denne bestemmelse. Det er vigtigt at bemærke, at det er kildeartsbegrænsede tab i alle deltagende selskaber, som bortfalder, hvilket kan tolkes af ordlyden: *"... i et af selskaberne..."*, og dermed kan kildeartsbegrænsede tab i et eksisterende modtagende selskab ligeledes ikke videreføres efter fusionen.

7.4.2 Skattemæssige konsekvenser for aktionærerne

Det fremgår som en logisk følge, når ombytningsforholdet fastsættes ud fra handelsværdier, at ingen aktionærer hverken i de indskydende selskaber eller modtagende selskab mister eller får værdier ved en fusion. Aktiver og forpligtelser overføres blot til en anden virksomhed, og derved ejer selskabsdeltagerne nu blot en andel af det modtagende selskab frem for en del af eller et af de indskydende selskaber. Opløsning af de indskydende selskaber medfører naturligvis også annullering af aktionærernes aktier i de indskydende selskaber. Disse anses i stedet for ombyttet med aktier i det modtagende selskab. En skattefri fusion medfører dog ingen yderligere indskud fra aktionærerne, som således blot viderefører deres oprindelige anskaffelses-sum, -tidspunkt og -hensigt. Denne successionsadgang for aktionærerne ses af FUSL § 11.

Selskaber, som ønsker at gøre brug af FUSL's regler for fusioner, skal tilmed have FUSL § 1, stk. 2 for øje, hvoraf det fremgår som en betingelse herfor, at aktionærerne i de deltagende

selskaber beskattes efter FUSL §§ 9 og 11. Det ses således, at det er en pakkedløsning; hvis selskaberne vil anvende FUSL's regler, skal aktionærene også gøre det, ellers bliver omstruktureringen skattepligtig. Årsagen hertil er, at lovgiver vil undgå situationer, hvor selskaberne anvender successionsreglerne for sine aktiver og forpligtelser ved overdragelsen, mens aktionærene lader sig afståelsesbeskatte og derefter har en ny anskaffelsessum på vederlagsaktierne i det modtagende selskab. Dette skal ses i lyset af, at FUSL's bestemmelser for aktionærene er knyttet op på reglerne om succession i aktier.¹⁰⁹

Såfremt det indskydende selskab på tidspunktet for fusionen er i besiddelse af en post såkaldte egne aktier, er det teoretisk set det indskydende selskab selv, der skal vederlægges herfor ved fusionen, da det er aktionærene i det indskydende selskab, som skal modtage vederlæggelsen. Det er imidlertid svært at opfylde det krav her, da det indskydende selskab opløses ved fusionstransaktionen, og der er derfor indsat en bestemmelse i FUSL § 10, stk. 2, som foreskriver, at egne aktier, som er modtaget ved fusionen, anses for annulleret uden skattemæssige konsekvenser.

Tidligere var der krav om, at de selskabsretlige dokumenter, som skal udarbejdes i forbindelse med en fusion, skulle indsendes til Skat senest én måned efter fusionsdatoen. I dag er det kun påkrævet, hvor der sker lodrette fusioner samt fusioner inden for den finansielle sektor, jf. FUSL § 6. Der er således i skattemæssig henseende ikke direkte krav om nogen formelle dokumenter. Selskabsretligt skal dokumenterne dog stadig udarbejdes og indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. SEL § 244. Skat har således mulighed for at rekvirere disse herfra, såfremt de ønsker dette.¹¹⁰ Dokumenterne er dog ikke uvæsentlige i forhold til de skatteretlige aspekter af fusionen, da de som anført¹¹¹ har direkte indflydelse på, hvilken dato der bliver fusionsdato samt vederlaget til de indskydende selskaber.

7.4.2.1 Fordeling af vederlaget

I forhold til vederlaget ved en fusion er problematikken nu blot at opgøre, hvor stor en andel aktionærene i det indskydende selskab ejer af det modtagende selskab efter fusionen. FUSL indeholder ikke direkte bestemmelser om til hvilken værdi, den del af vederlæggelsen, som sker med aktier i det modtagende selskab, skal ske. Studeres praksis og Ligningsvejledningen¹¹² fremgår det, at det er handelsværdien på fusionsdatoen, der er afgørende. Det virker hensigtsmæssigt, at ejerandelene efter fusionen opgøres ud fra en fordelingsnøgle baseret på handelsværdien af det, som de enkelte indskyder i det modtagende selskab, når det tages i

¹⁰⁹ Se kapitel 8

¹¹⁰ Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.1.7

¹¹¹ Se afsnit 7.3.2

¹¹² Ligningsvejledningen 2009-2, S.D.1.4

betragtning, at FUSL § 9, stk. 1 fastslår, at den vederlæggelse, som ikke består af aktier i det modtagende selskab, behandles som delvis afståelse af aktier i det indskydende selskab til kursen på fusionsdatoen. Det er med andre ord en indirekte følge af FUSL's øvrige bestemmelser. Der findes dog også afgørelser, hvor en anden fordelingsnøgle anvendes. Det er således ikke et ufravigeligt krav, at vederlæggelsen for transaktionen til aktionærene skal fordeles efter en opgørelse af handelsværdien af det, som den enkelte aktionær indskyder.¹¹³ Betragtes denne sag¹¹⁴ fremgår det, at det afgørende er, at der ikke sker skattemæssig begunstiggelse af nogen af de involverede selskabsdeltagere, samt at der ikke sker formueforskydninger blandt selskabsdeltagerne. Kan det godtgøres, at dette ikke sker, kan andre fordelingsnøgler end handelsværdien lægges til grund. Anvendelse af disse bør ske efter indhentelse af bindende svar herom, da omstruktureringen ellers betragtes som skattepligtig, såfremt Skat efterfølgende ikke er enig i fordelingen, idet FUSL's bestemmelser således ikke er fulgt.

For at det overhovedet er aktuelt at overveje at indhente bindende svar på en anden fordelingsnøgle end handelsværdier, kræver det, at den fulde vederlæggelse sker i form af aktier. Den mindste kontantvederlæggelse nødvendiggør opgørelse af handelsværdier for at finde ud af, hvor stor en andel der er afstået af de enkelte aktionærer, og dermed hvor stor en andel de enkelte aktionærer skal eje af det modtagende selskab efter fusionen. Dette kan dog undgås i koncerninterne fusioner, hvor aktionæren er den samme i indskydende og modtagende selskab. Her anvendes kontante udligningssummer dog sjældent. Man kan således spørge sig selv, hvorfor man i situationer, hvor det er forbundet med vanskeligheder at opgøre handelsværdier for elementerne i fusionen, ikke blot venter til efter omstruktureringen, og her udlodder udbytte. Dette må tilskrives, at med mindre der er etableret forskellige aktieklasser, rammer udbytte alle aktionærer, og det medfører ikke afståelse af aktier, såfremt det var målet. Var ønsket blot at få frigjort likvide midler, bør det altså overvejes at vente til efter fusionen og her foretage udbytteudlodning.

7.4.2.2 Skift i aktieklasser ved fusion

Med L 202, hvor ejertidskravet for selskabers skattefrie salg af aktier er ophævet med ændringerne i ABL §§ 8-9, må det ud fra ovenstående omkring grundlag for fordeling af vederlag antages, at det primært er forholdet omkring formueforskydning mellem selskabsdeltagerne, der fremadrettet har Skats interesse. Skat vil vurdere dette i forhold til at bedømme, om der er sket korrekt vederlag til selskabsdeltagerne i en fusion. Rent matematisk er det ikke muligt at få en højere ejerandel af et modtagende selskab, end en selskabsdeltager har af et indskydende selskab inden en fusion, og således er der ingen risiko for, at en porteføljeaktionær i et ind-

¹¹³ Artikel af Kim Wind Andersen, partner hos Deloitte Skat, SPO.2008.221

¹¹⁴ SKM2007.487.SR

skydende selskab bliver datterselskabsaktionær i det modtagende selskab, med mindre der fusioneres til et nyt selskab, og tidligere datterselskabsaktionærer kontantvederlægges i så stort omfang, at porteføljeaktionærer bliver datterselskabsaktionærer i det modtagende selskab. Eller der sker omvendt lodret fusion, hvor aktionærer i det indskydende selskab er kapitalselskaber, som i forvejen er aktionærer i det modtagende selskab. Modsat kan datterselskabsaktionærer blive porteføljeaktionærer i et modtagende selskab efter en fusion, hvilket efter ABL § 9 betyder skattepligt af avancer og fradragsret for tab på aktierne samt skattepligt af udbytte. Reguleringen af disse situationer findes i ABL 33 A, som foreskriver, at der skal ske beskatning ved skift i aktieklasser, uanset at det sker som led i en skattefri omstrukturering. Beskatningen sker ud fra handelsværdien på tidspunktet for skiftet, som ligeledes anses for ny anskaffelsessum. Vi forventer derfor, at det fremadrettet er risikoen for formueforrykkelse blandt aktionærerne, som vil have Skats interesse.

I situationer, hvor fusionen medfører skift i aktieklasser, således at der efter omstruktureringen er tale om porteføljeaktier, har handelsværdien ikke betydning på tidspunktet for omstruktureringen i forhold til opgørelse af skattepligtig avance på de afståede aktier i det indskydende selskab. Dette skyldes, at avance på aktierne i det indskydende selskab ikke er skattepligtig for kapitalselskaber, jf. ABL § 8, da det er datterselskabsaktier indtil omstruktureringen. Først på tidspunktet for afståelsen af porteføljeaktierne i det modtagende selskab har handelsværdien på omstruktureringstidspunktet betydning, da det vil indgå som anskaffelsessummen på porteføljeaktierne, og er dermed fradragsberettiget enten ved avanceopgørelsen på salgstidspunktet, såfremt ABL § 23, stk. 6 anvendes eller løbende, såfremt beskatning sker ud fra hovedreglen om lagerbeskatning, jf. ABL § 23, stk. 5.

7.4.2.3 Vederlag til handelsværdi

Skal der ske fastsættelse af handelsværdier af elementerne i en fusion, er det nødvendigt at foretage en fastsættelse af handelsværdien af alle de aktiver og forpligtelser, som indgår i fusionen, idet der ellers kan overføres værdier skattefrit mellem aktionærer i det modtagende selskab. Risikoen herfor er naturligvis størst, hvor fusionen sker mellem interesseforbundne parter, som det eksempelvis kunne være tilfældet ved generationsskifte. Situationen kan være, at der fusioneres til et eksisterende selskab, som ejes af sønnen. Det indskydende selskab ejes 100% af forældrene, som ønsker at overføre værdier til sønnen ved generationsskifte. For at sikre at dette ikke sker uden forældrene modtager behørig vederlæggelse herfor, er det nødvendigt at fastsætte handelsværdien af det indskydende selskab samt handelsværdien af det modtagende selskab. Eftersom vederlæggelsen til forældrene i form af kapitalandele i det modtagende selskab skal svare til den relative andel, som værdierne i deres indskydende selskab udgør af handelsværdien af samtlige i fusionen involverede aktiver og forpligtelser. For-

ældrenes ejerandel af det indskydende selskab efter fusionen er således 80%, hvis handelsværdien af deres selskab var tkr. 800 på fusionsdatoen, og den samlede handelsværdi af både det indskydende og modtagende selskabs aktiver og forpligtelser var tkr. 1.000.

