

Omstrukturering af selskaber

- *Med fokus på det skatteretlige grundlag*

Studie : Cand. Merc. Aud – speciale

Forfatter : Lotte Schubert Pedersen

Studienummer : 20092855

Vejleder : Henrik Vestergaard Andersen

Periode : Juli 2016 -januar 2017

Tegn : 170.756

Dato:

Underskrift

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	6
1.1 Problemformulering	7
1.2 Afgrænsning	7
1.3 Metode og struktur	8
1.4 Forkortelser	11
2. Generelt om omstruktureringer.....	12
2.1 Fusionskattedirektivet	12
2.2 Det 2-streget system	13
3. Aktieombytning.....	14
3.1 Generelt om aktieombytning	14
3.2 Skattepligtig aktieombytning	16
3.2.1 Skatteretlige konsekvenser for aktionæren	16
3.2.2 Skatteretlige konsekvenser for det indskydende selskab	17
3.2.3 Skatteretlige konsekvenser for det modtagende selskab	17
3.3 Skattefri aktieombytning.....	17
3.3.1 Definitoriske betingelser for at foretage en skattefri aktieombytning	17
3.3.2 Subjektiv betingelse for en skattefri aktieombytning med tilladelse	20
3.3.3 Objektive betingelser for en skattefri aktieombytning uden tilladelse	20
3.3.4 Skatteretlige konsekvenser for aktionæren	21
3.3.5 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	22
3.3.6 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	22
3.4 Relevante domme og afgørelser på området	22
3.4.1 Sag C-28/95-Leur-Bloem-dommen	23
3.4.2 SKM.2008.255.LSR.....	26
3.4.3 SKM2003.568.LSR.....	28
3.5 Opsummering og perspektivering	30

4. Tilførsel af aktiver	34
4.1 Generelt om tilførsel af aktiver	34
4.2 Skattepligtig tilførsel af aktiver	36
4.2.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren	37
4.2.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	37
4.2.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	38
4.3 Skattefri tilførsel af aktiver	38
4.3.1 Definitoriske betingelser for at foretage en skattefri tilførsel af aktiver	38
4.3.2 Subjektive betingelser for en skattefri tilførsel af aktiver	40
4.3.3 Objektiv betingelse for at foretage en skattefri tilførsel af aktiver	41
4.3.4 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren	41
4.3.5 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	41
4.3.6 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	42
4.4 Relevante domme og afgørelser på området	42
4.4.1 SKM2011.501.HR	42
4.5 Opsummering og perspektivering	49
5. Spaltning	51
5.1 Generelt om spaltning	51
5.1.1 Grenspaltning	51
5.2 Skattepligtig spaltning	53
5.2.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren	54
5.2.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	54
5.2.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	54
5.3 Skattefri spaltning	55
5.3.1 Definitoriske betingelser for at foretage en skattefri spaltning	55
5.3.2 Subjektiv betingelse for en skattefri spaltning	57
5.3.3 Objektive betingelser for en skattefri spaltning	58
5.3.4 Forbud mod spaltning	60
5.3.5 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren	61

5.3.6 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	62
5.3.7 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	62
5.4 Relevante domme, afgørelser, udtalelser og bindende svar	62
5.4.1 Skattedepartementets fortolkning af grenkravet	63
5.4.2 TfS 1997, 661 LR	64
5.4.3 TfS 2000, 238 LR	64
5.4.4 C-43/00	66
5.5 Opsummering og perspektivering	66
6. Fusion	69
6.1 Generelt om fusion	69
6.2 Skattepligtig fusion	71
6.3 Skattemæssige konsekvenser ved en skattepligtig fusion	72
6.3.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren.	72
6.3.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	72
6.3.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab.	73
6.4 Skattefri fusion	73
6.4.1 Definitoriske betingelser for at foretage en skattefri fusion:	73
6.5 Skattemæssige konsekvenser af skattefri fusion	75
6.5.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren	75
6.5.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	75
6.5.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	75
6.6 Relevante domme og afgørelser på området	75
6.6.1 SKM.2003.574.LSR	76
6.6.2 SKM.2007.553.SR	77
6.6.3 SKM.2007.488.SR	78
6.7 Opsummering og perspektivering	78
7. Konklusion	80
8. Summary	85

9. Litteraturliste87

1. Indledning

Den globale udvikling har i de seneste årtier medført, at der i stigende grad stilles større og større krav til danske selskabers evne til at tilpasse sig de konstante ændringer i vilkårene på det nationale og på det internationale marked. Det stigende krav til selskabernes tilpasningsevne gør, at en omstrukturering af et selskab kan være en optimal løsning for at sikre dets fortsatte udvikling og drift mv. Dog findes der mange andre årsager til, at en omstrukturering kan være relevant. Det kan eksempelvis være, at der er uenighed i ejerkredsen, hvor aktionærerne, i stedet for at sælge selskabet, ønsker at spalte det i to. Det kan også være, at selskabet står overfor et generationsskifte, hvor den nuværende ejerkreds ønsker at overdrage familievirksomheden til den yngre generation.

I 2007 vedtog det danske Folketing, med baggrund i et EU-direktiv, en lovændring af den danske fusionsskattelev og aktieavancebeskatningslov. Formålet med lovændringen var blandt andet at forbedre de skattemæssige rammevilkår for koncerner indenfor EU, samt en væsentlig forenkling og administrativ lettelse for aktionærer og selskaber mv.¹

Lovændringen gjorde det muligt for danske selskaber at foretage skattefrie omstruktureringer uden først at skulle indhente tilladelse hos de danske skattemyndigheder. Det betyder, at det i dag er det muligt for selskaber at foretage en skattepligtig eller en skattefri omstrukturering, hvor den skattefrie omstrukturering kan foretages med eller uden tilladelse fra de danske skattemyndigheder.

Hvilken form for omstrukturering et selskab bør foretage, og om omstruktureringen bør være skattepligtig eller være skattefri, med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne, vil altid bero på en konkret vurdering. For at kunne foretage denne vurdering er det imidlertid vigtigt, at rådgivere og selskaber har kendskab til hvilke omstruktureringsmodeller selskaberne har mulighed for at anvende, hvilke betingelser der skal opfyldes for at kunne anvende den enkelte model og de skatteretlige konsekvenser valget vil aflede.

De betingelser, selskaberne skal opfylde, er lavet for at imødegå skatteundgåelse og skatteunddragelse ved en skattefri omstrukturering og har almindeligvis karakter af generelle omgåelsesklausuler eller specielle værnsregler. Hvis ikke selskabet overholder betingelserne i

¹ <http://www.ft.dk/samling/20061/lovforslag/L110A/index.htm#dok>

forbindelse med den skattefrie omstrukturering vil konsekvensen blive, at omstruktureringen i stedet for skattefri, vil blive skattepligtig.

De regler selskaberne skal overholde for at fortage en skattefri omstrukturering, er løbende blevet reguleret og ændret af det danske Folketing. Da det kan være svært at forstå meningen med en ny lovregel eller svært at anvende en ny regel i praksis, bliver den naturlige konsekvens, at der efter nye regler kommer nye retskilder, som kan ændre eller stadfæste administrativ praksis på området.

1.1 Problemformulering

På baggrund af ovenstående finder jeg det både spændende og relevant i dette speciale:

at redegøre for hvilke modeller selskaber i Danmark kan benytte i forbindelse med en omstrukturering og analysere hvilke skatteretlige betingelser og konsekvenser den valgte model i dag vil aflede.

Jeg vil samtidig, ved inddragelse af udvalgte retskilder, analysere nogle af de skatteretlige betingelser, som har givet anledning til retslige tvister, for at finde frem til, hvordan disse skal fortolkes.

1.2 Afgrænsning

Denne afhandling tager udelukkende udgangspunkt i omstruktureringen af de klassiske kapital-selskaber, herunder aktieselskaber og anpartsselskaber. Det betyder, at kooperative og hybride selskaber så som kommanditselskaber, interessentskaber, fonde og foreninger mv. ikke vil blive behandlet. Ligeledes betyder det, at virksomhedsomdannelse fra en personlig dreven virksomhed til et selskab ikke blive behandlet.

I denne afhandling vil kun de nationale omstrukturingsmodeller, hvor omstruktureringen foregår indenfor Danmarks grænser og som er underlagt dansk lovgivning, blive behandlet. Dog vil der blive inddraget domme og udtalelser fra EU-retten, da den danske fusionsskattelov i vidt omfang bygger på fusionsskattedirektivet, som er et EU-direktiv. Dette betyder, at domme og udtalelser herfra også anvendes som retskilde i forbindelse med retslige tvister i Danmark.

Da denne afhandling kun beskæftiger sig med det skatteretlige grundlag i forbindelse med en omstrukturering, vil det civilretlige grundlag ikke blive inddraget, med mindre, det vurderes at have væsentlig betydning.

Afhandlingen søger blandt andet at afdække de skatteretlige betingelser og konsekvenser ved en omstrukturering, men undlader at gå i dybden med problemstillinger, såsom værdiansættelse af goodwill, aktiver og passiver, da sådanne problemstillinger er for omfattende og i sig selv kunne danne grundlag for en selvstændig afhandling. Afhandlingen beskæftiger sig ligeledes ikke med omstruktureringer i forbindelse med generationsskifte, da omfanget af bestemmelserne indenfor dette emne ligeledes vurderes at være for omfattende og i sig selv kunne danne grundlag for en selvstændig afhandling. Tilsvarende vil konkurs og andre strukturændringer blive udeladt.

Der findes flere skatteretlige betingelser, som har givet anledning til retslige tvister end dette speciale kan rumme. Derfor vil der kun en betingelse i hvert afsnit blive udvalgt til en nærmere analyse.

Afhandlingen er baseret på dansk ret, gældende frem til 31. december 2016.

1.3 Metode og struktur

Problemstillingerne i denne afhandling vil blive behandlet med udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode, hvor formålet er at beskrive, systematisere og analysere/fortolke gældende ret². Analysemetoden er analytisk, som udelukkende beskriver hvordan gældende ret er, og ikke hvordan den bør eller skal være.

Ragnar Knophs, som var norsk jurist og professor i retsvidenskab havde følgende synspunkt på samarbejdet med retsvidenskab og retspraksis³:

"Domstolenes afgørelser er – ved siden af loven og lovens forarbejder – retsteoriens vigtigste materiale."

² Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Steen, *Retsfilosofi Retsvidenskab & Retskildelære*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004 side 212

³ Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Steen, *Retsfilosofi Retsvidenskab & Retskildelære*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004, side 214

I beskrivelsen af de forskellige omstruktureringsmodeller og retspraksis på området, er afsnittene friholdt fra personlige vurderinger og forklaringer, og er derfor en objektiv og saglig beskrivelse af retskildematerialet, hvilket er karakteristisk for og i tråd med den retsdogmatiske metode.

Det kan i lovgivningen være vanskeligt, dels at forstå meningen med en regel, og dels at anvende reglen på en foreliggende problemstilling, hvis ikke det "anvendte" sprog kendes i forvejen. Afsenderen af lovgivningen og retsreglerne ønsker at udtrykke noget med sproget, men det er imidlertid ikke altid, at modtageren forstår meningen. Hvis afsender og modtager er i samme rum, vil det være nemt hurtigt at få afklaret, hvad afsenderens mening var. Men med hensyn til retsregler, er det ikke muligt med en forklaring af afsenderen, hvorfor modtageren selv må søge at finde denne meningsafklaring. Denne meningsafklaring kaldes fortolkning. Selv om retsregler, herunder lovbestemmelser, kan være kasuistisk formuleret (beskriver enkelttilfælde), abstrakt formuleret (gælder en bestemt personkreds) og samtidig kan indeholde vage og mangetydige udtryk og begreber, betyder det ikke, at de kan fortolkes vilkårligt.⁴

Afhandlingen er bygget op således at lovgivningen og andre relevante retskilder for hver af de fire omstruktureringsmodeller beskrives og analyseres/fortolkes under separate afsnit, hvor systematikken i hvert afsnit er ens. Først er der en generel beskrivelse af selve omstruktureringsmodellen for at skabe en forforståelse for hvad der strukturmæssigt sker med selskaberne i koncernen, når den konkrete model anvendes. Herefter vil der blive foretaget en analyse af, hvilke de skattemæssige konsekvenser omstruktureringen vil få, afhængig af om den foretages skattepligtig eller skattefrit. Da der ved de skattefrie omstruktureringer er nogle skatteretlige betingelser i fusionsskatteloven mv. selskaberne skal opfylde for at foretage en skattefri omstrukturering, beskrives og analyseres disse for at kortlægge, hvilke betingelser selskaberne skal opfylde for at foretage den konkrete omstrukturering skattefrit.