Handelsværdiopgørelsen skal som nævnt¹¹⁵ også anvendes, hvor der sker delvis kontantvederlæggelse, hvilket kan illustreres således. Fortsættes eksemplet fra før, hvor handelsværdien af det indskydende selskab var tkr. 800, og forudsættes det, at forældrene modtager tkr. 200 i kontantvederlæggelse, anses de skattemæssigt for at have afstået 25% af aktierne i deres selskab, jf. FUSL § 9. Efterfølgende har de en ejerandel på 75% af det modtagende selskab, da handelsværdien af det, som de fusionerer ind i det modtagende selskab, er tkr. 600 i forhold til en samlet handelsværdi på tkr. 800. Kontanterne til en delvis kontantvederlæggelse kommer dermed fra det, som den aktionær, der modtager delvis kontantvederlæggelse, indskyder. En delvis kontantvederlæggelse medfører tillige, at der kan henføres en delvis anskaffelsessum hertil, som kan fratrækkes ved avanceopgørelsen for de berørte aktionærer. Reglerne herfor er de samme som ved spaltning.¹¹⁶ Forældrene har dermed mulighed for at fratække 25% af anskaffelsessummen på deres aktier i det indskydende selskab ved avanceopgørelsen. Har forældrene forskellige anskaffelsestidspunkter på aktierne i det indskydende selskab anses afståelse for sket efter FIFO-princippet, jf. FUSL § 9, stk. 3. Denne bestemmelse håndterer situationen, hvor en aktionær har erhvervet aktierne i det indskydende selskab på flere forskellige tidspunkter og eventuelt har aktier med forskellige aktieklasser. I begge situationer henses til forholdsmæssige andele af den samlede handelsværdi for selskabet på fusionsdatoen. Fremadrettet får forældrenes aktier i det modtagende selskab en anskaffelsessum svarende til 75% af anskaffelsessummen på deres aktier i det indskydende selskab.

I praksis anbefaler og accepterer Skat, med mindre det er åbenlyst forkert, at der ved en handelsværdiopgørelse af noterede aktier tages udgangspunkt i senest aflagte årsregnskab med tillæg af goodwill, som beregnes efter det såkaldte goodwillcirkulære.¹¹⁷ Denne fremgangsmåde anvendes ved interesseforbundne parter, eller ved parter, som ud fra Skats betragtning, i overdragelsessituationer ikke har modstridende interesser på trods af, at de ikke tidligere har samarbejdet. Dette fremgår af en sag,¹¹⁸ som ikke omhandler omstrukturering men blot en situation, hvor der skal ske overdragelse af noterede aktier, herunder hvordan disse værdiansættes til handelsværdi. I sagen ønskede et selskab at sælge sine aktier i et selskab til to andre selskaber, hvorfor der blev forespurgt om anvendelse af forskellige værdiansættelsesmetoder for aktierne. I sit svar præciserede Skat, at værdiansættelse af noterede aktier ved salg

¹¹⁵ Se afsnit 7.4.2.1

¹¹⁶ Se afsnit 6.4.2

¹¹⁷ TSS-cirkulære 2000-9 og 10 og goodwillcirkulæret af 21. august 2009

¹¹⁸ SKM2009.236.SR

skulle ske til handelsværdi. Handelsværdiopgørelsen burde ifølge Skat tage udgangspunkt i indre værdi ifølge seneste aflagte årsrapport med tillæg af eventuel goodwill beregnet ud fra goodwillcirkulæret.

Uanset at det i situationer, hvor det anses for nødvendigt at foretage en handelsværdiopgørelse af de deltagende selskaber, er lettest at anvende Skats vejledning herfor, bør det vurderes, hvorvidt dette giver et reelt billede af værdien. Se således denne sag,¹¹⁹ hvor værdiansættelsen blandt andet blev baseret på metoder fastsat i forbindelse med opkøb af et andet tilsvarende selskab. Skat accepterede denne værdiansættelsesmetode, hvor nødvendige faktorer for beregning af handelsværdien efter en DCF-model, blev estimeret ud fra opkøb af et andet selskab.

Opgørelse af handelsværdier af de deltagende selskaber i fusionen kan være en både vanskelig og tidskrævende proces, når selskaberne er unoterede, hvorfor det altid bør undersøges, om vederlæggelsen kan ske i overensstemmelse med de skattemæssige regler uden at foretage denne opgørelse, som det sker i den her omtalte sag.

Ved fusion af søsterselskaber med samme ejer, der ejer 100% af begge selskaber, kan der pr. definition ikke ske formueforskydning indbyrdes mellem ejerne, da det er den samme ejer. Det sås således også i en sag,¹²⁰ hvor Skatterådet accepterede, at der ikke blev opgjort handelsværdier for de to søsterselskaber, som ønskedes fusioneret. Dette understregedes af, at der var forskel på ejertiden af aktierne i de to selskaber, og der kunne ved en værdiforskydning overføres værdier skattefrit ved salg af aktier efter fusionen, men da det var oplyst, at der ikke var forventning om afståelse af aktier i de første tre år efter fusionen, blev dette forhold ikke tillagt nogen betydning. Denne risiko set i forhold til skatteundgåelse ansås dermed for minimal, og fremadrettet må det derfor formodes, at handelsværdiopgørelser ikke er nødvendige ved fusion af søsterselskaber, da der ikke sker skifte i ejerkredsen, og ejertid er uaktuelt i forhold til skattepligt af datterselskabsaktier, jf. ABL § 8.

I forhold til fusionsdatoer på andre tidspunkter end skæringsdage for sædvanlige regnskabsår skal delårsopgørelser med de respektive fusionsdatoer som skæringsdage tjene som grundlag for opgørelse af handelsværdier ifølge Skat. Delårsopgørelserne skal laves i forbindelse med korrekt opdeling af indkomster, men der kan stadig spares arbejde, såfremt egentlige handelsværdiopgørelser ikke skal udarbejdes. Det kan efter vores opfattelse derfor være hensigtsmæssigt at spørge Skat til råds om fordeling af vederlaget ud fra en anden fordelingsnøgle,

¹¹⁹ SKM2008.289.SR

¹²⁰ SKM2008.609.SR

hvormed man mener, at der ikke sker formueforrykkelse indbyrdes blandt selskabsdeltagerne i de deltagende selskaber.

7.4.2.4 Vederlag ved lodrette og omvendt lodrette fusioner

I to fusionssituationer er vederlæggelsen anderledes end ellers. Ved en lodret fusion giver det ikke mening at udstede aktier som vederlæggelse, da der ikke sker ændringer i ejerkredsen. Forstået således, at moder overtager datters aktiver og forpligtelser. Dette forhold følger af FUSL § 10, stk. 1. Regnskabsteknisk erstattes posten "Kapitalandele i tilknyttede virksomheder" i moderselskabets regnskab for så vidt angår den indfusionerede datter, med dennes aktiver og forpligtelser. Det fremgår endvidere af førnævnte bestemmelse, at en eventuel gevinst eller tab på datterselskabsaktierne i forbindelse med deres annullering ikke skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i det modtagende selskab. Det stemmer overens med de nye regler omkring aktieklasser, hvor en aktiepost på mere end 10% medfører, at avancer ikke er skattepligtige, jf. ABL § 8, da der så er tale om koncern- / datterselskabsaktier, jf. ABL §§ 4 A-4 B.

Den anden situation er ved skattefri omvendt lodret fusion, hvor moderen forsvinder, og aktierne heri anses efterfølgende for annulleret. Som vederlag for fusionen udloddes moderens aktier i datteren til aktionærerne i moderen. Deres direkte ejerandele af datteren efter fusionen, svarer til de ejerandele, de havde før fusionen via moderen. En eventuel avance, som det indskydende selskab har på aktierne i det modtagende selskab i forhold til handelsværdien på fusionsdatoen, i forbindelse med de bliver til egne aktier, er ikke skattepligtig for det indskydende selskab, når fusionen gennemføres skattefrit, jf. FUSL § 10, stk. 2. I den pågældende sag¹²¹ gennemførtes en omvendt lodret fusion, hvor Skatterådet bekræftede, at aktionæren i det indskydende selskab på vedtagelsestidspunktet blev aktionær i det modtagende selskab ved fusionen. Der var således ikke tale om tilbagesalg af aktier til det udstedende selskab. Med andre ord betød det, at fusionstransaktionen ikke blev betragtet som tilbagesalg af aktier fra det indskydende selskab til det modtagende selskab for så vidt angår aktierne i det modtagende selskab. Det faktum, at det modtagende selskab anvendte egne aktier, som det havde modtaget ved fusionen, som vederlag til aktionæren i det indskydende selskab udløste ikke en skattepligtig avance for det indskydende selskab.

Modsat hvis fusionen gennemføres som en skattepligtig fusion. Her har Skatterådet i en sag¹²² bekræftet, at LL § 16 B skal iagttages, og således er det indskydende selskab skattepligtig.

¹²¹ SKM2007.555.SR

¹²² SKM2008.328.SR

Det kan ved omvendte lodrette fusioner anføres, at det er uaktuelt med opgørelse af handelsværdier på fusionsdatoen i forhold til fordeling af vederlaget, forudsat vederlæggelsen sker fuldt ud i form af aktier i det modtagende selskab. Vederlæggelsen sker således ud fra, at det indskydende selskabs relative ejerandel af det modtagende selskab fordeles til aktionærerne i det indskydende selskab efter de enkelte aktionærers relative ejerandele af det indskydende selskab. Dette forhold har Skat bekræftet i en sag,¹²³ hvor de gav bindende svar om, at der ikke skete formueforrykkelse mellem ejerne, når deres anparter i det indskydende selskab blev udlagt som vederlag for fusionen i samme forhold, som deres ejerandele i det indskydende selskab berettigede til. Det var således ikke nødvendigt at foretage en egentlig handelsværdiopgørelse af det indskydende selskab. I forhold til at basere vederlæggelsen i andre omvendte lodrette fusioner på dette bindende svar, mener vi ikke, at det kan tillægges værdi, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab var den samme kreds af fysiske personer, som ejede den resterende del af det modtagende selskab i ligelig fordeling. Af dette bindende svar fremgik det også, at der ikke nødvendigvis skulle ske nytegning af aktier ved en omvendt lodret fusion, idet de aktier, som det indskydende selskab havde i det modtagende selskab, overgik til det modtagende selskab ved fusionen, og kunne således tjene som vederlag for fusionen.

7.5 Fusion som generationsskiftemodel

Typisk, når et selskab står over for et generationsskifte, handler det om at opdele selskabet i salgbare dele, eller måske blot udskille de dele af selskabet, som det ønskes at generationskifte. Fusion er ikke den mest anvendte omstruktureringsmodel her, men det kan stadig være en mulighed for at forberede et generationsskifte. Ønsker selskabsledelsen at klargøre en større del af en koncern til generationsskifte, hvormed menes flere koncernforbundne selskaber, kan fusion anvendes til at samle flere selskaber i ét, i et forsøg på at gøre koncernen mere salgbar. Det kan gøre det nemmere for mulige købere at se fremtidsmulighederne ved overtagelse heraf. Det kan naturligvis anføres, at den dygtige køber stadig kan se mulighederne i at købe koncernen, uanset at overflødige selskaber ikke er elimineret via for eksempel fusion. Det sparer dog køberen for en del tid og administration, at omstruktureringen er sket inden dennes overtagelse.

Situationen kan også være, at der ikke umiddelbart kan findes en køber til selskabet i sin foreliggende form. Til gengæld opstår muligheden for at fusionere selskabet med et andet selskab uden for koncernen, hvorved aktionærerne i det oprindelige selskab modtager vederlagsaktier, som alt andet lige er mere attraktive for salg og generationsskifte, da det var intentionen med

¹²³ SKM2009.58.SR

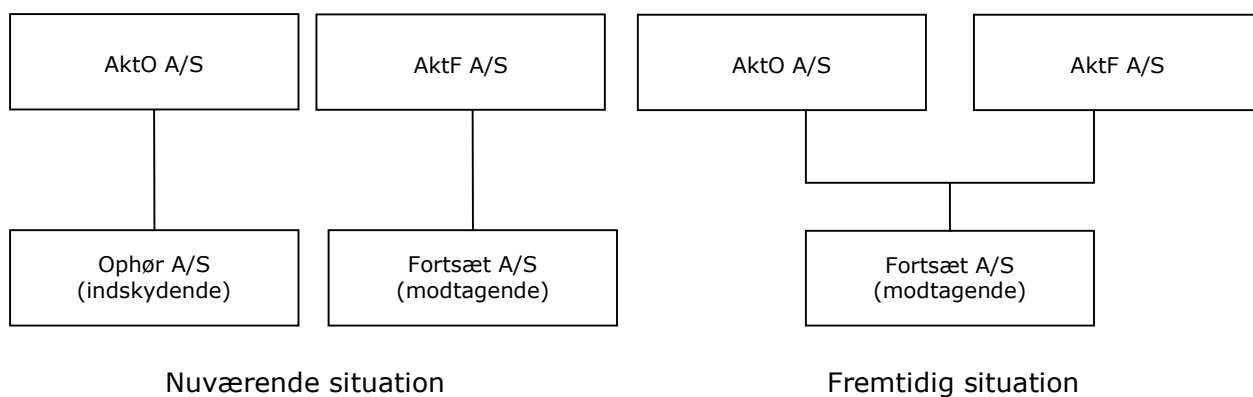
omstruktureringen. Her kan det modtagende selskab eksempelvis være en leverandør eller en anden form for samarbejdspartner.

I og med at der ikke skal respekteres et holdingkrav ved skattefrie fusioner i modsætning til øvrige omstrukturingsmodeller gennemført uden tilladelse fra Skat, gør det den meget anvendelig, da selskabsledelsen umiddelbart efter gennemførelsen frit kan sælge vederlagsaktierne, som omfatter de dele af koncernen, hvori der er sket fusioner, med ovenfor anførte motiver som grundlag.

Generationsskifte af selskaber kan ske som led i kombinationsomstruktureringer, hvor fusion blot er et skridt på vejen. Som her belyst anvendes fusioner typisk som oprydning i en koncern inden gennemførelse af et generationsskifte, hvad enten det sker via salg eller succession. Ellers ses det benyttet, hvor den pensionsmodne selskabsledelse identificerer, at selskabet i sin nuværende form ikke er attraktiv i det eksisterende marked, og derfor søger selskaber, som kan opnå positive synergier ved sammensmeltning med deres selskab. Under alle omstændigheder bør det analyseres, hvorvidt fusion kan anvendes som omstrukturingsmetode i den givne situation, hvor et generationsskifte ønskes gennemført.

7.6 Case

Ejeren (AktO A/S) af Ophør A/S står over for at skulle gennemføre et generationsskifte. Han har overvejet situationen gennem flere år, eftersom han ikke har nogen børn, der kan overtage virksomheden. Nu er han imidlertid blevet kontaktet af ejeren (AktF A/S) af Fortsæt A/S, som ønsker at overtage Ophør A/S' aktiviteter. AktO A/S og AktF A/S er i samråd blevet enige om, at de skal indgå et samarbejde via fusion af deres respektive selskaber, hvor Ophør A/S er det indskydende selskab, mens Fortsæt A/S er det modtagende selskab.



Figur 24: Case, grafisk illustration af skattefrie vandret fusion

Ved omstruktureringen bliver AktO A/S vederlagt med aktier i Fortsæt A/S i forhold til handelsværdien af de aktiver og forpligtelser fra Ophør A/S, som han fusionerer ind i Fortsæt A/S. Med udgangspunkt i de seneste aflagte årsrapporter for de to deltagende selskaber skal handelsværdierne for de to selskaber opgøres, således at den korrekte vederlæggelse kan foretages. Det betyder, at nedenstående tabel 25 kan opstilles.

Et klart tegn på, at der er tale om en skattefri fusion, er, at der afsættes udskudt skat af de identificerede merværdier.

AKTIVER	Fortsæt A/S tkr.	Regulering tkr.	Ophør A/S tkr.	Regulering tkr.	I alt tkr.
ANLÆGSAKTIVER	7.300	2.000	3.400	900	13.600
OMSÆTNINGSAKTIVER	6.282	0	900	0	7.182
AKTIVER I ALT	13.582	2.000	4.300	900	20.782
PASSIVER					
Aktiekapital	500	0	500	0	1.000
Frie reserver	3.238	1.575	1.200	675	6.688
EGENKAPITAL I ALT	3.738	1.575	1.700	675	7.688
Udskudt skat	530	525	250	225	1.530
HENSATTE FORPLIGTELSE	530	525	250	225	1.530
Langfristede gældsforpligtelser	3.772	-100	900	0	4.572
Kortfristede gældsforpligtelser	5.542	0	1.450	0	6.992
GÆLDSFORPLIGTELSE	9.314	-100	2.350	0	11.564
PASSIVER I ALT	13.582	2.000	4.300	900	20.782

Tabel 25: Case, opgørelse af ejerandele ved skattefri vandret fusion

Af tabel 25 kan ejerandelene af Fortsæt A/S efter fusionen opgøres til følgende: AktF A/S 69,11% og AktO A/S 30,89%. Med fusionen af de to selskaber har AktO A/S sikret fremtiden for hans virksomhed, ved at den er sammensmeltet med en anden. Resultatet heraf er, at hans aktier bliver mere interessante i salgsøjemed. Uanset at AktF A/S ikke er interesseret i opkøb heraf i nærmeste fremtid, kan køber også være en helt tredje. I praksis vil en aktionær-

overenskomst ofte regulere AktO A/S' salg af aktierne i Fortsæt A/S, således AktF A/S har indflydelse på, hvem AktO A/S sælger sine aktier til. AktF A/S og AktO A/S kan konstituere sig således, at AktO A/S indtager en mere tilbagetrukken rolle i forhold til driften af virksomheden, og således har han ro til at vente, til den rigtige køber viser sig.

7.7 Delkonklusion

Fusion giver ikke mulighed for opdeling af et selskab, som ofte er ønsket ved en omstrukturering med henblik på generationsskifte, hvilket medfører, at den alt andet lige sjældent kommer i betragtning i generationsskiftesituationer. Fusion er dog ud fra et skatteretligt synspunkt en anvendelig omstruktureringsmodel ved generationsskifter alene i kraft af, at der aldrig skal søges tilladelse hos Skat hertil. Det betyder samtidig, at når fusion anvendes i kombination med andre omstruktureringsformer, behøver de deltagende selskaber ikke tage hensyn til et holdingkrav, og kan derfor tilrettelægge efterfølgende omstruktureringer frit inden for de rammer, der gælder derfor.

Når skattefrie fusioner gennemføres generelt og i særdeleshed, hvor det sker som led i generationsskifter mellem interesseforbundne parter, bør bindende svar indhentes omkring vederlagsfordelingen. Ud fra seneste praksis kombineret med L 202, må det forventes, at sikring af, at der ikke sker formueforskydning indbyrdes blandt de deltagende aktionærer, er Skats fokusområde. I kraft af at Skat ikke i forbindelse med en tilladelsesprocedure har taget stilling til den skattefrie fusion, er bindende svar det mest hensigtsmæssige for at sikre, at Skat ikke efterfølgende statuerer skattepligt af omstruktureringsdispositionerne grundet forkert vederlagsfordeling i forhold til handelsværdier på fusionsdatoen. Bindende svar bør kun fravælges, hvor der pr. definition ikke kan ske formueforskydning, eksempelvis ved koncerninterne fusioner samt fusioner, hvor kun få simple aktiver og forpligtelser indgår.

Ligesom ved spaltning er fastlæggelse af omstruktureringsdatoen vigtig i forhold til, at der tages det korrekte udgangspunkt for opgørelse af handelsværdierne af elementerne i fusionen, og dermed også fordelingen af vederlagsaktierne.

Det bør bemærkes, at forskellen på skattefri fusion og skattefri tilførsel af aktiver, hvor hele virksomheden tilføres, er vederlæggelsen samt situationen for det indskydende selskab efter omstruktureringen. Ved en fusion opløses det indskydende selskab, mens aktionærene heri modtager vederlæggelsen for omstruktureringen. Modsat ved skattefri tilførsel hvor det indskydende selskab består og samtidig modtager vederlæggelsen. Det er således disse forhold,

herunder fortabelse af skattemæssige underskud, der skal afgøre, hvilken omstruktureringsmetode der anvendes, når disse to skal sammenholdes.

Anvendes fusion ved generationsskifter er det vigtigt, at parterne, inden de iværksætter omstruktureringen som skattefri, vurderer konsekvenserne ved at gennemføre den skattepligtigt. Det kan i konkrete tilfælde være mest hensigtsmæssigt, og bør derfor altid indgå i de indledende overvejelser.

8. Succession i aktier

Hovedreglen er, at når der sker overdragelse af aktier, skal der for fysiske personer ske afståelsesbeskatning. Der er dog mulighed for i særlige tilfælde at overdrage aktier, uden der sker afståelsesbeskatning heraf. Det vil blive gennemgået nedenfor, hvor også betingelserne herfor vil blive behandlet.

Bestemmelserne omkring succession i aktier findes i dag i ABL §§ 34-35 A. ABL § 34 omhandler succession i aktier til familie, mens ABL § 35 omhandler succession i aktier til medarbejdere. ABL § 35 A giver mulighed for tilbagesalg til oprindelig ejer med succession. Bestemmelserne er af ældre dato og blev første gang indsat ved lov nr. 763 af 14. december 1988 (L 51 88-89).¹²⁴ Princippet i paragrafferne er, at en virksomhed, der drives i selskabsform, kan overdrages til familiekredsen eller nære medarbejdere, uden at de skattemæssige forhold er en forhindring hertil. Det var også et mål med denne lov at ligestille reglerne i dødsbosuccession og succession i levende live.