Da det som tidligere nævnt kan være vanskeligt, dels at forstå meningen med en betingelse, og dels at anvende en betingelse på en foreliggende problemstilling i praksis, har nogle af betingelserne tidligere givet anledning til retslige tvister. Derfor vil udvalgt retspraksis herefter blive analyseret, hvor formålet er at finde frem til, hvordan betingelsen skal fortolkes. Da der findes flere domme, afgørelser, udtalelser og bindende svar på området end dette speciale kan rumme, så er der valgt at ligge vægt på at inddrage udvalgt retspraksis, som har dannet præcedens og som derfor ikke kun

⁴ Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Steen, *Retsfilosofi Retsvidenskab & Retsskildelære*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004, side 219

har betydning for afgørelsen i den pågældende sag, men også for fremtidige afgørelser i lignende sager. Der tales i Danmark traditionelt set om 4 retskilder:

1. Lovgivningen
2. Retspraksis
3. Retssædvaner
4. Forholdets natur

De fire retskilder er inddelt i hierarkisk orden, hvor de to første (lovgivning og retspraksis) er stærke retskilder, og hvor de to sidste (retssædvaner og forholdets natur) er svagere retskilder. Retskilderne anvendes ved afgørelse af konkrete retsspørgsmål ved domstolene⁵. I denne afhandling er der derfor langt mest vægt på at anvende lovgivningen og retspraksis, da disse anses for at være stærke retskilder. Dog vil der i afhandlingen ligeledes indgå afgørelser foretaget af skattemyndighederne, udtalelser og bindende svar, hvor det findes relevant at supplere retspraksis.

Lovgivningen er den stærkeste retskilde og er vedtaget i overensstemmelse med den danske grundlov. Grundlovens § 43:

"Ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov; ej heller kan noget mandskab udskrives eller noget statslån optages uden ifølge lov.

Dette betyder blandt andet, at Grundlovens § 43 forhindrer at skatteretten udformes som rammelov⁶, som er en generel ramme for reglerne på et nærmere bestemt område, hvor det er op til ministrene at udforme de nærmere regler. Dog har skatteministeriet og SKAT adgang til at give dispensation for beskatning i enkelttilfælde og ligeledes adgang til at give tilladelse til at den skattepligtige kan opnå en retstilling, der er mere fordelagtig end loven foreskriver. Dette betyder, at retstilstanden ikke alene kan udledes af lovteksten, men at det forudsættes at have kendskab til praksis for meddelelser af dispensation og tilladelser.⁷

Retspraksis, er en retskilde der består af tidligere afsagte domme, som kan tillægges betydning ved afgørelsen i en aktuel foreliggende sag⁸. Hvor meget betydning afhænger af afgørelsens præjudikatværdi. Jo højere domstol sagen er indbragt for, jo højere præjudikatværdi har dommen.

⁵ Iversen, Bent m.fl.: *Dansk erhvervsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 9. udgave 2010, side 43

⁶ Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten 1*, Forlaget Thomson, 4. udgave 2004, side 99

⁷ Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten 1*, Forlaget Thomson, 4. udgave 2004, side 100

⁸ Iversen, Bent m.fl.: *Dansk erhvervsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 9. udgave 2010, side 47

Eksempelvis vil en dom afsagt af højesteret vil have en højere præjudikatværdi, end en dom afsagt af Landsskatteretten.

Præjudikatværdien kan også blive påvirket af dommens præmisser og begrundelse, da disse kan strække sig længere end blot den aktuelle dom⁹. Dette er årsagen til, at jeg i denne afhandling vælger at analysere hele domme og ikke kun se på resultatet.

Til sidst vil afsnittet blive afsluttet med en opsummering og perspektivering.

1.4 Forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
FUSL	Fusionskatteloven
SL	Selskabsskatteloven
LL	Ligningsloven
LBK	Lovbekendtgørelsen
SKM	Skatteministeriets offentliggørelse af afgørelser, domme, kendelser mv (efterfulgt af årgang og løbenummer)
TfS	Tidsskrift for skatter og afgifter (efterfulgt af årgang og løbenummer)

⁹ Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten 1*, Forlaget Thomson, 4. udgave 2004, side 113

2. Generelt om omstruktureringer

I Danmark findes der 4 omstruktureringsmodeller, der kan anvendes for at danne præcis den virksomhedsstruktur, som er mest hensigtsmæssig for et selskab:

1. Aktieombytning
2. Tilførsel af aktiver
3. Spaltning
4. Fusion

En omstrukturering af et selskab kan foretages både skattepligtigt og skattefrit. Ved en skattepligtig omstrukturering vil overdragelsen af en del af eller samtlige af et selskabs aktiver og passiver medføre afståelsesbeskatning efter gældende regler herom. En skattefri omstrukturering derimod vil ikke medføre afståelsesbeskatning, idet reglerne herom følger fusionsskatteloven og aktieavancebeskatningsloven.

2.1 Fusionsskattedirektivet

Reglerne i fusionsskatteloven bygger i dag i vidt omfang på fusionsskattedirektivet. Hovedloven i den nugældende fusionsskattelov er lov nr. 647 af 19. dec. 1975. Loven er flere gange siden 1975 blevet ændret og er i dag i overvejende grad påvirket af EU-lovgivning i form af fusionsskattedirektivet 1990/434 med ændringsdirektiv 2005/19. Fusionsskattedirektivet er nykodificeret i 2009 og hedder nu direktiv 2009/133/EF, som er et EU-direktiv.

Fusionsskattedirektivet blev den 23. juli 1990 vedtaget af medlemslandene i EU, men blev først implementeret i dansk lov den 3. april 1992¹⁰. Formålet med fusionsskattedirektivet er at sikre en ensartet beskatningsordning ved ombytning af aktier, fusion, spaltning og tilførsel af aktiver i EU's medlemslande uden at omstruktureringen udløser afståelsesbeskatning¹¹. Fusionsskattedirektivet er et minimumsdirektiv, hvilket betyder, at de danske myndigheder ikke må indføre strammere regler i lovgivningen end det direktivet foreskriver.

I henhold til det oprindelige fusionsskattedirektiv fra 1990 kunne/kan medlemsstaterne i EU afslå at give tilladelse til en skattefri omstrukturering, hvis hovedformålet eller et af hovedformålene

¹⁰ Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4. udgave 2012, side 39

¹¹ Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4. udgave 2012, side 481

med omstruktureringen var/er skattesvig eller skatteunddragelse, jf. direktiv 90/434/EØF, artikel 11, stk.1a. For at afdække om hovedformålet eller et af hovedformålene var skattesvig eller skatteunddragelse blev det derfor indført i Danmark, at selskaberne altid skulle søge skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri omstrukturering. Dog med undtagelse af fusioner, som kunne foretages uden at selskaberne skulle indhente tilladelse hos skattemyndighederne.

2.2 Det 2-stregede system

I 2007 blev det ved lov nr. 343 af 18. april vedtaget, at det ikke længere var nødvendigt for selskaberne at søge skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri omstrukturering, jf. Ligningsvejledningen C.D.5.2.1. Det betyder, at selskaber der efter 1. januar 2007 ønsker at foretage en omstrukturering af selskabet har et retskrav på beskatning efter denne lov, hvis lovens objektive værnsregler og betingelser er opfyldte, uden at de skal ansøge skattemyndighederne om tilladelse hertil. Disse objektive værnsregler og betingelser er ifølge forarbejderne udformet på en måde, så det ikke bør være interessant at anvende reglerne om skattefri omstruktureringer uden tilladelse, hvis hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller skatteundgåelse¹².

Hvis de objektive værnsregler og betingelser ikke er opfyldte, vil det få den konsekvens at transaktionen bliver skattepligtig, jf. Ligningsvejledningen C.D.5.2.1.

Dog er det stadig muligt for selskaberne at søge skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri omstrukturering (på nær ved fusion), hvor afgørelsen ud over de objektive betingelser, ligeledes fortsat hviler på subjektive betingelser.

¹² Serup, Michael: *Fusionskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 447

3. Aktieombytning

I dette afsnit vil der først være en generel beskrivelse af aktieombytning for at skabe forståelse for, hvad der organisatorisk sker, når selskaber/aktionærer vælger at benytte denne omstruktureringsmodel. Herefter vil det skatteretlige lovgrundlag omkring aktieombytning blive analyseret, for at finde frem til, hvilke skatteretlige betingelser et selskab skal opfylde i forbindelse med en aktieombytning, og herunder hvilke skattemæssige konsekvenser ombytningen medfører.

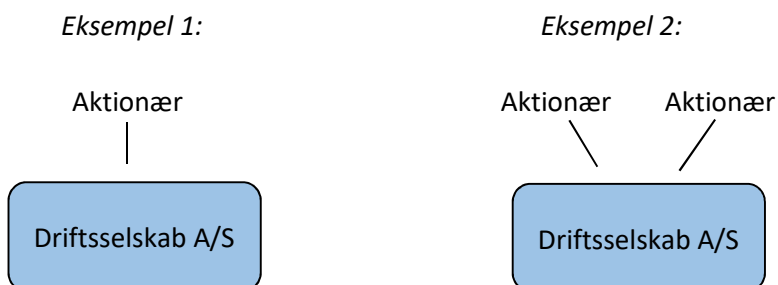
Da det som tidligere nævnt kan være vanskeligt, dels at forstå meningen med en betingelse, og dels at anvende en betingelse på en foreliggende problemstilling i praksis, har nogle af betingelserne for en skattefri aktieombytning tidligere givet anledning til retslige tvister. Derfor vil udvalgte relevante domme, afgørelser og udtalelser herefter blive analyseret og fortolket, med henblik på at finde frem til, hvordan en udvalgt betingelse skal fortolkes. Til sidst vil afsnittet blive afsluttet med en opsummering og perspektivering.

3.1 Generelt om aktieombytning

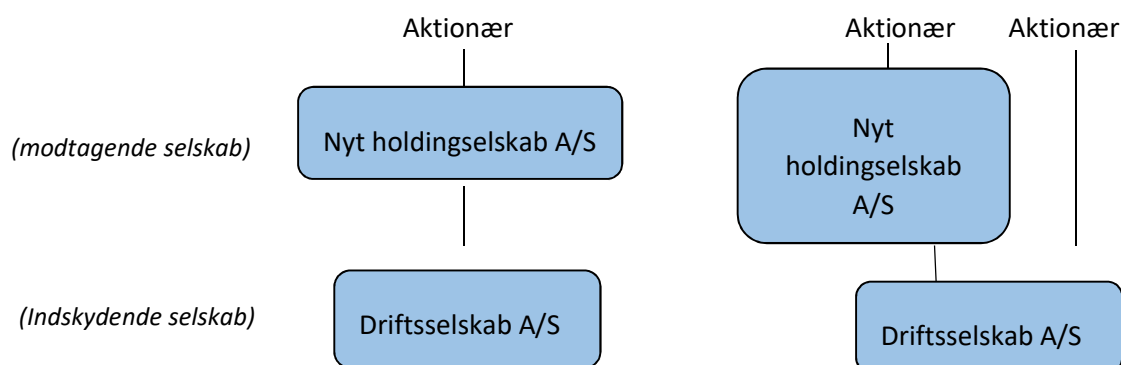
En aktieombytning er karakteriseret ved, at en aktionær ombytter sine aktier i et selskab (indskydende selskab) med aktier i andet selskab (modtagende selskab). Herved skabes en holdingstruktur, idet aktionæren indskyder et selskab mellem sig selv og sit oprindelige selskab. Aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 2 definerer en aktieombytning således:

”Ved ombytning af aktier, jf. stk. 1, forstås den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital”.