De seneste ændringer til lovgivningen indenfor succession i aktier er, at der er sket lempelser på den indsatte bestemmelse omkring overdragelse af passive selskaber. Den blev ændret i 2006, hvor grænsen for passiv virksomhed¹²⁵ blev sat op fra 50% til 75%. Muligheden, for at medarbejdere kan succedere, blev indsat i 2002. I juni 2008 blev reglerne for succession i aktier lempet således, at det ikke længere var et krav, at de aktier, der blev succederet i, omfattede mindst 15% af stemmевærdien. Nu skal de blot omfatte 1% af aktiekapitalen. 1. januar 2009 blev muligheden for at overdrage aktierne tilbage til den tidligere ejer med succession indført.

8.1 Personkredsen

Det er ikke til hvem som helst, der kan ske overdragelse af aktieselskaber med succession. I ABL § 34, stk. 1, 1. pkt. er den familiemæssige kreds, der kan ske overdragelse med succession til, oplyst. Listen er udtømmende, og der kan således ikke ske succession til andre end de oplyste. Overdragelsen kan ske til børn, børnebørn, søskende, søskendes børn eller en sammenlever. Herudover sidestiller paragraffen naturlige slægtsforhold med stedbørns- og adoptivbørnsforhold. Desuden skal personen være fuldt skattepligtig til Danmark, jf. ABL § 34, stk. 3.

¹²⁴ Generationsskifte – det skatteretlige grundlag ved generationsskifte og omstrukturering kap. 3.1

¹²⁵ Se afsnit 8.2

Med hensyn til overdragelse med succession til nære medarbejdere er der en række krav, der skal være opfyldte. Disse er opstillet i ABL § 35. Det er et krav, at medarbejderen indenfor de seneste fem år har været fuldtidsbeskæftiget i sammenlagt mindst tre år i selskabet. Til vurdering af, om kravet opfyldes, lægges blandt andet indbetalt ATP-bidrag til grund. Ansættelseskravet vil ligeledes være opfyldt, hvis ansættelsen har været i et koncernforbundet selskab. Det er dog en betingelse, at selskaberne har været koncernforbundne i medarbejderens ansættelsesperiode og på det tidspunkt, hvor aktierne overdrages. Er der sket omstruktureringer, medregnes ansættelsestiden herfor også. Det vil sige, at en medarbejder i princippet kan overtage et selskab med succession, uden at denne har været ansat heri.

Det er ligeledes muligt at overdrage aktierne med succession tilbage til den tidligere ejer, jf. ABL § 35 A. Det er dog en betingelse, at overdragelsen sker inden fem år efter den oprindelige overdragelse, samt at overdrageren netop erhvervede aktier med succession.

8.2 Genstanden

Om overdragelsen af aktier kan gennemføres med succession afhænger af aktietyper. Det er således ikke alle værdipapirer, der kan overdrages med succession. Aktier omfattet af ABL § 19, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 4, det vil sige aktier og investeringsforeningsbeviser, der er udstedt af et investeringselskab, kan der ikke succederes i. Der kan som udgangspunkt succederes i andele i andelsforeninger. Her er der ingen krav til stemmeandel, eller at selskabet ikke må være en pengetank. Ligesom hvis selskabets aktivitet er handel med værdipapirer, hvorved menes næringsaktier, skal betingelserne i pkt. 2-4 ikke være opfyldte.

Er der derimod tale om aktier i almindelighed, er der flere betingelser forbundet med succession heri. Der står anført i ABL § 34, stk. 1, 3. pkt., at det ikke må finde sted, hvor selskabets aktivitet i overvejende grad blot består i at være pengetank. Med pengetank menes, at 75% eller mere af selskabets indtægter stammer fra passiv virksomhed, samt at selskabets aktiver, der vedrører passiv virksomhed, udgør 75% eller mere af balancesummen. Procenten opgøres som et gennemsnit på baggrund af de seneste tre regnskabsår. Passiv virksomhed i denne forbindelse omfatter udlejning af fast ejendom samt besiddelse af kontanter eller værdipapirer. Udlejningsejendom anses her som passiv virksomhed, men som i tidligere omtalte omstrukturingsregler anses udlejning af fast ejendom der som en selvstændig virksomhed, hvilket kan virke modstridende. Udlejning af fast ejendom til et moderselskab vil ikke indgå i opgørelsen af den passive virksomhed, i så fald ejendommen er en del af driften. Lempelsen i 2006 har medført, at der er flere, der kan benytte sig af reglen. Før lempelsen blev virksomheden i nogle si-

tuationer tvunget til at investere, således kravene om pengetank blev overholdt. Pengetanksreglen kan være en ulempe for servicevirksomheder, hvor summen af aktiver ofte er lav.

Der er dog en undtagelse til opgørelsen af den passive aktivitet i selskabet. Den omfatter, hvis selskabet ejer mindst - direkte eller indirekte - 25% af kapitalen i et andet selskab. I dette tilfælde skal kapitalandelene ikke medregnes som aktier i opgørelsen, men i stedet medtages i opgørelsen til beregning af datterselskabets indtægter og aktiver. Havde denne bestemmelse ikke været indsat, ville det ikke være muligt at succedere i et holdingselskab.

Det er ligeledes et krav, at den enkelte overdragelse af aktier udgør mindst 1% af selskabskapitalen, jf. ABL § 34, stk. 1, nr. 2.

8.3 Skattemæssige konsekvenser

Det, der sker, er, at erhververen indtræder i overdragerens skattemæssige stilling med hensyn til anskaffelsessum, hensigt og anskaffelsestidspunkt. Med andre ord indtræder erhververen fuldt ud i overdragerens udskudte skatter. Det er dog en forudsætning, at der kan konstateres en avance, da det ikke er muligt at succedere i et tab, jf. ABL § 34, stk. 4.

For at undgå skattespekulationer med hensyn til tab på aktier, er det ikke muligt for erhververen at fratække tidligere realiserede tab ved salg af de med succession overdragede aktier.¹²⁶ Der skal senest ved indsendelse af overdragerens selvangivelse, gives meddelelse om successionen. Sker dette ikke, er konsekvensen, at overdragelsen i stedet bliver skattepligtig.

8.4 Værdiansættelse og vederlag

Overdragelsen skal ske til handelsværdi. Succession i aktier som led i generationsskifte sker ofte til nærtstående, og det er derfor nødvendigt at benytte et værdiansættelsesprincip. Der kunne være incitament til at undgå eller mindske gaveafgiften, ved at værdiansætte aktierne til en lavere værdi. Det kan også være svært at værdiansætte unoterede aktier, idet der ikke er et egentligt marked herfor.

Skat har derfor udgivet værdiansættelsecirkulærer som vejledning til værdiansættelsen. Det første stammer helt tilbage fra 1982 og betegnes cirkl. nr. 185 af 17.11.1982. Dette bruges i de situationer, hvor der sker overdragelse inden for gaveafgiftskredsen i henhold til BAL § 22, stk. 1. Hvorimod TSS 2000-9 skal bruges i de tilfælde, hvor der sker overdragelse mellem for eksempel søskende.

¹²⁶ Ligningsvejledningen 2009-2, S.G.17.2

I de tilfælde hvor der sker overdragelse med succession til nære medarbejdere, vil Skat som udgangspunkt anse værdiansættelsen for sket til handelsværdien. Dette skyldes deres modstridende interesser.

Vederlaget i forbindelse med en succession kan bestå af, at erhververen betaler fuldt vederlag, modtager en gave eller en kombination heraf. Indgår der et gaveelement i overdragelsen, bliver modtageren afgifts- eller skattepligtig af gavens værdi. Er der tale om en gave indenfor gaveafgiftskredsen, vil denne skulle beskattes med 15% af den del, der overstiger grundbeløbet 58.700 kr. (2009). Øvrige, der modtager gave i forbindelse med overdragelsen, vil være skattepligtige efter SL § 4.

Er overdragelsen med succession sket, jf. ABL § 34, er det muligt at beregne en passivpost, jf. KSL § 33 D. En passivpost er den værdi, som det gaveafgiftspligtige beløb kan nedsættes med, uden Skat anser overdragelsesværdien for at være for lav. Passivposten skal kompensere erhververen for de udskudte skatter, som denne overtager. Selvom vederlaget kun består delvis af gave, vil passivposten kunne beregnes fuldt ud.

Passivposten i forbindelse med overdragelse af aktier med succession udgør 22%. Der beregnes 22% af den lavest mulige skattepligtige fortjeneste, der ville være opnået, hvis aktierne havde været solgt.

8.5 Delkonklusion

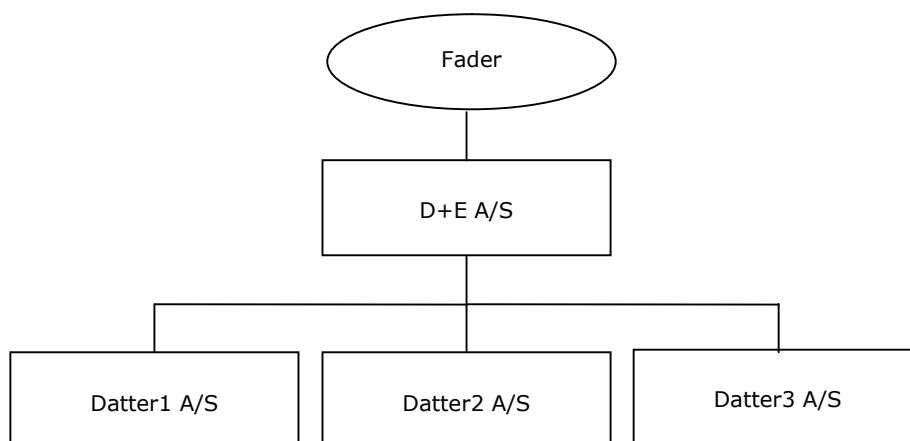
Efter gennemgangen af succession i aktier kan det konkluderes, at det medfører, at det er lettere at foretage et generationsskifte, såfremt successionsreglerne anvendes. Der ville ellers skulle ske afståelsesbeskatning af aktierne, hvilket i nogle tilfælde vil betyde, at det beløb, der ville være tilbage efter skat, ville være væsentligt mindre. På den anden side skal man holde for øje, at erhververen indtræder i den skattemæssige stilling med hensyn til anskaffelsessum, hensigt og anskaffelsestidspunkt.

Det er klart en fordel, at muligheden for overdragelse med succession til nære medarbejdere blev indført, således ejeren i generationsskiftesituationer ikke er tvunget til at overdrage til personer i familiekredsen, hvis denne ønsker, at overdragelsen skal ske med succession.

9. Case

D+E A/S er i dag en solid og veldreven virksomhed, som indgår i en større koncern som vist nedenfor. Indehaveren er kommet op i årene og er så småt begyndt at overveje et generationsskifte. Hans søn vil gerne være en del af koncernen eller en del heraf i fremtiden, og har tilmed gennem de sidste år deltaget aktivt i den daglige drift. Faderen har kun en søn. Sønnen har ikke kapital til indskydelse i koncernen, og det skal derfor så vidt mulig undgås. Faderen har et ønske om at trække sig fra driften af D+E A/S og efterfølgende kun være i besiddelse af selskaber, der beskæftiger sig med passiv kapitalanbringelse.

Den nuværende koncernstruktur er følgende:



Figur 26: Koncernstruktur, step 1

Faderen ejer hele kapitalen i D+E A/S. Koncernen består af D+E A/S, hvor driftsaktiviteten er. Koncernens domicilejendom er ligeledes placeret i D+E A/S. Datter 1-3 A/S var førhen også driftsselskaber, men er i dag passive virksomheder med forskellige former for investering.

For år tilbage forsøgte virksomheden sig på eksportmarkedet, hvilket resulterede i et stort underskud i D+E A/S. Underskuddet er af en væsentlig størrelse, og der er et ønske om, at det i videst muligt omfang ikke går tabt i forbindelse med omstruktureringen.

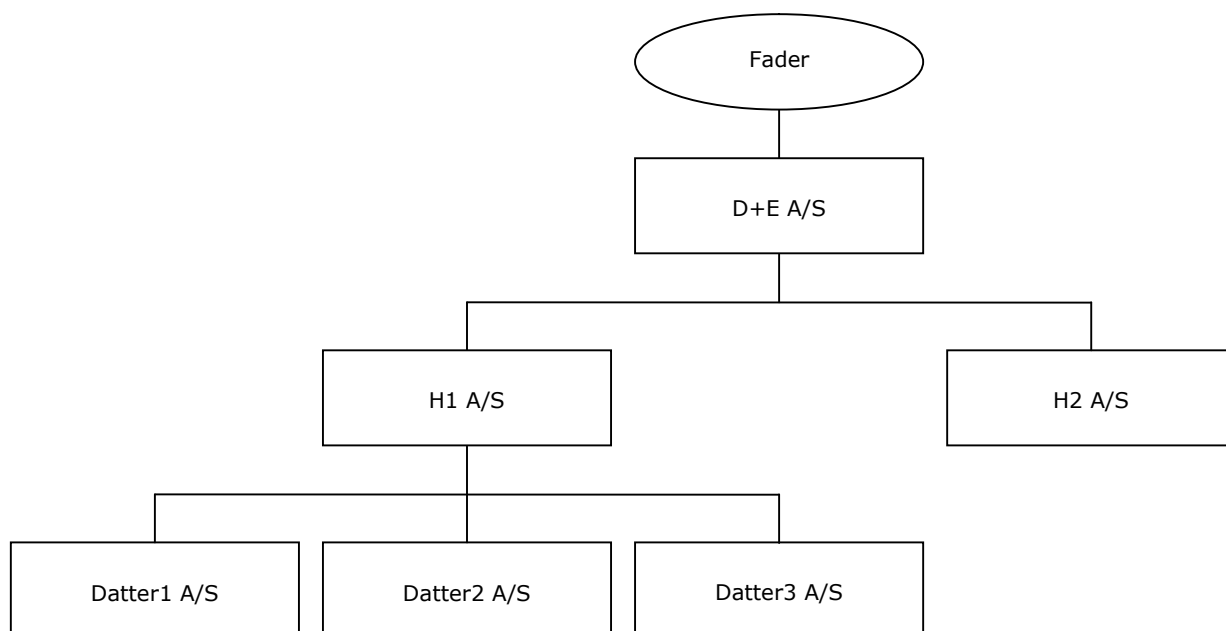
Ved hjælp af sønnens og faderens rådgivere skal der findes mulige generationsskiftemodeller, således at det kan gennemføres mest hensigtsmæssigt. Med denne koncernstruktur og det ønskede resultat, vil det være nødvendigt at gennemføre generationsskiftet via flere steps.

Støpene vil i hovedtræk være som følgende:

1. Nuværende situation
2. Skattepligtig tilførsel af aktiver fra D+E A/S til H1 A/S og H2 A/S
3. Ophørsspaltning af D+E A/S
4. Lodret fusion af H1 A/S og Datter 1-3 A/S
5. Sønnens succession i aktier i D A/S

2. Skattepligtig tilførsel af aktiver fra D+E A/S til H1 A/S og H2 A/S

Som nævnt ovenfor var der et ønske om at udnytte det fremførte underskud i D+E A/S. Handelsværdien af de aktiver og passiver, der er placeret i D+E A/S, er større end de tilhørende skattemæssige værdier. Ved tilførsel af hele virksomheden til henholdsvis H1 A/S og H2 A/S til handelsværdier, realiseres der dermed en skattepligtig avance, som kan modregnes i det fremførselsberettigede underskud. Der er dog usikkerhed forbundet med handelsværdiopgørelserne, og blot ved en mindre forskydning i forhold til de foreliggende handelsværdiopgørelser skal der svares skat, da avancen så ikke kan rummes i det fremførte underskud. For at situationen for D+E A/S dermed ikke skal resultere i, at der i stedet skal betales skat af en del af avancen med den begrundelse fra Skat, at værdierne vurderes som værende for lave, er der valgt at indhente bindende svar fra Skat herpå.



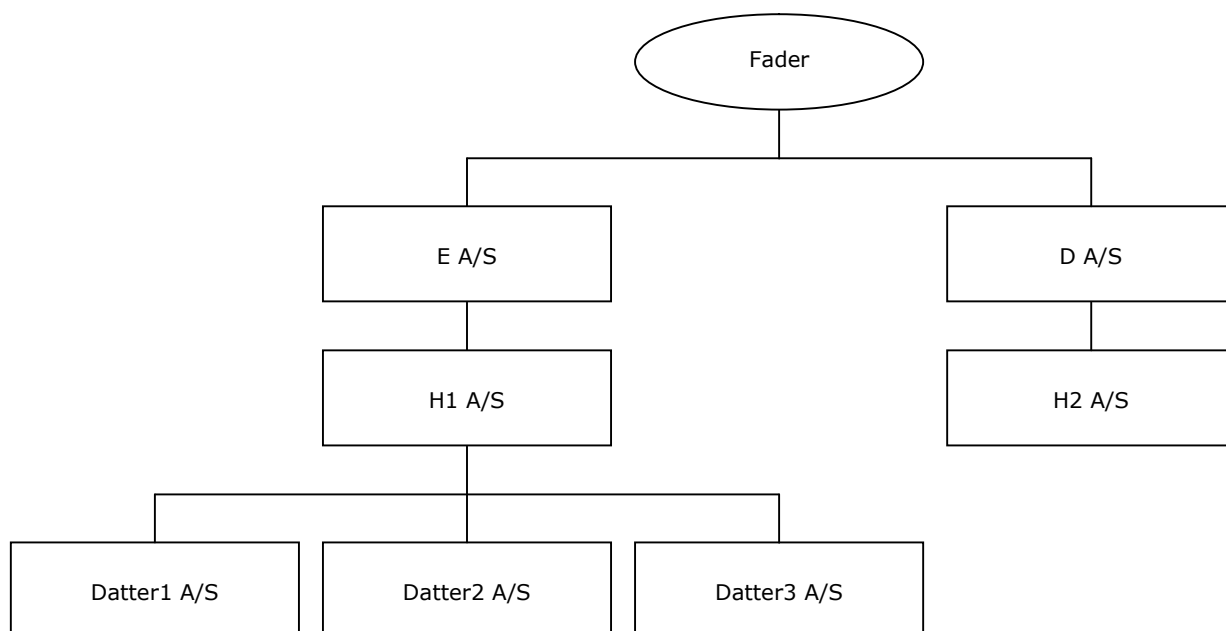
Figur 27: Koncernstruktur, step 2

D+E A/S er det indskydende selskab, som modtager vederlag i form af aktier i henholdsvis H1 A/S og H2 A/S. H1 A/S og H2 A/S stiftes ved apportindskud af aktiverne og forpligtelserne i D+E A/S. D+E A/S' eneste aktiver er herefter ejerandele i H1 A/S og H2 A/S svarende til 100% ejerskab af begge selskaber.

Aktiver og passiver i H1 A/S og H2 A/S har nu fået nye anskaffelsessummer og dermed nye afskrivningsgrundlag svarende til handelsværdierne. Aktiverne og forpligtelserne i D+E A/S skal fordeles således, at H1 A/S modtager kapitalandelene i Datter 1-3 A/S til fulde. H2 A/S modtager selve driftsaktiviteten.

3. Ophørsspaltning af D+E A/S

Næste step i omstruktureringen er spaltning af D+E A/S, hvilket medfører følgende koncernstruktur:



Figur 28: Koncernstruktur, step 3

Ved en ophørsspaltning er der en række betingelser, der skal være opfyldte, for at den kan gennemføres skattefrit. Der er som nævnt¹²⁷ ingen krav om fordelingen af aktiver og passiver mellem de modtagende selskaber. Inden spaltningen er D+E A/S' eneste aktiver kapitalandele i H1 A/S og H2 A/S. Eftersom passiv kapitalanbringelse pr. definition ikke overholder grenkravet, gennemføres denne spaltning som en ophørsspaltning. D+E A/S har ingen forpligtelser, hvorfor passiverne udelukkende består af egenkapital, som på aktivsiden modsvarer af kapi-

¹²⁷ Se afsnit 6.1.2

talandelene. Ved ophørsspaltningen modtager E A/S samtlige aktier i H1 A/S, mens D A/S modtager samtlige aktier i H2 A/S.

Herefter skal det afgøres, hvorvidt ophørsspaltningen skal gennemføres med eller uden tilladelse. I det konkrete tilfælde mener vi ikke, at Skat vil acceptere de beskrevne forhold som en forretningsmæssig begrundelse, da det samtidig også vil være svært at konkretisere disse som led i en ansøgning, hvorfor omstruktureringen gennemføres uden tilladelse. Dette medfører krav om, at der er samme forhold mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, som der er mellem de aktiver og forpligtelser, der tilføres henholdsvis D A/S og E A/S. Opgørelsen foretages til handelsværdier på spaltningdatoen.

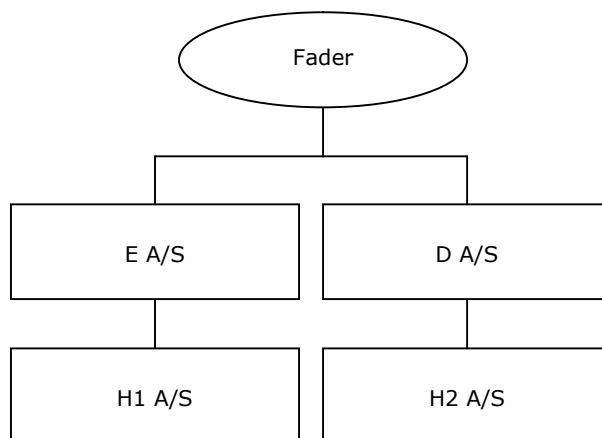
Forholdet omkring formueforskydning indbyrdes blandt aktionærene er ikke aktuelt her, da der kun er en aktionær i form af faderen. Der kan dermed pr. definition ikke ske formueforskydning.

Koncernen som helhed er sambeskattet på tidspunktet for gennemførelse af ophørsspaltningen. En skattefri spaltning af et selskab i sambeskatningsenheden medfører ikke ændringer i sambeskatningsenheden, hvorfor den kan ske med tilbagevirkende kraft til indkomstårets begyndelse.

Faderen ejer D+E A/S, og det er således ham, der skal modtage vederlæggelse ved gennemførelse af den skattefrie ophørsspaltning. I kraft af at aktionæren er en fysisk person, bliver han ikke omfattet af et holdingkrav, uanset at omstruktureringen sker uden tilladelse fra Skat.