Før aktieombytning:



Efter aktieombytning:



Kilde: Egen tilvirkning

I eksempel 1 ses hvordan en aktionær vha. aktieombytning indskyder et selskab imellem sig selv og det oprindelige driftsselskab. I eksempel to er det illustreret, hvordan den ene af to aktionærer kan indskyde et selskab imellem sig selv og det oprindelige driftsselskab, imens den anden aktionær fortsat har aktier i driftsselskabet. Eksemplerne er ikke udtømmende, og der kan derfor ses andre kombinationer end de viste.

En aktieombytning kan ske til et nystiftet selskab, men også et allerede eksisterende selskab.¹³

Der kan være flere årsager til, at en aktionær eller et selskab vælger at gennemføre en aktieombytning og derved skabe en holdingstruktur.

En af årsagerne kan være, at en aktionær står over for et kommende generationsskifte. I selskabet er opsparet mere kapital end hvad der er nødvendigt for at holde den daglige drift kørende, hvilket gør det dyrere for den næste generation at erhverve aktierne. Ved at foretage en aktieombytning og derved skabe en holdingstruktur, er det muligt at slanke balancen i driftsselskabet for unødigt likviditet, da holdingselskabet, hvis det ejer mere end 10 % af aktiekapitalen, kan modtage skattefrit udbytte fra driftsselskabet, jf. ABL §§ 4 A og 4 B samt SEL § 13 stk. 1, nr. 2. Dette medfører, at det bliver billigere for den næste generation at erhverve aktierne i driftsselskabet.

En anden årsag kan være, at der i aktionærens selskab er en ejendom, som selskabet på sigt ønsker at sælge fra. Ved først at foretage en aktieombytning, efterfulgt af en spaltning, giver det mulighed

¹³ Bille, Jane K. m.fl.: *Omstrukturering – skatteregler i praksis*, Karnov Group, 2. udgave 2015, side 61.

for at det modtagende selskab (Holding A/S) efter en periode på 3 år, kan sælge sine aktier i det indskydende selskab (Ejendom A/S) skattefrit, jf. ABL § 36, stk. 6 og ABL § 8.

En aktieombytning kan foretages enten skattepligtig eller skattefri, hvor den skattefrie aktieombytning kan foretages med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne.

3.2 Skattepligtig aktieombytning

Idet der er tale om en skattepligtig aktieombytning, vil ombytningen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser afhænger af, om der er tale om aktionæren, det modtagende selskab eller det indskydende selskab.

3.2.1 Skatteretlige konsekvenser for aktionæren

En skattepligtig aktieombytning bliver skatteretlig betragtet som et almindeligt salg af aktier, og en eventuel gevinst udløser aktieavancebeskatning hos aktionæren, hvis aktionæren er en person, og skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, selv om aktionæren sælger sine aktier til et nystiftet selskab, som aktionæren selv er ejer af, jf. ABL § 12. Avancebeskatningen opgøres efter gennemsnitsmetoden, hvilket betyder, at en eventuel gevinst opgøres som forskellen mellem afståelsessummen og anskaffelsessummen for pågældende aktier, jf. ABL 26, stk. 2.

Hvis afståelsen af aktierne, modsat gevinst, medfører et tab hos aktionæren som person og aktierne ikke er eller har været optaget på et reguleret marked i aktionærens ejertid, fradrages dette ved opgørelsen af aktionærens skattepligtige indkomst, i det år hvor tabet realiseres, jf. ABL § 13. Hvis aktierne derimod er eller har været optaget på et reguleret marked i aktionærens ejertid, kan et tab kun fradrages i udbytter, gevinster og afståelsessummer i indeværende indkomstår for aktionæren, jf. ABL § 13 A. Hvis tabet på de noterede aktier overstiger udbyttet og gevinster, kan det resterende tab fremføres til modregning i de kommende år, jf. ABL § 13 A, stk.2.

Hvis aktionæren derimod er et selskab, skelnes der mellem om der er tale om datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier, unoterede porteføljeaktier eller porteføljeaktier. Hvis der er tale om datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller unoterede porteføljeaktier, medregnes gevinst og tab ved afståelse af disse ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 8.

Er der derimod tale om noterede porteføljeaktier, og afståelsen af aktierne medfører gevinst, skal denne gevinst medregnes i den skattepligtige indkomst, med mindre der er tale om gevinst på egne aktier jf. ABL § 9, stk. 1 og ABL § 10.

Hvis der ydes et kontant vederlag i forbindelse med aktieombytningen, anses dette som udbytte, uanset om aktionæren er en person eller et selskab. Hvis det kontante vederlag anses som udbytte, skal ingen af aktierne i det indskydende selskab anses for afstået.

3.2.2 Skatteretlige konsekvenser for det indskydende selskab

Der er ingen skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab.

3.2.3 Skatteretlige konsekvenser for det modtagende selskab

Hos det modtagende selskab anses de aktier, der er erhvervet i det indskydende selskab, som modtaget til handelsværdi og på anskaffelsestidspunkt, svarende til datoen for aktieombytningen.

3.3 Skattefri aktieombytning

Fusionsdirektivet, som er inkorporeret i dansk ret ved FUSL §§ 9 og 11 og ABL § 36, giver aktionæren, mulighed for at foretage en skattefri aktieombytning.¹⁴

Formålet med at lave en skattefri aktieombytning er, at den aktionær eller selskab der afstår aktierne i det indskydende selskab, mod at få aktier i det modtagende selskab, ikke beskattes ved afståelsen. Derimod udskydes skatten, indtil aktionæren eller selskabet afstår aktierne i det modtagende selskab.

En skattefri aktieombytning kan ske med eller uden tilladelse fra SKAT, jf. ABL § 36.

3.3.1 Definitoriske betingelser for at foretage en skattefri aktieombytning

Ved en skattefri aktieombytning er der nogle definitoriske betingelser, som selskaber skal opfylde for at kunne foretage en skattefri aktieombytning. Disse betingelser er gældende for både skattefri

¹⁴ Halling-Overgaard, Søren; Olesen Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist og økonomiforbundets Forlag, 4. udgave 2013, side 192.

aktieombytning med tilladelse og skattefri aktieombytning uden tilladelse og behandles derfor i det følgende under ét.

Definitoriske betingelser selskaberne skal opfylde for at kunne foretage en skattefri aktieombytning:

- A. Det modtagende og det erhvervende selskab *skal være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF*, jf. ABL § 36, stk. 1.
- B. Det modtagende selskab skal opnå flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab, eller, hvis det modtagende selskab allerede har et sådant flertal, erhverver en yderligere andel, jf. ABL § 36, stk. 2.
- C. Aktionæren modtager aktier i det modtagende selskab og en eventuel udligningssum, jf. ABL § 36, stk. 3.
- D. Aktieombytningen gennemføres indenfor 6 måneder fra den første ombytningsdag, og aktieombytningen ikke sker med tilbagevirkende kraft, jf. ABL § 36, stk. 4

Ad A) Det indskydende og det modtagende selskab være omfattet af begrebet selskab

Selskabsbegrebet er defineret som *ethvert selskab der (a) antager en af de former, der er nævnt i bilag I, del A, og som (b) ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være hjemmehørende i denne stats i skatteretlig forstand og som i henhold til en overenskomst om dobbeltbeskatning med tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for Fællesskabet, og som (c) uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af skatterne på listen i bilag I, del B, eller enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af de pågældende skatter*, jf. Fusionsskattedirektivet artikel 3.

Konsekvensen af ovenstående betingelse er, at det vil være en nødvendighed at undersøge direktivets bilag I, del A, samt undersøge den nationale selskabsbeskatning, når der skal vurderes om selskaberne er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF.

Ud over at selskaberne skal være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF, er det også en betingelse, at selskaberne ikke skattemæssigt ses som en transparent enhed her i Danmark, jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 1. pkt. En skattemæssig transparent enhed er en juridisk person, der ikke er et selvstændigt skattesubjekt efter danske skatteregler, men hvis juridiske

forhold er reguleret af selskabsretlige regler, eller af en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt, jf. Den juridiske vejledning 2016-1, C.C.3.3.2. Et eksempel herpå kan være et kommanditselskab, der ejer ti ejendomme. Her er det ikke selve selskabet, der svarer skat af overskud men derimod kommanditisterne.

Det er op til de enkelte selskabsdeltageres medlemsstat at afgøre, om selskabet skattemæssigt er en transparent enhed. I Danmark anses blandt andet interessentskaber, partnerselskaber og kommanditselskaber for skattemæssigt transparente enheder. I 2005 blev der vedtaget et ændringsdirektiv (direktiv 2005/19), som giver medlemsstaterne mulighed for at vælge imellem beskatning med credit for fiktiv udenlandsk skat eller fuld skattefritagelse. I Danmark valgte man beskatning med credit for fiktiv udenlandsk virksomhed, hvilket betyder at omstruktureringer med transparente selskaber ikke omfattes af fusionsskatteloven.¹⁵ Dog er det i administrativt praksis accepteret, at der kan ske en omdannelse af transparente selskaber med fritagelse for skat efter FUSL § 15 c, på betingelse af, at alle deltagerne, tilhørende den transparente enhed, overfører alle ejerandele til et modtagende selskab, der er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat.¹⁶

Ad B) Opnåelse af stemmeflertal

Det modtagende selskab skal i henhold til denne betingelse enten opnå flertallet af stemmerne i det indskydende selskab, eller, hvis det allerede har flertallet af stemmerne, erhverve en yderligere andel.

Her er det værd at bemærke, at der ikke er tale om, at det modtagende selskab skal opnå aktiemajoriteten. Det vil sige, at det modtagende selskab efter en aktieombytning kan nøjes med at eje 40 % af aktiekapitalen, hvis bare det har flertallet af stemmerne. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis det indskydende selskabs kapital er opdelt i forskellige aktieklasser. Ligeledes kan andelen af stemmer være begrænset af en aktionær- eller anpartshaveroverenskomst eller minoriteter med vetoret. Hvis der findes sådanne begrænsninger, betyder det, at det kan være, at det modtagende selskab reelt set ikke har stemmeflertallet, uanset at de besidder 60 % af aktiekapitalen, og konsekvensen vil blive, at dette krav ikke anses for overholdt.

15 Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 412- 413

16 Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 544

Der gives i ABL § 36, stk. 2 mulighed for en efterfølgende spaltning, idet at kravet om stemmeflertal ses opfyldt, selv hvis selskabet umiddelbart efter ombytningen spaltes.

Ad C) Vederlag i aktier og en eventuel udligningssum

Vederlaget for de ombyttede aktier/anparter kan ske i både aktier/anparter og en kontant udligningssum. Vederlæggelsen kan ligeledes ske alene i aktie/anparter, men kan ikke ske alene ved en kontant udligningssum. Hvis der udelukkende vederlægges i kontanter, anses selskabet, i henhold til de almindelige regler i ABL, for afstået.

Ad D) Tidspunktet for aktieombytningen.

Aktieombytning kan ikke ske med tilbagevirkende kraft og anses derfor, som den har fundet sted pr. ombytningsdatoen og skal senest gennemføres indenfor en periode på 6 måneder efter første ombytningsdag.

3.3.2 Subjektiv betingelse for en skattefri aktieombytning med tilladelse

ABL § 36, stk.1, 4.pkt. giver mulighed for at lave en skattefri aktieombytning med tilladelse. Hvis der søges tilladelse til aktieombytningen hos SKAT, er det, udover de definatoriske betingelser, en subjektiv betingelse, at aktieombytningen er forretningsmæssigt begrundet, jf. fusionsdirektivets artikel 15, stk. 1, litra a. Hvis ikke aktieombytningen er forretningsmæssigt velbegrundet og ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager, indikerer dette, at formålet eller en af formålene med tilførslen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse, hvorfor SKAT ikke godkender ansøgningen, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.4.

Hvis ikke aktionæren har en forretningsmæssig gyldig årsag til at foretage en skattefri aktieombytning, så kan han i stedet vælge at benytte skattefri aktieombytning uden tilladelse fra SKAT.

3.3.3 Objektive betingelser for en skattefri aktieombytning uden tilladelse

Ved en aktieombytning uden tilladelse er der, ud over kravene angivet i ABL § 36, stk. 1-5, nogle yderligere objektive betingelser, der skal opfyldes for at aktieombytningen kan foretages skattefrit:

- Værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de ombyttede aktier, jf. ABL § 36, stk. 6.
- Det modtagende selskab må ikke i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet afstå aktier i det indskydende selskab (holdingkrav), jf. ABL § 36, stk. 6.
- Det modtagende selskab skal, senest samtidig med selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er blevet gennemført, orientere SKAT om, at der er foretaget en aktieombytning efter ABL § 36, stk. 6.

Som nævnt ovenfor er en af betingelserne for at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse, at værdien af aktierne og en eventuel udligningssum skal svare til handelsværdien. Hvis der opstår en problemstilling i forhold til at værdiansætte virksomheden, eventuel fordi virksomheden er forskningstung, vil det være en fordel at anmode SKAT om et bindende svar på, om den værdiansættelse der er opgjort, anses for opgjort til handelsværdi. Hvis ikke der anmodes om et bindende svar, og SKAT ikke anser, at værdiansættelsen er opgjort til handelsværdi, vil konsekvensen blive, at hele transaktionen vil blive skattepligtig.

En af de andre betingelser, som er nævnt ovenfor er, at det modtagende selskab ikke må afstå aktier i det indskydende selskab i en periode på 3 år. Hvis der eksempelvis er tale om en virksomhed med to aktionærer, som vælger at lave en aktieombytning efterfulgt af en ophørsspaltning, er det værd at bemærke, at hvis det ene holdingselskab afstår nogle af sine aktier i perioden på de 3 år, så vil det få den konsekvens, at hele transaktionen vil blive skattepligtig. Også for den anden aktionær.

De skattemæssige konsekvenser for aktionæren, det modtagende selskab og det indskydende selskab er de samme ved skattefri aktieombytning med tilladelse, som ved skattefri aktieombytning uden tilladelse og behandles derfor efterfølgende under et.

3.3.4 Skatteretlige konsekvenser for aktionæren

Ved en skattefri aktieombytning i medfør af ABL § 36, stk. 1 kan aktionæren som person anvende reglerne om beskatning i henhold til FUSL §§ 9 og 11, der bygger på successionsprincippet, jf. ABL § 36, stk.1.

Konsekvensen heraf er, at aktionæren ombytter sine aktier og overfører sin skattemæssige position på de overdragne aktier til de aktier, som erhverves som vederlag for ombytningen. Dette betyder, at de aktier, som aktionæren erhverver som vederlag for ombytningen, anses som erhvervet på samme tidspunkt, for samme anskaffelsestidspunkt og med samme anskaffelsestidspunkt, som de ombyttede aktier, jf. FUSL § 11.

Der er kun succession for den del, som omhandler det vederlag aktionæren modtager i aktier. Hvis aktionæren samtidig med aktier modtager et kontant vederlag, anses dette vederlag som udbytte og bliver derfor udbyttebeskattet jf. FUSL § 9.

3.3.5 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Der er ingen skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab.

3.3.6 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Hos det modtagende selskab anses de aktier, som er erhvervet i det indskydende selskab, som modtaget til handelsværdi, og på anskaffelsestidspunkt svarende til datoen for aktieombytningen. Det vil sige, at der således ikke sker succession hos det modtagende selskab.

Ved både den skattepligtige og skattefri aktieombytning etableres der en koncernforbindelse. Konsekvensen heraf er, at det modtagende og det indskydende selskab efter aktieombytningen vil blive sambeskattet, hvis det modtagende selskab opnår bestemmende indflydelse over det indskydende selskab, jf. SEL § 31, stk.1 og SEL § 31 C.

3.4 Relevante domme og afgørelser på området

Som nævnt tidligere under afsnit 3.3.2, er en af betingelserne for at foretage en skattefri aktieombytning med tilladelse, at der, ud over de definatoriske betingelser, skal være en forretningsmæssig gyldig årsag. Hvis ikke der foreligger en forretningsmæssig gyldig årsag, vil konsekvensen blive, at skattemyndighederne ikke godkender ansøgningen, jf. Fusionsskattedirektivet, artikel 11, stk. 1, litra a (nu ændret til artikel 15).

Leur-Bloem-dommen er en af de domme, der har dannet præcedens, hvilket betyder, at den har påvirket efterfølgende retspraksis i lignende sager. Denne dom er relevant i forhold til fortolkning

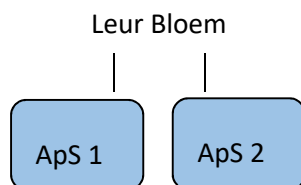
af, om kravet om en forretningsmæssig gyldig årsag er opfyldt i forbindelse med en skattefri aktieombytning med tilladelse, på trods af, at ombytningen vil medføre unddragelse af skatten.

3.4.1 Sag C-28/95-Leur-Bloem-dommen

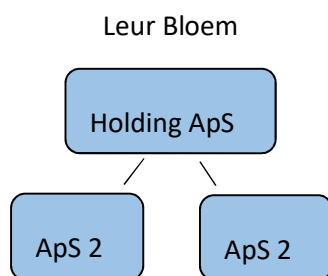
Denne sag handler om, hvorvidt de hollandske skattemyndigheder med rette, undlod at godkende en tilladelse til skattefri aktieombytning.

A.Leur-Bloem var direktør og eneejer af samtlige anparterne i to hollandske selskaber. Han havde påtænkt at erhverve yderligere et anpartsselskab, hvor anparterne i de to eksisterende selskaber skulle ombyttes med anparterne i det nye holdingselskab. Dette ville skabe en struktur, med et holdingselskab (nyt selskab) i toppen og to dattervirksomheder i bunden (de eksisterende selskaber), jf. C-28/95.

Før aktieombytningen:



Efter aktieombytningen:



Kilde: Egen tilvirkning

Leur Bloem ansøgte derfor de hollandske skattemyndigheder om tilladelse til, at foretage denne aktieombytning skattefrit, med henvisning til, at formålet var at opnå et tættere samarbejde imellem de to selskaber, jf. C-28/95, præmis 9.

De hollandske skattemyndigheder afviste at godkende A.Leur-Bloems ansøgning om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Begrundelse herfor var, at transaktionen, ifølge de hollandske skattemyndigheder, ikke havde til formål i finansiell og økonomisk henseende, varigt at sammenslutte virksomheden i disse to selskaber til en større enhed. Ifølge de hollandske skattemyndigheder bestod denne enhed i forvejen, da alle selskaberne i forvejen havde samme direktør og kun én deltager jf. C28/95, præmis 10.

A. Leur-Bloem appellerede dette afslag, hvilket medførte, at den hollandske domstol så sig nødsaget til at foreligge en række præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen. Et af disse spørgsmål vedrørte hvordan begrebet *"forsvarlige økonomiske betragtninger"* skulle fortolkes. Et andet af spørgsmålene vedrørte, hvordan direktivets artikel 11 (nu artikel 15) skulle fortolkes ved afgørelsen af, om den påtænkte transaktion har skatteunddragelse eller skattesvig som hovedformål eller et af hovedformålene.

Fusionsdirektivets artikel 11, stk.1, litra a (dagældende):

"En medlemsstat kan afslå helt eller delvis at anvende bestemmelserne i afsnit II, III og IV eller inddrage adgangen til at anvende dem, såfremt en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktiver:

a) som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en af de i artikel 1 omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteter i de selskaber, der deltager i transaktionen, kan dette skabe formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skattesvig eller skatteunddragelse."

EF-domstolen slog fast, at begrebet *"økonomisk forsvarlige betragtninger"* i fusionsskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a skulle fortolkes således, at det er mere vidtgående end blot hensigten om at opnå en rent skattemæssig fordel, jf. C-28/95, præmis 48 C.

Ordlyden i fusionsskattedirektivet artikel 11 (nu artikel 15) er siden 1995 redigeret og lyder nu som følger:

Stk. 1. En medlemsstat kan nægte at anvende eller kan tilbagekalde anvendelsen af alle eller enkelte af bestemmelserne i artikel 4-14, hvis en af de i artikel 1 nævnte transaktioner:

a) som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

Det bemærkes, at begrebet "*økonomisk forsvarlige betragtninger*" ikke længere fremgår af artikel 11 (nu artikel 15), men er blevet erstattet af begrebet "*gyldige forretningsmæssige årsager*". Dette stemmer overens med, at EF-domstolen i 1995 fastslog, at begrebet "*økonomisk forsvarlige betragtninger*", skulle fortolkes således, at det var mere vidtgående end blot hensigten om at opnå en rent skattemæssig fordel.

Der bemærkes yderligere, at på trods af, at EF-domstolen slog fast, at begrebet "*økonomisk forsvarlige betragtninger*", skulle fortolkes således, at det var mere vidtgående end blot hensigten om at opnå en rent skattemæssig fordel, ikke var konkretiseret hvordan "*mere vidtgående end blot hensigten om at opnå en rent skattemæssig fordel*", skulle fortolkes. Ligeledes er det ved omformulering af fusionsskattedirektivet artikel 11 (nu 15) heller ikke konkretiseret, hvad begrebet "*gyldige forretningsmæssige årsager*", dækker over.

Det andet spørgsmål, om hvordan direktivets artikel 11 (nu artikel 15) skulle fortolkes ved afgørelsen af, om den påtænkte transaktion har skatteunddragelse eller skattesvig som hovedformål eller et af hovedformålene, blev ligeledes besvaret af FN-domstolen. Her fastslog domstolen, at direktivets artikel 11 (nu artikel 15) skal fortolkes således at afgørelsen af, om den påtænkte transaktion har skattesvig eller skatteunddragelse til hovedformål eller som et af hovedformålene, skal foretages ud fra en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion, af de kompetente nationale myndigheder. Domstolen slog ligeledes fast, at medlemsstaterne kan fastsætte en bestemmelse om, at hvis ikke transaktionen er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, så skabes der en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse. Det er derudover medlemsstaterne ansvar at fastsætte nogle betingelser, som kan imødegå skattesvig og skatteunddragelse, men de må ikke opsætte en generel regel, som udelukker visse former for transaktioner.

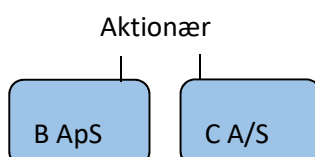
Da begreberne "*mere vidtgående end blot hensigten om at opnå en rent skattemæssig fordel*" og "*gyldige forretningsmæssige årsager*", som tidligere nævnt, ikke er konkretiseret, hverken i lovgivningen eller Leur-Bloem-dommen, vil der nu blive analyseret to danske domme, hvor Leur-

Bloem-dommen er anvendt som retskilde. Her vil formålet være at finde frem til, hvordan disse begreber skal fortolkes.