Balancekravet gælder for denne ophørsspaltning, da den gennemføres uden tilladelse. Det er dog ikke noget problem, da D+E A/S ikke har nogen forpligtelser, og forholdet mellem aktiver og forpligtelser i de to modtagende selskaber, henholdsvis D A/S og E A/S vil derfor svare til forholdet i D+E A/S opgjort til handelsværdier på spaltningdatoen.

4. Lodret fusion af H1 A/S og Datter 1-3 A/S

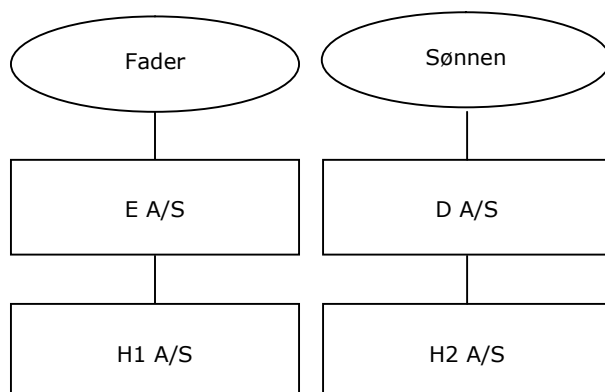


Figur 29: Koncernstruktur, step 4

Der var et ønske fra faderens side om at få så få selskaber som muligt. Det har dog ingen betydning for generationsskiftet, men er en god lejlighed til at få ryddet op i koncernen. Der sker derfor en lodret fusion af Datter 1-3 A/S og H1 A/S, således de nu er samlet i et selskab. Det er H1 A/S, der er det modtagende selskab. Ved en lodret fusion sker der ikke en egentlig vederlæggelse, men aktiver og passiver kommer blot til at indgå som en del af det modtagende selskabs balance. Aktierne i Datter 1-3 A/S bliver samtidig annulleret, og dermed ophører selskaberne.

I princippet kunne denne fusion være foretaget efter step to, men det vigtigste for faderen var at få koncernen gjort klar til generationsskiftet. Det væsentligste var dog, at det først skete efter step et, således Datter 1-3 A/S ikke kom til at indgå i den andel, som sønnen skal overtage.

5. Sønnens succession i aktier i D A/S



Figur 30: Koncernstruktur, step 5

Det sidste step består i på mest hensigtsmæssig måde at få overdraget aktierne til sønnen. Dette gøres ved, at sønnen succederer i faderens aktier i D A/S. Der er tale om familiemæssig succession, hvor overdragelsen sker til overdragerens søn. D A/S' eneste aktivitet er aktiebe-siddelse. Denne er ikke omfattet af pengetanksreglen, idet selskabet direkte ejer H2 A/S 100%. H2 A/S består udelukkende af driftsaktivitet, og har ingen værdipapirer eller andre former for investering, som vil være opfattet af pengetanksreglen.¹²⁸

Overdragelsen sker som 100% gave, således skal sønnen ikke betale noget kontant, heller ikke i gaveafgift, da faderen har valgt at afregne den til Skat. Ved beregning af gaveafgift og passivpost er der brugt nedenstående oplysninger. Sønnen skal kun betale afgift af den egentlige værdi af aktierne, da der ikke skal betales gaveafgift af gaveafgift.

Aktieavance	tkr.
Faderens anskaffelsessum	500
Skatteværdi jf. 1982-cirkulæret	5.000
Skattepligtig avance	4.500
45% aktieavance	2.025

Tabel 31: Beregning af aktieavance ved succession i aktier

¹²⁸ Se afsnit 8.2

Faderen udnytter aktieindkomstbundgrænserne på 28% og 43% ved anden aktieindkomst, så der skal betales 45% i skat af aktieavance.

Gaveafgiftsberegning	tkr.
Gaveafgiftspligtigt beregningsgrundlag	5.000
Passivposten, 22% af aktieavancen på tkr. 2.025	-446
Gaveafgifts grundbeløb	-59
Gaveafgiftspligtigt beregningsgrundlag efter reduktioner	<u>4.495</u>
Gaveafgift til betaling, 15%	674

Tabel 32: Gaveafgiftsberegning ved succession i aktier med passivpost

Ved denne form for overdragelse medfører det, at faderen blot skal betale tkr. 674 i gaveafgift til Skat i stedet for en skat af aktieavancen på tkr. 2.025. Sønnen har nu som ønsket fået den del af koncernen, der består af driftsaktiviteten. Der er sket en skatteudskydelse på tkr. 2.025, som faderen ellers skulle betale, hvis aktierne var overdraget uden succession.

10. Konklusion

Overordnet er der i specialet gennemarbejdet fire forskellige modeller, som ofte bruges i forbindelse med et generationsskifte. Der er forskellige betingelser, der skal være opfyldte alt efter, hvilken af de fire situationer man befinder sig i, ligesom der både er fordele og ulemper forbundet med de enkelte modeller.

En aktieombytning består i, at en aktionær stifter et selskab ved at indskyde aktierne i det oprindelige selskab som et apportindskud, og som vederlag modtager aktionæren aktier i det nye selskab. Efter gennemgangen af reglerne samt praksis på området omkring aktieombytning kan det konkluderes, at denne model med fordel kan benyttes til at gennemføre et generationsskifte. Der er flere modeller indenfor aktieombytning. Der er den skattepligtige aktieombytning, hvor der sker afståelsesbeskatning af aktionærens aktiebesiddelse i det oprindelige selskab. Herudover findes der to muligheder for at gennemføre ombytningen skattefrit, henholdsvis med eller uden tilladelse. I begge situationer skal en række fælles objektive betingelser overholdes, såsom stemmeflertal, tidspunkt, tidsbegrænsning samt krav til de deltagende selskaber. Den væsentligste forskel på de to skattefrie modeller er, at holdingkravet på tre års ejertid skal overholdes ved gennemførelse uden tilladelse. Ved gennemførelse med tilladelse skal der lægges en forretningsmæssig begrundelse til grund for ombytningen, ligesom anmeldelsesvilkår fra Skat skal overholdes. En fordel ved aktieombytning er, at der opnås en holdingkonstruktion, der giver gode muligheder for at gennemføre yderligere omstruktureringer, hvor eventuelle avancer blot føres videre over på et nyt selskab. Om det er mest fordelagtigt at benytte reglerne med eller uden tilladelse, må vurderes i den konkrete situation, da der er flere faktorer, der spiller ind, herunder tidshorisonten samt hvor kompliceret sagen er. Uanset om aktieombytningen gennemføres med eller uden tilladelse, er det dog vigtigt, at omstruktureringen planlægges i god tid, således at gennemførelse efter de objektive regler ikke bliver en ulempe efterfølgende, idet holdingkravet her skal overholdes.

Ved en tilførsel af aktiver overfører et selskab den samlede eller en gren af virksomheden til et andet selskab mod at modtage vederlag i det modtagende selskab i form af aktier. Tilførsel af aktiver kan med fordel anvendes som generationsskiftemodel, eller som forberedelse hertil. Ligesom ved aktieombytning kan det i konkrete situationer vise sig mest fordelagtigt at gennemføre tilførslen skattepligtigt, uanset at det medfører afståelsesbeskatning af de enkelte elementer. Gennemføres tilførslen skattefrit skal grenkravet være opfyldt. Ligesom vederlaget udelukkende må bestå af aktier, hvis anskaffelsessum opgøres som nettohandelsværdien af de tilførte aktiver og passiver. Såfremt omstruktureringen sker som led i en driftsmæssig optimering, og der derfor er en forretningsmæssige begrundelse herfor, kan der søges tilladelse hertil hos

Skat. Hovedformålet må ikke bestå i skatteundgåelse. Benyttes reglerne for tilførsel uden tilladelse, bliver vederlagsaktierne i det modtagende selskab omfattet af holdingkravet. Valget af den konkrete model afhænger af forholdene i den enkelte situation, og hvor konkrete planer, der kan fremlægges.

Står en virksomhed over for et generationsskifte er en skattefri spaltning en model, der bør overvejes. Med gennemførelse af en skattefri spaltning, hvad enten det sker som en gren- eller ophørsspaltning, har en aktionær mulighed for at få opdelt sit selskab, således at den del som ønskes generationsskiftet adskilles fra den øvrige virksomhedsdel. I enkelte situationer er der forhold i ejerkredsen, som gør, at der skal indhentes tilladelse hos Skat, såfremt spaltningen ønskes gennemført skattefrit. Såfremt ingen af disse forhold gør sig gældende i den konkrete generationsskiftesituation, er det som udgangspunkt frit for virksomheden, om den gennemfører spaltningen med eller uden tilladelse. Kan det godtgøres over for Skat, at den forretningsmæssige begrundelse er til stede set fra det indskydende selskabs side, kan det subjektive regelsæt anvendes. Dermed undgås de restriktioner, som knytter sig til det objektive regelsæt. Er den forretningsmæssige begrundelse ikke til stede, kan aktionæren gennemføre spaltningen uden tilladelse. Det faktum, at et generationsskifte skal planlægges i god tid, understreges ved spaltning, idet identifikation af, at den forretningsmæssige begrundelse ikke er til stede, medfører, at spaltningen skal gennemføres uden tilladelse fra Skat. I så fald skal både balance- og holdingkrav iagttages. Der kan således gå op til tre år fra spaltningens vedtagelse, til aktionæren frit kan sælge den del af virksomheden, som er spaltet ud i et særskilt selskab. I forhold til gennemførelse af spaltning i en del af en koncerngren, som ønskes solgt som led i et generationsskifte, kan det også med fordel gennemføres i god tid, da de nye ejere dermed ikke længe skal iagttage en restløbetid på et holdingkrav. Alle restriktioner kan undgås ved at gennemføre spaltningen skattepligtigt, men det vil sjældent være fordelagtigt i generationsskiftesituationer, da det udløser skat her og nu.

Med en fusion er det muligt for aktionærer med flere forskellige selskaber at samle disse i et selskab mod til gengæld at modtage aktier i det modtagende selskab, mens aktierne i de respektive indskydende selskaber annulleres. Fusion er ikke den mest brugte generationsskifte-model. Den kan dog med fordel anvendes i kombination med andre omstruktureringer, da den altid kan ske uden tilladelse fra Skat, hvilket betyder, at andre omstruktureringer kan gennemføres i umiddelbar forlængelse heraf uden hensyntagen til et holdingkrav. Ved generationsskifter anvendes fusion oftest som led i oprydning i en koncern eller som en mere langsigtet overdragelse, hvor ejeren går fra at have aktiv til passiv virksomhed. En aktionær kan lade sit selskab fusionere med et andet, og efterfølgende afstå sine aktier i det modtagende selskab. Problemstillingen omkring fusion knytter sig primært til opgørelse af handelsværdier af de ele-

menter, som indgår deri. Det kan på den baggrund være komplekst at gennemføre en fusion, men det er stadig en omstrukturingsmodel, der skal tages i betragtning i generationsskiftesituationer.