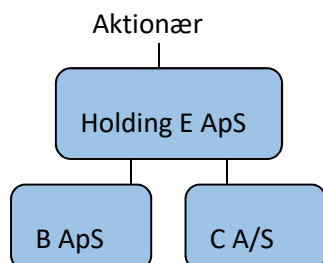
3.4.2 SKM.2008.255.LSR

En eneaktionær ansøgte skattemyndighederne om tilladelse til en skattefri ombytning af anparter i B ApS (ejendomsvirksomhed) og af aktier i C A/S (vognmandsvirksomhed) den 3. november 2005. Formålet med ombytningen var at skabe en holdingstruktur, hvor anparterne i B ApS og aktierne i C A/S skulle indskydes som apportindskud i E ApS.

Før aktieombytningen:



Efter aktieombytningen:



Kilde: Egen tilvirkning

I sagen blev det oplyst, at de 2 selskaber B og C blev stiftet ved skattefri virksomhedsomdannelse den 1. januar 2005 efter at have været et persondrevne virksomheder siden 1980 og 2001. Aktionæren vederlægges kun med aktier i Holding E ApS.

Aktionæren anførte, at formålet med omstruktureringen var:

1. Risikoafgrænsning, herunder at opnå mulighed for at udlodde B ApS og C A/S frie reserver samt eventuelle fremtidige overskud til Holding E.
2. Skabe en klar forretningsmæssig adskillelse af de to selskabers driftsaktiviteter ved at placere dem under en modervirksomhed.

3. Profilere og synliggøre vognmandsvirksomheden i C A/S.
4. Mulighed for fremadrettet at etablere yderligere datterselskaber.
5. Sambeskatning.

Skattemyndigheder gav aktionæren afslag på ansøgningen, idet de ikke, på grundlag af de foreliggende oplysninger, anså det for godtgjort, at hovedformålet ikke var skatteundgåelse – unddragelse med følgende begrundelser:

- Formålet om risikoafgrænsning allerede var opfyldt, idet virksomhederne allerede blev drevet i hvert sit selskab. Derudover lagde skattemyndighederne til grund, at aktionæren indtil 1. januar 2005 havde drevet virksomhederne i personlig regi, hvorfor risikoafgrænsning ikke ansås for at være af afgørende betydning.
- Det ikke var nærmere konkretiseret, hvordan omstruktureringen bedre skulle profilere og synliggøre vognmandsvirksomheden C A/S end den nuværende konstruktion. Ligeledes var der ikke aktuelle planer om at oprette nye datterselskaber.
- Sambeskatning ansås ikke for at være forretningsmæssig begrundet. Derimod ansås formålet med sambeskatning reelt at opnå en rent skattemæssig fordel.

I aktionærens klage blev det supplerende tilføjet, at omstruktureringen af selskaberne hovedsageligt var begrundet i risikoafgrænsning og i et fremtidigt generationsskifte med aktionærens 3 sønner, som arbejdede i selskaberne.

Aktionæren indbragte denne afgørelse for Landsskatteretten.

Landsskatteretten stadfæstede skattemyndighedernes afgørelse med begrundelse i fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a. I henhold til fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, kan en medlemsstat fravige direktivet, når hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse. Yderligere begrundede Landsskatteretten stadfæstelsen med, at det videre fremgår af fusionsdirektivet, at såfremt en transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, kan det give skattemyndighederne anledning til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene er skattesvig eller skatteunddragelse. Landsskatteretten henviste til, at de forsvarlige økonomiske betragtninger som er omtalt i fusionsdirektivets artikel

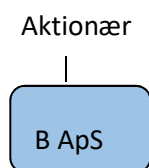
11, litra a, ifølge Leur-Bloem sagen, skal fortolkes på den måde, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel.

Landsskatteretten fandt, at der helt manglede oplysninger om konkrete, aktuelle planer for dispositionerne og at sådanne konkrete, aktuelle dispositioner var nødvendige for at kunne foretage forsvarlige økonomiske betragtninger. På grund af de manglende oplysninger om konkrete, aktuelle dispositioner, fandt Landsskatteretten, at hovedformålet eller et af hovedformålene bag aktieombytningen var skatteundgåelse – unddragelse.

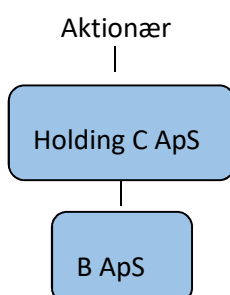
3.4.3 SKM2003.568.LSR

En eneanpartshaver i et it-selskab ansøgte den 18. februar 2002 ToldSkat om tilladelse til skattefri anpartsombytning af sine anparter i B ApS med anparter i et nystiftet selskab C ApS. Formålet med ombytningen var begrundet i driftsmæssige forhold.

Før aktieombytningen:



Efter aktieombytningen:



Kilde: Egen tilvirkning

I sagen blev det oplyst, at selskabet B ApS blev stiftet ved skattefri virksomhedsomdannelse den 1. januar 2001 efter at have været en persondrevet virksomhed siden 1999. Anpartshaveren vederlægges kun med anparter i Holding C ApS.

Anpartshaveren anførte, at formålet med anpartsombytningen primært var at optage ledende medarbejdere i ejerkredsen, da anpartshaveren ønskede at fastholde nøglemedarbejdere for at sikre virksomhedens fortsatte drift.

Der blev i ansøgningen oplyst, at fastholdelsen ligeledes skulle være medvirkende til udbygge den nuværende aktivitet (udvikling og salg af IT-produkter og service). Derudover var hensigten med fastholdelsen af nøglemedarbejdere, at ekspandere indenfor andre kundesegmenter end de nuværende (offentlige kontorer og institutioner). Der blev også oplyst, at det på sigt var hensigten at omdanne selskabet til et aktieselskab, og at der derefter ønskes at etablere en medarbejderaktieordning. Aktionæren havde desuden ingen planer om at afhænde anparter i virksomheden i de efterfølgende 3 år. Derimod var det planen at udvide aktiekapitalen via medarbejderaktier.

Formålet med anpartsombytningen blev under sagens behandling uddybet. Blandt andet blev der oplyst, at det var påtænkt, at lade 4-5 nøglemedarbejdere indtræde i ejerkredsen. Derudover ville det med et holdingselskab som moderselskab blive nemmere, at udføre en mere smidig udbyttepolitik. Ligeledes vil anpartsombytningen give en mere smidig struktur, hvilket var nødvendigt, da der var planlagt samhandel med Tyskland. Desuden var ønsket med koncernstrukturen, at det gav mulighed for at der kunne etableres samarbejde med andre selskaber, og at der var mulighed for at udskille særlige forretningsområder samt optagelse af nye medlemmer i ejerkredsen.

ToldSkat gav afslag på ansøgningen, idet de efter en samlet vurdering ikke fandt det at være afkræftet, at et af hovedformålene var skatteundgåelse – unddragelse, med følgende begrundelser:

- Det var allerede muligt med den hidtidige konstruktion at optage medarbejdere i ejerkredsen.
- Der var ikke særlige forretningsmæssige hensyn, som talte for, at der med en holdingkonstruktion var mulighed for en mere smidig udbyttepolitik.

Derudover fandt ToldSkat ikke, at der i begrundelsen var givet konkrete begrundelser for formålet, som var et krav ifølge Ligningsvejledningen 2002, S.G.18.5.2.

Ligeledes udtalte Regionen til Landsskatteretten, at såfremt der fremkom yderligere oplysninger under sagens behandling i Landsskatteretten, ansås disse oplysninger ikke for at kunne begrunde en ændring af afgørelsen.

Da sagen blev indbragt for Landsskatteretten, var B ApS, ifølge vedtagelse på ekstraordinær generalforsamling den 3. juli 2002, blevet omdannet til et aktieselskab. Ydermere blev det oplyst, at omdannelsen primært havde til formål at signalere soliditet over for de eksisterende kunder og overfor potentielle nye kunder, samt, at ledelsen alene fokuserede på virksomhedens tarv og udvikling. Ligeledes havde B A/S konkretiserede hvilke nøglemedarbejdere, de ønskede at optage i ejerkredsen.

Derudover blev det uddybet, at B A/S indenfor 12-18 måneder ville udskille 2 specifikke standardprodukter i selvstændige selskaber. Årsagen til udskillelsen blev begrundet med, at de 2 produkter var forskellige og at kunderne krævede, at der kun var fokus på det enkelte forretningsområde, samt at det nuværende selskab i stedet kunne fokusere på konsulentytelserne. De 2 udskilte produkter skulle efterfølgende udbredes i Skandinavien og Europa ved hjælp af partnerskabsaftaler.

En holdingkonstruktion var nødvendig for fremtidige samarbejdspartnere, da disse ofte etablerede samarbejde via holdingselskaber. Derudover var en holdingkonstruktion den optimale løsning, da de forskellige forretningsområder stadigvæk, vha. denne konstruktion, kunne støtte hinanden økonomisk, hvis det i en periode ikke gik godt for et af områderne.

Landsskatteretten fandt, at regionens afslag på en skattefri aktieombytning var i strid med Fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a, da Landsskatteretten på baggrund af en helhedsvurdering af sagens oplysninger ikke anså det for godtgjort, at regionen kunne antage, at aktieombytningen havde som hovedformål at undgå eller at udskyde aktieavancebeskatning. Landsskatteretten henviste i den forbindelse til, at ifølge Leur-Bloem-dommen, skulle begrebet forsvarlige økonomiske betragtninger i fusionsdirektivets artikel 11 fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel.

3.5 Opsummering og perspektivering

En aktionær kan vælge at fortage en skattepligtig aktieombytning eller en skattefri aktieombytning. En skattepligtig aktieombytning behandles som et almindeligt salg af aktier, hvilket

betyder, at den skatteretlige konsekvens bliver, at aktionærene i det modtagende selskab beskattes efter ABLs almindelige regler om aktieavancebeskatning. Er der derimod tale om en skattefri aktieombytning, følger de skatteretlige konsekvenser FUSL §§ 9 og 11. Det betyder, at de aktier, som aktionæren modtager som vederlag for aktierne i det indskydende selskab, ved opgørelsen af dennes skattepligtige indkomst bliver anset som om, at de var anskaffet til samme tid, for samme anskaffelsessum og med samme anskaffelseshensigt, som de ombyttede aktier. Det vil sige, at aktieavancebeskatningen udskydes indtil den dag, hvor aktionæren afstår aktierne i det modtagende selskab. Der er kun succession for den del, som omhandler det vederlag aktionæren modtager i aktier. Hvis aktionæren samtidig med aktier modtager et kontant vederlag, anses dette vederlag som udbytte og bliver derfor udbyttebeskattet.

Valget af, om det skal være en skattepligtig eller en skattefri aktieombytning, skal tages ud fra en konkret vurdering af den enkelte transaktion. I langt de fleste tilfælde vil det være mest fordelagtigt at foretage en skattefri aktieombytning, da det, på grund af udskydelsen af aktieavancebeskatningen, vil give en likviditetsmæssig fordel. Dog vil det i enkelte tilfælde være mere fordelagtigt at foretage en aktieombytning skattepligtigt. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis der er et fremførselsberettiget tab på aktier på ombytningstidspunktet, der kan modregnes den opstået aktieavance i forbindelse med afståelsen af aktierne i det indskydende selskab. Det kunne også være tilfældet, hvis der i forbindelse med en skattepligtig afståelse ikke ville opstå nogen avance, eller hvor avancen ville blive så lille, at det ville blive mere omkostningsfuldt at afholde de administrative omkostninger, der ville opstå være i forbindelse med en skattefri aktieombytning.

Hvis aktionæren vælger at foretage en skattefri aktieombytning, skal der tages stilling til om der skal søges tilladelse til ombytningen hos SKAT, eller om ombytningen i stedet skal foretages efter de objektive regler i ABL § 36, stk.6. Uanset hvad der vælges, er der nogle definatoriske betingelser i ABL § 36, som skal være opfyldte, for at aktieombytningen kan foretages skattefrit.

Vælges en skattefri aktieombytning uden tilladelse, skal aktionæren være opmærksom på, at der er nogle objektive betingelser (værnsregler) i ABL § 36, stk. 6, som, ud over de definatoriske betingelser, skal være opfyldt for at ombytningen kan ske skattefrit, heriblandt holdingkravet på 3 år. Vælger aktionæren derimod, at ansøge skattemyndighederne om tilladelse til ombytningen, så skal aktionæren, udover de definatoriske betingelser, være opmærksom på den subjektive betingelse om de forretningsmæssige gyldige årsager.

Betingelsen om de gyldige forretningsmæssige årsager, har givet anledning til retslige tvister, da der har været uenighed om, hvordan begrebet "*forsvarlige økonomiske betragtninger*" og "*gyldige forretningsmæssige årsager*", i Fusionskattedirektivet artikel, stk. 1, litra a, skal fortolkes.

I Leur-Bloem-dommen, som har dannet præcedens i lignende sager, slog EF-domstolen fast, at begrebet "*økonomisk forsvarlige betragtninger*" i Fusionskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en ren skattemæssig fordel. Begrebet blev i 2005 erstattet med begrebet "*gyldige forretningsmæssige årsager*" i forbindelse med ændring af direktivet, jf. Direktiv 2005/19/EF, artikel 11. Omformuleringen af begrebet antages at skyldes EF-domstolens fortolkning af "*økonomisk forsvarlige betragtninger*" i Leur-Bloem-dommen. På den baggrund antages det derfor også, at en fortolkning af de to begreber vil være ens. Denne antagelse bakkedes op af SKAT, da de i Den juridiske vejledning i et afsnit, omhandlende konkret begrundelse i ansøgning, skriver:

"Oplysninger om, at de ved ombytningen erhvervede aktier i datterselskabet ikke vil blive afhændet i en periode af en vis varighed efter ombytningen, eksempelvis tre år, skaber som udgangspunkt en formodning for, at formålet med ombytningen ikke er skatteunddragelse eller -undgåelse."

Formodningen skal imidlertid underbygges af ansøgningens oplysninger om de økonomiske betragtninger." Jf. Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.4.

Dog fandtes fortolkning af begreberne "*forsvarlige økonomiske betragtninger/gyldige forretningsmæssige årsager*" i Leur-Bloem-dommen ikke at give et klart billede af, hvordan betingelsen om gyldige forretningsmæssige årsager, skal anvendes på en foranliggende problemstilling i praksis, hvilket gjorde det nødvendigt, at analysere to yderligere domme.

På baggrund af disse to yderligere domme, kan det konkluderes, at det er af afgørende betydning, at ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning skal være tilstrækkelig konkretiseret og begrundet i forretningsmæssige gyldige årsager, for at SKAT godkender ansøgningen. Det vil sige, at det ikke er tilstrækkeligt, at et selskab kun oplyser årsagerne til, at der ansøges, men at årsagerne skal underbygges af konkrete og aktuelle planer. Hvis ikke årsagerne er underbygget af konkrete og aktuelle planer, så antager SKAT, at selskabet ikke ønsker at foretage ombytningen ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger/har en gyldig forretningsmæssig årsag. Hvis ikke ombytningen foretages ud fra gyldige forretningsmæssige årsager, så giver dette i henhold til Leur-Bloem-dommen,

anledning til en formodning om, at skatteundgåelse- unddragelse er hovedformålet eller et af hovedformålene ved ombytningen, og ansøgningen godkendes derfor ikke.

I Leur-Bloem-dommen slog EF-domstolen ligeledes fast at direktivets artikel 11 (nu artikel 15) skal fortolkes således at afgørelsen af, om den påtænkte transaktion har skattesvig eller skatteunddragelse til hovedformål eller som et af hovedformålene, skal foretages ud fra en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion, af de kompetente nationale myndigheder. Domstolen slog ligeledes fast, at medlemsstaterne kan fastsætte en bestemmelse om, at hvis ikke transaktionen er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, så skabes der en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse. Det er derudover medlemsstaterne ansvar at fastsætte nogle betingelser, som kan imødegå skattesvig og skatteunddragelse, men de må ikke opsætte en generel regel, som udelukker visse former for transaktioner.

Dommene er før vedtagelsen af lovændringerne af fusionskatteloven i 2007. Dette betyder umiddelbart, at deres relevans ikke er af så afgørende betydning i dag som tidligere. I dag kan selskaberne, hvis ikke de har en forretningsmæssig gyldig årsag, vælge at anvende de objektive betingelser. Her er det dog værd at bemærke, at hvis selskabet har en forretningsmæssig gyldig årsag til ombytningen, så kan det stadig overvejes, om der skal ansøges om tilladelse hos skattemyndighederne.

4. Tilførsel af aktiver

I dette afsnit vil der først være en generel beskrivelse om tilførsel af aktiver for at skabe forståelse for, hvad der organisatorisk sker, når selskaber/aktionærer vælger at benytte denne omstruktureringsmodel. Herefter vil det skatteretlige lovgrundlag omkring tilførsel af aktiver blive analyseret, for at finde frem til, hvilke krav og betingelser et selskab skal opfylde i forbindelse med en tilførsel af aktiver, og herunder hvilke skattemæssige konsekvenser tilførslen medfører.

Da det som tidligere nævnt kan være vanskeligt, dels at forstå meningen med en betingelse, og dels at anvende en betingelse på en foreliggende problemstilling i praksis, har nogle af betingelserne for en skattefri tilførsel af aktiver tidligere givet anledning til retslige tvister. Derfor vil udvalgte relevante domme, afgørelser og udtalelser herefter blive analyseret og fortolket, med henblik på at finde frem til, hvordan en udvalgt betingelse skal fortolkes. Til sidst vil afsnittet blive afsluttet med en opsummering og perspektivering.

4.1 Generelt om tilførsel af aktiver.

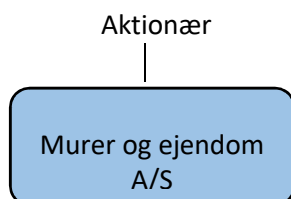
En tilførsel af aktiver er karakteriseret ved, at en gren af eller et helt selskab flyttes over i et andet selskab mod vederlag i aktie /anparter. Fusionsskattelovens § 15 c, stk. 2, 1.pkt. definerer tilførsel af aktiver således:

“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. 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 drift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler.”

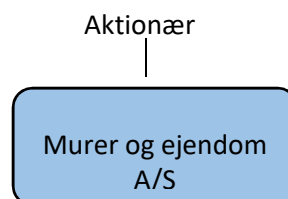
Der er flere måder, hvorpå et selskab kan omstruktureres efter fusionsskattelovens § 15 c, stk. 2. Et selskab, der har flere aktiviteter, kan eksempelvis skyde alle aktiviteter ned i et eller flere selskaber uden at opløse det indskydende selskab. Ligeledes kan et selskab nøjes med kun at skyde en eller flere aktiviteter ned i et selskab, og bibeholde en eller flere aktiviteter i det indskydende selskab. Eksempler på tilførsel af aktiver:

Før tilførsel af aktiver:

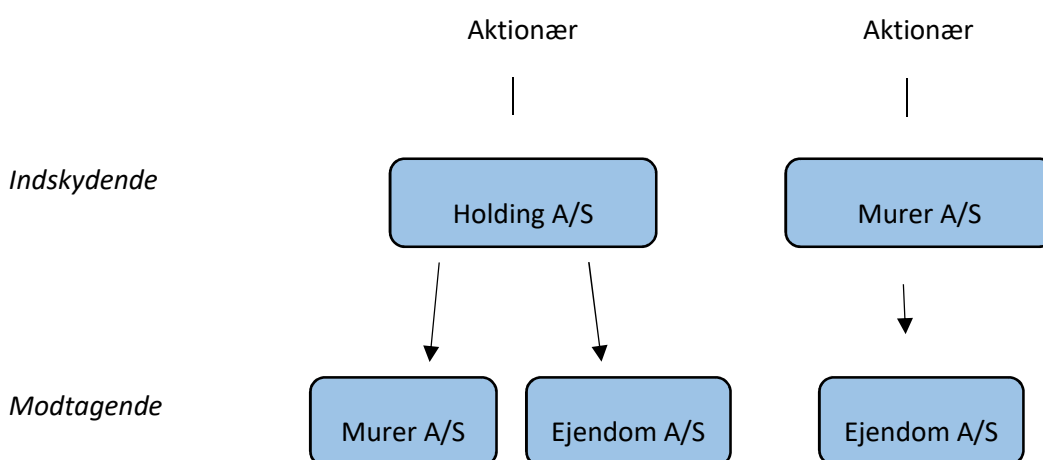
Eksempel 1:



Eksempel 2:



Efter tilførsel af aktiver:



Kilde: Egen tilvirkning

I eksempel 1 ses hvordan en aktionær tilfører grene af Murer og Ejendom A/S ned i to nye selskaber, hvorved han opnår en opdeling af de to virksomheder. I eksempel 2 ses hvordan en aktionær tilfører en gren af virksomheden ned i et nyt selskab, hvorved han opnår en opdeling selskabet Murer og Ejendom A/S. Eksemplerne er ikke udtømmende, og der kan derfor ses andre kombinationer end de viste.

Det kan umiddelbart være svært at kende forskel på en aktieombytning og en tilførsel af aktiver, da det nogenlunde handler om det samme. Men ved en tilførsel af aktiver tages "indmaden" (virksomheden) ud af det indskydende selskab og føres ned i et modtagende selskab. Dvs. at det er selve virksomheden, der flyttes og ikke selskabet. Det der er tilbage i det indskydende selskab er de aktier, som det har modtaget af det modtagende selskab.

Det er ikke et krav, at det modtagende selskab skal være et nystiftet selskab, hvilket betyder at en tilførsel af aktiver kan ske til et eksisterende selskab. Ligeledes er det ikke et krav, at det indskydende selskab skal være eneaktionær i det modtagende selskab.

Der kan være flere årsager til, at en aktionær eller et selskab vælger at gennemføre en tilførsel af aktiver. En af årsagerne kan være, at et selskab i øjeblikket ejer en ejendom, hvorfra produktionen af selskabets produkter finder sted. Selskabet planlægger at udvide produktionen, og den nuværende ejendom vil på sigt ikke være stor nok, hvorfor den skal sælges. Hvis selskabet vælger at sælge ejendommen, vil det umiddelbart udløse afståelsesbeskatning. Men hvis selskabet i stedet fører ejendommen ned i et nyt modtagende selskab, vil det indskydende selskab efter 3 år kunne afstå aktierne skattefrit, idet der er tale om datterselskabsaktier.

En tilførsel af aktiver kan foretages enten skattepligtig eller skattefri, hvor den skattefrie tilførsel kan foretages med eller uden tilladelse fra SKAT.

4.2 Skattepligtig tilførsel af aktiver

Ved en skattepligtig tilførsel af aktiver, følger de skattemæssige konsekvenser ABLs almindelige regler om avancebeskatning. Ved afståelse af aktiver/passiver forstås i henhold til ABL salg, bytte, bortfald og andre former for afhændelse, jf. ABL § 30.

Det indskydende selskab beskattes, som det ville blive gjort, hvis det har afstået en virksomhed. Der vil typisk være tale om genvundne afskrivninger, afståelse af goodwill, ejendomsavance og kursgevinstbeskatning¹⁷. Afståelsessummen for det indskydende selskab svarer til det modtagende selskabs anskaffelsessum og kan af det modtagende selskab behandles som apportindskud eller køb.