De ovenfor gennemgåede generationsskiftemodeller kan også anvendes i kombination, som det blev illustreret i den afsluttende case. Dette uanset at vederlagsaktier er omfattet af et holdingkrav, idet det blot kan videreføres i sin restløbetid efter den næste omstrukturering. Ligeledes er der intet til hinder for at skattepligtige og skattefrie omstruktureringer anvendes i kombination. Den endelige generationsskiftemodel beror således på en analyse af, hvordan man mest hensigtsmæssigt når den ønskede koncernstruktur, hvor den del af virksomheden, der ønskes generationsskiftet, er udskilt for sig. Herefter har man mulighed for at lade den yngre generation succedere i aktierne. I situationer, hvor generationsskiftet skal ske til tredjemand, kan omstrukturingsmodellerne anvendes til at sikre en konkurrencedygtig struktur, som derved gør koncernen som helhed mere salgbar.

I kraft af at der ved en omstrukturering overføres aktiver og forpligtelser fra et selskab til et andet, er det også nødvendigt at se på de skattemæssige konsekvenser ved gennemførelse af sådanne dispositioner. Gennemføres omstruktureringen skattepligtigt kan de skattemæssige konsekvenser sidestilles med et almindeligt salg til tredjemand, hvorfor det behandles efter reglerne for afståelsesbeskatning.

Muligheden for skattemæssig succession ved en omstrukturering knytter sig til gennemførelse af disse skattefrit, hvorved de modtagende selskaber succederer i de indskydende selskabers skattemæssige stilling for så vidt angår hensigt, sum og tidspunkt på de overdragne aktiver og forpligtelser. Denne mulighed for udskydelse af skattebetalingen medfører, at likviditeten forbliver i selskaberne, og kan således investeres i den fremtidige drift. Hovedaktionærerne berøres ikke skattemæssigt af omstruktureringerne, udover at de opnår en koncernstruktur, som i generationsskiftet henseende er mere hensigtsmæssig. I nogen omstruktureringssituationer skal mulighederne for underskudsfræførsel dog tages med i betragtningen, idet ændringer i sambeskatningsenheder som følge af en ændret koncernstruktur kan have betydning for, om skattemæssige underskud fortabes. Dette gør sig især gældende ved skattefri tilførsel af aktiver, spaltning samt fusion.

Retspraksis for skattefrie omstruktureringer udvikler sig løbende. Udviklingen på området har medført, at såfremt planerne om et generationsskifte er konkrete, samt at det kan godtgøres at skatteundgåelse ikke er hovedformålet, kan det forventes, at Skat giver tilladelse hertil. Er dette ikke muligt kan det objektive regelsæt anvendes i stedet. For skattefrie omstruktureringer

ger, som gennemføres uden tilladelse fra Skat, kan der indhentes bindende svar omkring alle forhold undtagen begrundelsen.

L 202 har ikke haft indvirkning på de omstrukturingsmodeller, som bygger på tilladelse fra Skat. L 202 har derimod haft indflydelse på omstruktureringer, der gennemføres uden tilladelse. Værnsreglen om udbyttebegrænsning ophæves, og i stedet indføres holdingkravet, som en naturlig konsekvens som følge af ændringen af beskatningsreglerne efter ABL. Sammenlignes de tidligere regler for selskabers skattefrie aktiesalg med det nyindførte holdingkrav fremgår det, at det i begge situationer gælder, at der først kan ske skattefrit salg efter tre år. L 202 har ikke direkte haft indflydelse på reglerne om skattefrie fusioner, men har dog haft indflydelse på, hvilke forhold Skat tillægger betydning ved vurdering af, om reglerne i FUSL er overholdt ved gennemførelse af en skattefri fusion.

L 202 har efter vores opfattelse ikke hæmmet mulighederne for gennemførelse af et attraktivt generationsskifte, idet kapitalselskabsaktionærer også før vedtagelsen af denne skulle eje aktierne i tre år for at opnå skattefrihed på avancen heraf. Udbyttebegrænsningsreglerne kunne volde problemer i praksis. I modsætning hertil mener vi, at holdingkravet er lettere at håndtere, og er dermed en forenkling af værnsreglerne i det objektive regelsæt.

11. Executive summary

Overall, the term paper goes into four different models, which are often used in connection with a generational change. There are different conditions that must be fulfilled depending on which of the four situations you are in, and there are both advantages and disadvantages connected with each model.

A change of shares is when a shareholder establishes a company by contributing the shares in the original company as a non-cash contribution, and as consideration the shareholders gets shares in the new company. This model can with advantage be used to carry through a generational change. There are several models concerning the changing of shares. There is the tax liable change of shares in which the shareholder's shares in the original company are taxed at disposal. Furthermore, there are two models for changing the shares tax-exempt, with and without permit respectively. In both situations a number of common objective conditions must be observed; i.e. majority of votes, time, time limitations and demands on the participating companies. The most essential difference between the two tax-exempt models is that the holding demand must be observed by implementation without permit, while by an implementation with permit the change of shares must be based on business reasons. An implementation with permit will often result in a demand from the Tax Authorities that the shares in the original company are not sold within three years from the carrying date. And there may other demands from the Tax Authorities, too.

By injection of assets a company transfers assets and liabilities to another company against contribution from the receiving company in the form of shares. With an advantage transfer of shares can be used as a generational change model or as preparation for this. As by the change of shares specific situations may show that this model is most profitable if you carry it through as tax liable, even though this leads to taxation of the specific elements by the disposal. If the transfer is carried through tax-exempt the branch demand must be fulfilled. And the contribution may only consist of shares whose acquisition price is made up as the net trade value of the transferred assets and liabilities. If the contributing company thinks the restructuring takes place as part of an operational optimising, and therefore is based on business reasons, the Tax Authorities can be asked for a permit for the implementation. If the rules about transfer without permit are used, the contribution shares in the receiving company are included by the holding demand. The choice of the specific model depends on the matters of each situation.

If a company is facing a generational change a tax-exempt demerger should be considered. By the implementation of a tax-exempt demerger, either taking place as a branch or a closing demerger, a shareholder has the opportunity to break down his company in such a way that the part wanted to be part of the generational change is split up from other business parts. In some situations matters of ownership do that a permit from the Tax Authorities must be obtained, if one wants to carry through the demerger tax-exempt. If none of these matters are existing by the specific generational change, it is, as a basis, free for the company if it carries through the demerger with or without a permit. If it can be proven to the Tax Authorities that the business basis is present seen from the contributing company's point of view, the subjective regulations can be used. By this the restrictions connected with the objective regulations are avoided. If the business reasons are not present, the shareholder can carry through the demerger without a permit. The fact that generational changes must be planned well in advance is underlined by a demerger, as the identification of business reasons not being present leads to both balance and holding demands must be observed. So up until three years may pass by from the passing of the demerger until the shareholder freely can sell the part of the company demerged into an individual company.

By a merger it is possible for shareholders with several different companies to merge these into a company against in return getting shares in the receiving company, while the shares in the respective contributing companies are annulled. A merger is not the most commonly used model for a generational change. With advantage it can be used in combination with other restructurings, as it can always be carried through without permit from the Tax Authorities, which means that other restructurings can be carried through in immediate continuation of this without considering a holding demand. At generational changes mergers are often used as part of a clean-up in a group or as a more long-term transfer. A shareholder can merge his company with another company and subsequently sell his shares in the receiving company. The problem about mergers mainly is connected the calculation of fair trade values of the elements included in the merger. Based on this it can be very complex to carry through a merger, but it is still an attractive model of generational change, as it can be used freely.

The models of generational changes can be combined, too. This is regardless of the consideration shares being included by the holding demand, as it can be carried on in its remaining life after the next restructuring. Likewise, there is no hindrance for tax liable and tax-exempt restructurings being used in combination. The final model of generational change depends on an analysis of how you must appropriately reach the wanted group structure, where the part of the business, which you want to be part of the generational change, is split up on its own. After this, it is possible to let the younger generation succeed in the shares. In situations where

the generational change takes place to a third party, restructuring models can be used to secure a competitive structure by this making the group as a whole more marketable.

The possibility of tax liable succession by restructuring is connected to the implementation of these tax-exempt, by which the receiving companies succeed in the contributing companies' tax position regarding purpose, sum and time of the contributed assets and liabilities. This possibility of exemption of the tax payment leads to the cash flow remaining in the companies and as such can be invested in future operations. Furthermore, the shareholders are not affected by the restructurings, other than their shares in the contributing company are considered exchanged for shares in the receiving company.

Case law for tax-exempt restructurings develops currently. If the restructurings are carried through with permit from the Tax Authorities, the application must be very specific and detailed in order for the Tax Authorities to accept the business reasons, and the time frame will also be a crucial factor. In practice it has been determined that companies have a legal claim for restructuring as long as the main purpose is not tax evasion. For tax-exempt restructurings carried through without permit from the Tax Authorities, a legal binding answer from the Tax Authorities about all matters except the argument can be obtained.

L 202 has no influence on the restructuring models based on permits from the Tax Authorities. However, L 202 has had some influence on restructurings carried through without permit. The protection rule about dividend limitation is revoked and instead the holding demand is introduced as a natural change of consequences following the change of the taxation regulations according to the Danish Capital Gains Tax Act. Comparing the previous regulations for companies' tax-exempt sale of shares to the newly introduced holding demand it appears that in both situations a tax-exempt sale can only take place after three years. L 202 has no direct influence on the regulations about tax-exempt mergers. However, it has had influence on which matters the Tax Authorities ascribe importance to by evaluating, if the regulations in the Danish Merger Tax Act are kept by the implementation of a tax-exempt merger. Regarding generational changes L 202 has minor influence in relation to the time aspect in this, as it still should be considered and started well ahead of time in relation to when you want to carry it through. L 202 has not restricted the possibilities for generational changes, but the simplification of the protection regulations has made the possibilities easier for using the objective set of regulations.

12. Litteraturfortegnelse

Faglitteratur

Titel	Forlag/udgivet af	Forfattere	ISBN
Ligningsvejledningen 2009-2 Selskaber og aktionærer	Skat	Skat	Elektronisk
Generationskifte Kap. 3, 7, 8, 9 & 10	2007 Jurist – og Økonomforbundets Forlag	Søren Halling- Overgard & Birgitte Sølvkær Olesen	978-87-574-1111-9
Lærebog om indkomstskat Kap. 22 & 34	2009 Jurist – og Økonomforbundets Forlag	Aage Michelsen Steen Askholt Jane Bolander John Engsig	978-87-574-2039-5
Generationskifte - Omstrukturering Kap. 1, 4, 7, 9, 10, 11 & 14	Forlaget Thomson A/S	Michael Serup	87-619-0770
Ejerskifte, din virksomheds fremtid	Erhvervs- og Bygge- styrelsen	Dorte Høeg Koch Dorte Heegaard Johansen	978-87-91340-09-3

Faglige artikler mv.

Titel	Nr./udgivet af	Forfattere
SkattNyt	2009-38 KPMG	Martin Nielsen Henrik Lund
Skattefri omstrukturering – Forretningsmæssig begrundelse	SR.2005.0348	Susanne Kjær
Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse	SPO.2007.125	Kim Wind Andersen
Skattefrie omstruktureringer uden tilladelse	SR.2007.0208	Susanne Kjær Malene Bertelsen
Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse – praksis	SPO.2008.221	Kim Wind Andersen
Skattefri omstrukturering – om praksis	SR.2008.0100	Susanne Kjær Johanne Minke Ulriche
Kommentar til EF-Domstolens afgørelse i Kofoed-sagen samt Skatteministeriets svar herpå	SR.2008.0124	Søren Næsborg Jensen
Skattefrie omstruktureringer – Nye regler som følge af L 202	SR.2009.0146	Susanne Kjær
Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse – nye regler fra 2010	UFS20093355-01	Kim Wind Andersen
Forårspakken 2.0	5, årgang 3, april 2009	Bech-Bruun

Lovgivning mv.