Skæringstidspunktet for tilførslen er det tidspunkt, hvor der besluttes, at tilførslen skal ske. Datoen for skæringstidspunktet er således den dato, som anvendes ved opgørelse af afståelsessummen, og efter denne dato medregnes indtægter og udgifter hos det modtagende selskab.

Ved en skattepligtig tilførsel af aktiver er det muligt at lave tilførslen af aktiver med tilbagevirkende kraft i henhold til SEL § 4, stk. 5. Dog er det, ifølge SEL § 4, stk. 5 en betingelse, at tilførslen sker til et nystiftet selskab, hvor det indskydende selskab er ejer af samtlige aktier/anparter, samt at

¹⁷ Jane K. Bille m.fl., *Omstrukturering – skatteregler i praksis*, Karnov Group, 2. udgave 2015, side 118

stiftelsen af det nye selskab skal ske senest 6 måneder efter den valgte skæringsdag. Handelsværdien af aktiver og passiver danner pr. denne skæringsdato grundlag for det indskydende selskabs afståelsessum og det modtagende selskabs anskaffelsessum. Indtægter og udgifter vedrørende det/de tilførte aktiver medregnes i det modtagende selskabs indkomstopgørelse, som hvis aktivet/aktiverne var erhvervet på skæringsdatoen. Anskaffelsestidspunktet for det modtagende selskab og afståelsesdatoen for det indskydende selskab er dog stadig tidspunktet, hvor tilførslen beslutes.

Idet der er tale om en skattepligtig tilførsel af aktiver, vil tilførslen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser afhænger af, om der er tale om aktionæren, det indskydende selskab eller det modtagende selskab.

4.2.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren

Der er ingen skattemæssige konsekvenser for aktionæren af det indskydende selskab, da tilførslen ikke ændrer i aktionærens aktiebesiddelse.

4.2.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Tilførsel af aktiver bliver selskabsretligt betragtet som et indskud af værdier mod vederlag i aktier i det modtagende selskab eller ved kontant udligning. Hos det indskydende selskab bliver de aktiver og eventuelle passiver, der er tilført til det modtagende selskab afståelsesbeskattet.

Her er det værd at bemærke, at hos interesseforbundne parter skal fastsættelse af vilkår og priser ske efter armslængdeprincippet i henhold til LL § 2. Med armslængdeprincippet forstås, at der ved kontrollerede handelsmæssige eller økonomiske transaktioner skal anvendes vilkår og priser, som er i overensstemmelse med, hvad der kunne have været opnået ved et salg, der var sket til en uafhængig part, jf. LL § 2, stk. 1. Hvis SKAT vurderer, at transaktionen ikke er foretaget til handelsværdi, kan SKAT kræve, at aktiver og passiver korrigeres.

Værdien af de aktier/anpartes, det indskydende selskab modtager af det modtagende selskab, svarer til netto handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver.

4.2.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

De aktiver og passiver der er modtaget i det modtagende selskab, kan behandles som apportindskud eller som køb.

Aktiver og passiver der er modtaget i det modtagende selskab, anses for anskaffet til handelsværdi på tilførelstidspunktet og danner grundlaget for anskaffelsessummen. Anskaffelsessummen danner herved et nyt afskrivningsgrundlag.

4.3 Skattefri tilførelse af aktiver

Fusionsdirektivet, som er inkorporeret i dansk ret ved FUSL §§ 15 c og 15 d, giver mulighed for en skattefri tilførelse af aktiver. Her er det værd at bemærke, at der ved tilførelse af aktiver ikke er selskabsretlig succession.

En skattefri tilførelse kan foretages med og uden tilladelse fra SKAT.

4.3.1 Definitoriske betingelser for at foretage en skattefri tilførelse af aktiver

Der er, ligesom ved aktieombytning, nogle definitoriske betingelser for, at selskaber kan foretage en skattefri aktieombytning. Disse objektive betingelser er både gældende for skattefri tilførelse af aktiver med tilladelse og skattefri tilførelse af aktiver uden tilladelse og behandles derfor i det følgende under ét.

Definitoriske betingelser for at et selskab kan foretage en skattefri tilførelse af aktiver:

- A. For at selskaberne kan få adgang til beskatning efter reglerne i FUSL § 15 b, skal både det indskydende og det modtagende selskab være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF. Derudover skal det ikke skattemæssigt ses som en transparent enhed her i Danmark, jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 1. pkt.
- B. Indholdet af den skattefrie tilførelse skal være en hel eller en gren af en virksomhed, uden at denne virksomhed opløses jf. FUSL § 15 c, stk. 2
- C. Det indskydende selskab modtager aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital, jf. FUSL § 15 c, stk. 2

- D. De aktier eller anparter, det indskydende selskab modtager i det modtagende selskabs kapital, er opgjort til handelsværdi, jf. FUSL § 15 d, stk. 4.
- E. Tilførselsdatoen skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår, jf. FUSL 15 d, stk. 2 (som henviser til FUSL § 5, stk. 1).

Ad A) Det indskydende og det modtagende selskab være omfattet af begrebet selskab

Denne betingelse er blevet gennemgået under afsnit 3.3.1, hvorfor, der ved en nærmere beskrivelse henvises dertil.

Ad B) Grenkravet

En af betingelserne for at et selskab kan foretage en skattefri tilførsel af aktiver er at tilførslen skal være en hel, eller en gren af en virksomhed, uden at denne virksomhed opløses.

Da der ikke er selskabsretlig succession, betyder det, at det indskydende selskabs kreditorer ikke kan tvinges til at acceptere, at det, efter en tilførsel af aktiver, nu er det modtagende selskab, der hæfter for en eventuel gæld. Her er det vigtigt at indhente kreditorernes accept af ændring af debitor.

Grenkravet vil blive yderligere gennemgået i afsnit 5.3.1, hvorfor der henvises dertil.

Ad C) Kun vederlag i aktier/anparter

En anden af betingelserne er, at det indskydende selskab modtager anparter eller aktier i den modtagende selskabs kapital. Det vil sige, at det ikke er muligt at vederlægge et evt. kontant vederlag, da dette vil være i strid med denne betingelse. Det er forholdsvis enkelt at konstatere, hvornår der foreligger et kontant vederlag, med mindre der er tale om et maskeret kontant vederlag.

Ad D) Aktier/anparter opgjort til handelsværdi

De aktier eller anparter det indskydende selskab modtager af det modtagende selskab skal opgøres til handelsværdi. At aktierne/anparterne skal opgøres til handelsværdi, betyder, at prisen på

aktierne/anparterne skal svare til, hvad de kan sælges for til en tredjemand, jf. LL § 2, stk.1. Hvis prisen på aktierne/anparterne ikke svarer til handelsværdien, vil denne betingelse ikke anses for overholdt og konsekvensen er, at tilførslen vil blive skattepligtig.

Ad E) Tilførselsdatoen skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

At tilførselsdatoen skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår betyder, at hvis det modtagende selskab har kalenderårsregnskab og dermed skæringsdato den 1.januar, så skal tilførslen af aktiver ligeledes ske den 1.januar. Hvis ikke tilførselsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen, anses betingelsen ikke som opfyldt og konsekvensen er, at transaktionen vil blive skattepligtig.

Det er vigtigt for de deltagende selskaber at være opmærksom på undtagelsen i FUSL § 5, stk.3. Her skal tilførselsdatoen ikke være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Hvis indkomsten i et selskab, som deltager i fusionen, skal opgøres efter reglerne SEL § 31, stk.5, som følge af at en koncernforbindelse er ophørt eller etableret inden eller i forbindelse med fusionen, anvendes tidspunktet for ophøret, henholdsvis etableringen af koncernforbindelsen uanset stk.1 og 2, jf. FUSL § 5, stk.3.

4.3.2 Subjektive betingelser for en skattefri tilførsel af aktiver

Hvis der søges tilladelse til den skattefrie tilførsel af aktiver, er det ligesom ved skattefri aktieombytning med tilladelse, et yderligere krav, at tilførslen er forretningsmæssigt begrundet, jf. fusionsdirektivets artikel 15, stk. 1, litra a. Hvis ikke tilførslen af aktiver er forretningsmæssigt velbegrundet og ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager, indikerer dette, at formålet eller en af formålene med tilførslen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse, hvorfor SKAT ikke godkender ansøgningen, jf. Den Juridiske vejledning 2016-1, C.D.6.3.4.

Ligeledes kan SKAT fastsætte særlige vilkår for tilladelsen. Eksempelvis hvis en tilladelse muliggør en skatteunddragelse, så kan SKAT stadig give tilladelsen, såfremt der tilføjes nogle særlige vilkår, som skal overholdes for, at tilladelsen er gældende, jf. Sag C-28/95 af 17.juli 1997- Leur-Bloemdommen.

Hvis ikke selskabet kan opfylde betingelsen om en forretningsmæssig gyldig årsag, så kan selskabet foretage en skattefri tilførsel uden tilladelse, hvor værnsreglen for denne gennemgås i det efterfølgende afsnit.

4.3.3 Objektiv betingelse for at foretage en skattefri tilførsel af aktiver

I henhold til FUSL § 15 c, stk. 1, 4. pkt. har selskaber ret til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver, uden at der indhentes tilladelse til dette hos SKAT. Hvis ikke der indhentes tilladelse fra SKAT, er der dog en yderligere objektiv betingelse, som ud over de definatoriske objektive regler, det indskydende selskab skal opfylde:

- Holdingkrav på 3 år efter vedtagelsen af tilførslen, jf. FUSL 15 c, stk. 1, 5. pkt.

Dog tillader FUSL § 15 c, at det indskydende selskab, i forbindelse med en yderligere omstrukturering, kan afstå de modtagne aktier skattefrit i perioden på de 3 år på trods af holdingkravet. Betingelsen herfor er, at der ved den nye omstrukturering ikke vederlægges med andet end aktier, jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 6. og 7. pkt. og holdingkravet, som følge af den første omstrukturering i sin restløbetid, fortsat er gældende.

Idet der er tale om en skattefri tilførsel af aktiver, vil tilførslen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser afhænger af, om der er tale om aktionæren, det indskydende selskab eller det modtagende selskab

4.3.4 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren

Der er ingen skattemæssige konsekvenser for aktionæren.

4.3.5 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Ved en skattefri tilførsel af aktiver, beskattes det indskydende selskab ikke, som ved afståelse af tilførte aktiver og passiver, da det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling. De aktier/anpartar det indskydende selskab modtager af det modtagende selskab, anses for erhvervet for det beløb, som svarer til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver, jf. FUSL § 15 d, stk. 4. Det indskydende selskabs tab eller fortjeneste ved tilførslen indgår ikke i det indskydende selskabs skattepligtige indkomst, såfremt tilførslen sker til et selskab i

Danmark eller et selskab i udlandet med fast driftssted eller ejendom i Danmark, jf. FUSL § 15 d, stk. 1.

4.3.6 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling, som nævnt ovenfor. Dette betyder, at det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling med hensyn til anskaffelsessum, anskaffelsestid og anskaffelsehensigt. Det modtagende selskab overtager således aktiverne med den latente avanceskat, som først udløses, når det modtagende selskab selv afstår aktiverne. Hvis aktiverne er afskrivningsberettiget får det, ved en senere afståelse, den konsekvens, at det modtagende selskab også bliver beskattet af genvundne afskrivninger foretaget hos det indskydende selskab.