Fusionsdirektivet 90/434/EØF

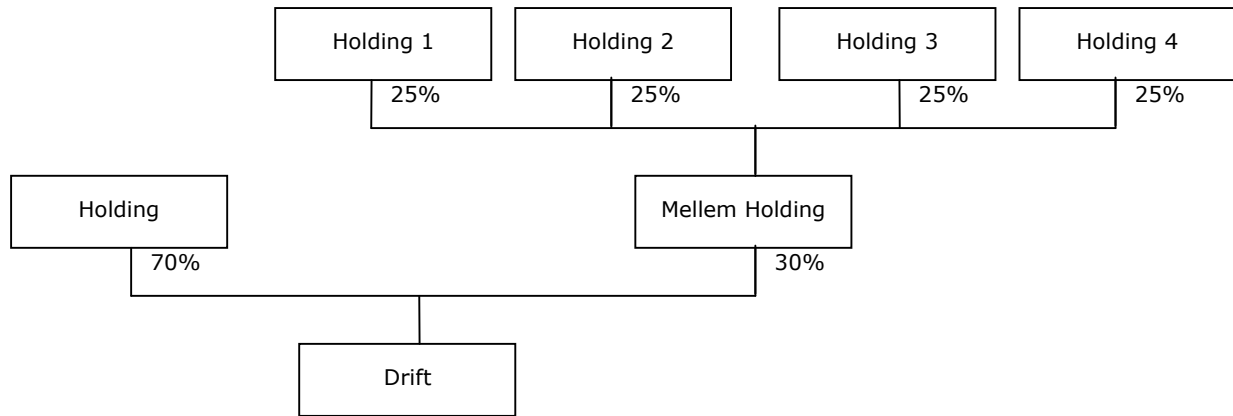
Rådets Direktiv 2005/19/EF

Objektivering af reglerne om
skattefri omstrukturering af
selskaber VEJL2007-06-12.SOS

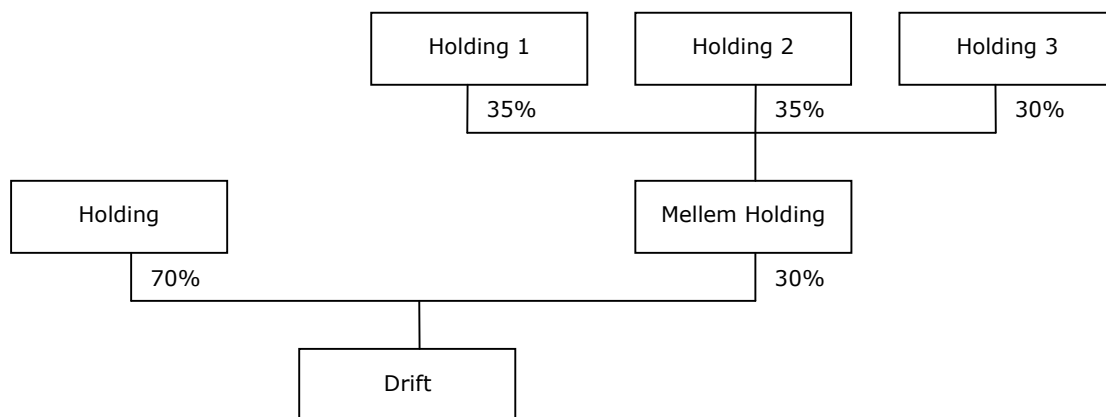
Skattefri omstrukturering uden
tilladelse fra Skat og udbytte-
begrænsningsperioden STY20090363

Bilag 1 – omvendt pyramide

Situation 1



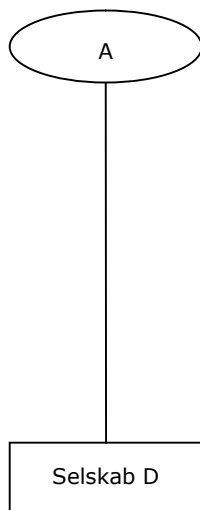
Situation 2



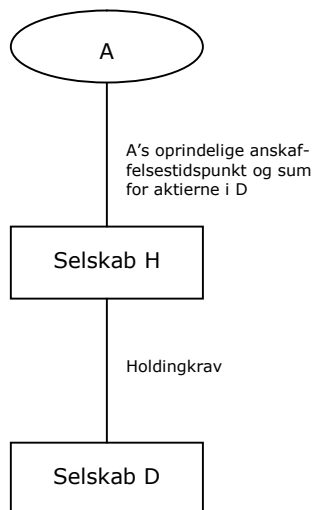
Bilag 2¹²⁹ - efterfølgende omstruktureringer

Eksempel 1:

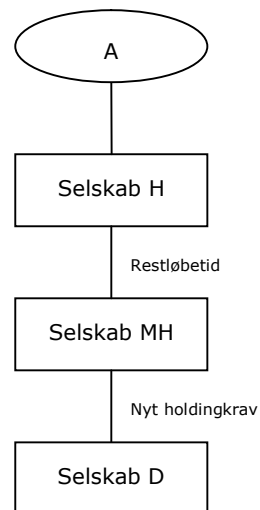
Før aktieombytning



Efter aktieombytning

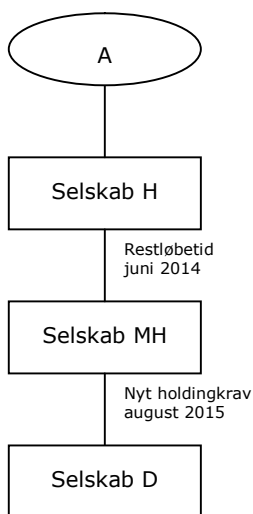


Efterfølgende aktieombytning

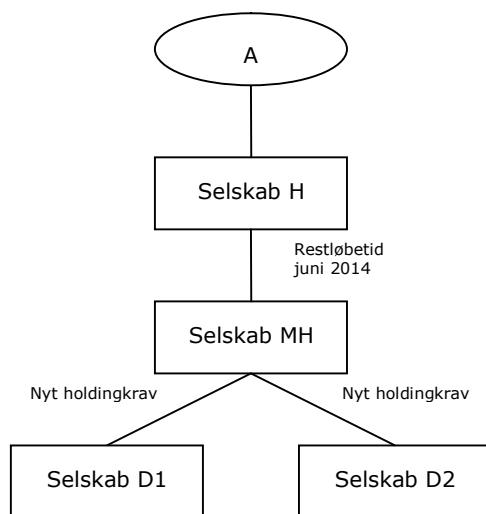


Eksempel 2

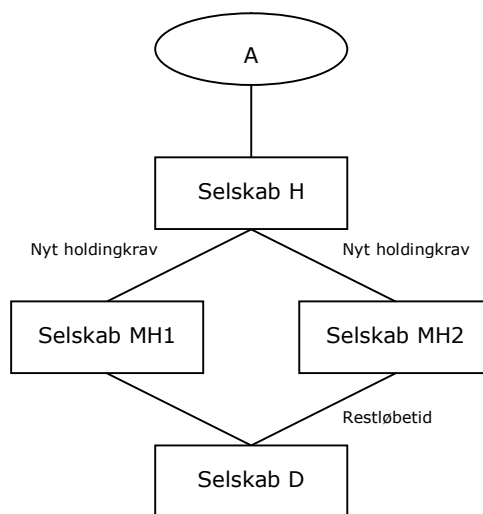
Før spaltning



Efter spaltning – alternativ 1

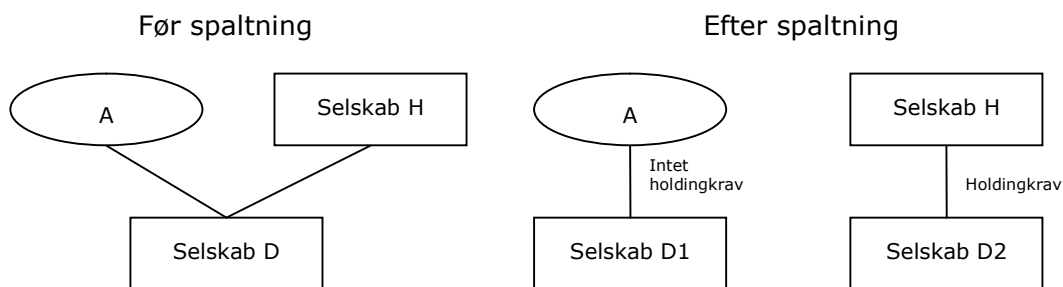


Efter spaltning – alternativ 2

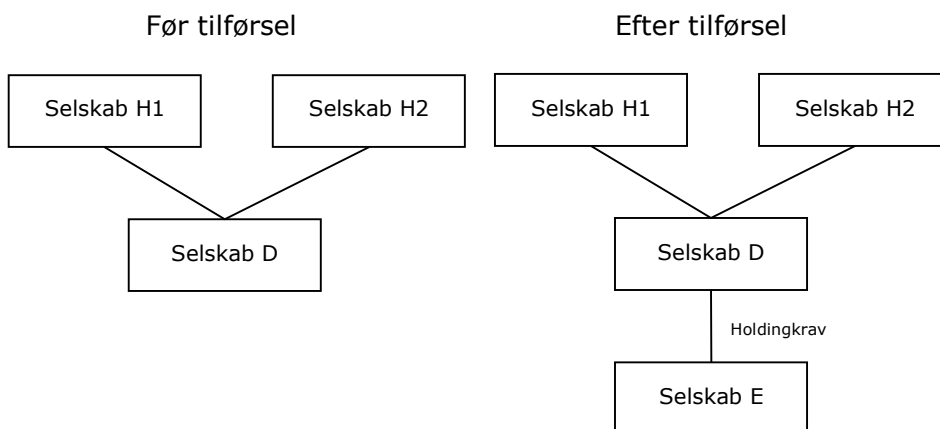


¹²⁹ Artikel af Kim Wind Andersen, partner hos Deloitte Skat, UFS20093355-01 samt egen tilvirkning

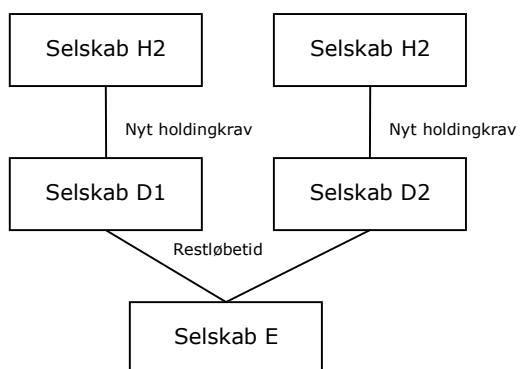
Eksempel 3



Eksempel 4



Efterfølgende spaltning – alternativ 1



Efterfølgende aktieombytnig – alternativ 2