4.4 Relevante domme og afgørelser på området

Som nævnt tidligere i afsnit 4.3.1, så er en af betingelserne i forbindelse en skattefri tilførsel af aktiver, at det indskydende selskab vederlægges i aktier eller anparter. Det betyder, at det modsat de øvrige omstrukturingsmodeller indebærer, at det ikke er tilladt at vederlægge det indskydende selskab med kontanter. Konsekvensen ved en kontant vederlæggelse er, at betingelsen hermed ikke ses overholdt, hvorfor tilførslen bliver skattepligtig. Som udgangspunkt er det relativt enkelt at fastslå, når der foreligger et kontant vederlag. Det er derimod mere kompliceret at afgøre, hvornår der foreligger et maskeret kontant vederlag.

Under C-321/05, Hans Markus Kofoed-sagen tilsluttede EU-domstolen sig generaladvokatens fortolkning af begrebet kontant udligningssum. Sagen handlede om hvorvidt en udbytteudlodning, fortaget få dage efter en skattefri aktieombytning, kunne kvalificeres som en kontant udligningssum. Kofoed-dommen dannede præcedens og Højesteret anvendte dommen, som retsgrundlag i SKM2011.501.HR, der handlede om skattefri tilførsel af aktiver.

4.4.1 SKM2011.501.HR

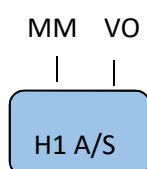
Denne sag handler om, hvorvidt skattemyndighederne med rette, havde tilbagekaldt en tidligere meddelt tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver med begrundelse i, at udbytteudlodningen skulle anses for at være et maskeret kontant vederlag, som er i strid med FUSL § 15 c, stk.2, 1.pkt.

Der har i sagen, inden den blev indbragt for Højesteret, været afsagt dom i Landskatteretten og Østre Landsret, hvor skattemyndighederne fik medhold i, at de med rette havde tilbagekaldt en tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver.

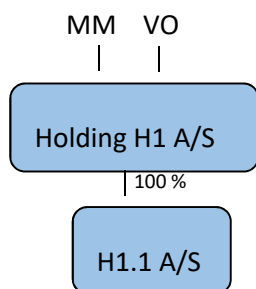
To aktionærer MM og VO, ansøgte i 1999 skattemyndighederne om tilladelse til at fortage en skattefri aktieombytning, hvor deres aktier i H1 A/S skulle indskydes som apportindskud i et nystiftet holdingselskab. Efter aktieombytningen skulle et canadisk selskab (G1 Inc) tilføje holdingselskabet 4 mio. CAD og samtidig tegne nye aktier for i alt 10 mio. CAD. Det blev oplyst, at såfremt der ses bort fra det kapitaltilskud på 10 mio. CAD, var den daværende kapital i H1 A/S værdiansat til 18 mio. CAD. Konsekvensen af dette ville være, at både holdingselskabet og G1 hver ejede 50 % af aktiekapitalen. Aktionærerne fik afslag på ansøgningen om skattefri aktieombytningen, da aktionærerne gennem den påtænkte aktionæroverenskomst, umiddelbart efter aktieombytningen, ville fraskrive sig stemmemajoriteten.

Senere i 1999 ansøgte de, da de havde fået afslag på en skattefri aktieombytning, i stedet om tilladelse til at foretage en skattefri tilførsel, hvor samtlige aktiver og passiver inkl. goodwill (- likvider på DKK 500.000), skulle overføres til et 100 % ejet datterselskab (H1.1 A/S), som kan illustreres således:

Før tilførsel af aktiver:

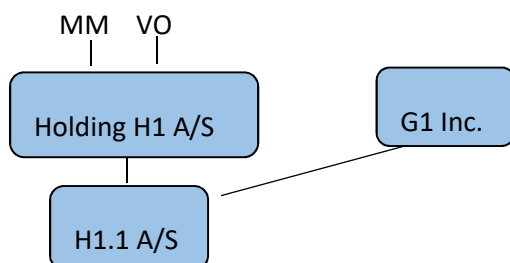


Efter tilførsel af aktiver:



Kilde: Egen tilvirkning

Efter tilførslen af aktiver er det påtænkt, at det canadiske selskab G1 Inc, vil stille en kapital på 63 mio. DKK til rådighed for H1.1 A/S i form af to kapitalforhøjelser, hvilket betyder, at G1 ved nr.2 kapitalforhøjelse opnår en ejerandel på 50 %. Dette kan illustreres således:



Kilde: Egen tilvirkning

I forbindelse med prisfastsættelsen skulle det aftales som et vilkår, at det canadiske selskab G1 Inc. først kan modtage udbytte fra H1.1 A/S, når der er blevet udloddet udbytte svarende til 4 mio. CAD til Holding H1 A/S.

Af ansøgningen fremgik det blandt andet, at det var af afgørende betydning for omstruktureringen, at der blev etableret et datterselskab, hvori der var mulighed for at optage en kapitalstærk partner. Hvis virksomheden skulle udvikle og styrke sin position inden for produkternes forretningsmåde, ville en yderligere kapital være en forretningsmæssig nødvendighed.

Den 3. juni 1999 gav skattemyndighederne tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver uden fastsættelse af særlige vilkår.

Den 8. juni 1999 overdrog H1 A/S aktiviteten i selskabet til H1.1 A/S ved skattefri tilførsel af aktiver med virkning fra 1. januar 1999. Ved den skattefri tilførsel af aktiver blev der tilført aktiver og passiver til en samlet værdi af 3.917.343 kr., og overkursen ved tilførslen udgjorde 3.417.343 kr. Af åbningsbalancen pr. 1. januar 1999 fremgår goodwill med 240.000 kr.

Den 8. juli bad selskabet H1.1 A/S skattemyndighederne om bindende svar på, om det fik nogle konsekvenser for den skattefrie tilførsel hvis H1.1, i stedet for kalenderårsregnskab, overgik til at følge G1 Inc. regnskabsår (1.oktober – 30. september). Skattemyndighederne meddelte den 8. juli, at omlægningen ikke ville få nogle konsekvenser for den skattefrie tilførsel.

Den 20. juli 1999 blev der foretaget en kapitaludvidelse i H1.1 A/S med nom. 499.000 kr. ved indskud af 9 mio. canadiske dollars fra det canadiske selskab C Inc. med overkurs på 42.723.000 kr. G1 Inc. opnåede ved kapitaludvidelsen 49,95 % ejerskab til H1.1 A/S.

Den 19. januar 2001 blev den anden kapitalforhøjelse foretaget i H1.1 A/S med nom. 1.000 kr. ved indskud af 5 mio. canadiske dollars fra G1 Inc med overkurs på 26.217.000 kr.

Ifølge H1.1 A/S første fremlagte regnskab udgjorde årets resultat efter skat 1.831.357 kr. (1.januar – 30 september 1999).

Det blev på generalforsamling i H.1.1 A/S, den 23. december 1999, besluttet at udlodde et beløb på 19.265.200 kr. til den indskydende selskab H1 A/S. Det fremgik af H1.1 A/S's regnskab pr. 31. oktober 1999, at der fra overkursen ved kapitalforhøjelsen er overført 19.265.200 kr. til andre reserver, hvilket beløb udloddes til det indskydende selskab i tilførslen, H1 A/S.

Skattemyndighederne tilbagekaldte tilladelsen til skattefri tilførsel af aktiver, idet de anså udbyttelodningen på 19.265.200 kr. for at være i strid med forbuddet om kontant vederlæggelse i FUSL § 15 c, stk.2. Konsekvensen heraf var, at skattemyndighederne i stedet anså den foretagne skattefri tilførsel af aktiver som en skattepligtig virksomhedsoverdragelse. Skattemyndighedernes begrundede afgørelsen ud de følgende forhold:

- at det i henhold til FUSL §15 c, stk.2, 1.pkt, er en betingelse for at anvendelse af FUSLs regler, at der ved tilførslen ikke sker kontant vederlæggelse til det indskydende selskab.
- at der i denne sag, efter første regnskabsår, udloddes 19.265.200 kr. i udbytte til det indskydende selskab
- at det udloddede udbytte stammer fra overkursen på den kapitalforhøjelse, der blev foretaget i juli 1999
- at værdien af den tilførte virksomhed inkl. goodwill i væsentlig grad overstiger de regnskabsførte værdier på 3.917.343, da der på ansøgningstidspunktet forelå en aftale med G1 A/S, om at de, i alt, skulle indskyde ca. 60 mio. kr. i det modtagende selskab.
- at udbytteudlodningen tidsmæssigt sker i nær tilknytning til den gennemføre skattefrie tilførsel af aktiver.
- at udbytteudlodningen ikke står i forhold til det modtagende selskabs (H1.1 A/S) driftsresultat i det første regnskabsår.
- at udlodningen på 19.265.200 kr. til det indskydende selskab, med henvisning til SKM2001.341.TSS og SKM2001.342.TSS, kan sidestilles med et kontantvederlag, som er i

strid med FUSL § 15 c, stk.2, 1. pkt. Dette understøttes af, at det modtagende selskab vælger at udlodde et beløb på knap 19.3 mio. kr. til trods for, at de i ansøgningen skrev, at en yderligere kapital var nødvendig, hvis virksomheden skulle udvikle og styrke sin position inden for de nævnte forretningsområder.

Af SKM2011.501.HR fremgår det, at appellanten H1 A/S har gentaget sine påstande. Det fremgår af den tidligere afsagte dom SKM.2009.91ØRL, at H1 A/Ss påstande er følgende:

- Det indskydende selskab har kun modtaget aktier i overensstemmelse med FUSL § 15 c, stk. 2, 1. pkt. Registreret aktiekapital kan ikke i denne sag omkvalificeres til et pengevederlag, uden lovhjemmel eller vilkår herom i tilladelsen.
- Det er ikke overkursen ved stiftelsen den 8. juni 1999, der udloddes, men værdier som følge af kapitalforhøjelsen fra G Inc. den 20. juli 1999.
- Der er ikke forvaltningsretlig hjemmel til at tilbagekalde tilladelsen til skattefri tilførsel af aktiver, da selskaberne har handlet i tillid til denne.
- Det udbytte, det indskydende selskab modtog, var en integreret del i den samlede transaktion og dette var oplyst skattemyndighederne i foråret 1999, uden at dette gav anledning til fastsættelse af vilkår, bemærkninger eller spørgsmål.
- Det fremgår af et internt notat fra skattemyndighederne, at et efterfølgende udbytte ikke var i strid med FUSL § 15 c, stk. 2. Størrelsen af udbyttet – CAD 4 mio. er oplyst. De har ønsket at udnytte denne fortrinsret. Men hvis selskabet var blevet bekendt med skattemyndighedernes opfattelse og praksis, ville udlodningen under ingen omstændigheder have fundet sted.
- Det findes ubegrundet, at udlodningen ud fra en tidsmæssig betragtning, er i strid med FUSL § 15 c, stk.2
- Det findes besynderligt, at praksis lægger vægt på, om udlodningen finder sted før eller efter 1,5 år efter tilførslen. Der henvises i denne forbindelse til Tfs 2002, 283 og Tfs 2002, 859. Ligeledes henvises der til Leur- Bloem dommen, hvor det er fastslået, at hver sag skal vurderes konkret, og at generelle tidsfrister ikke kan anvendes i bedømmelsen om, hvorledes et forhold er omfattet af FUSL eller ej.

- I SKM.2003.228 LSR, som ligger til grund for administrativ praksis, er det slået fast, at det afgørende er, om der sker udlodning af overkursen fra stiftelsen, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.

Retsgrundlaget: Kofoed-sagen

Skattemyndighedernes tilladelse til en skatteskattefri tilførsel af aktiver, blev meddelt i medfør af FUSL § 15 c. Definitionen af en skattefri tilførsel af aktiver i FUSL § 15 c, stk.2, 1.pkt. har samme ordlyd som fusionsskattedirektivets artikel 2, litra c.

I 2007 i sag C-32-I/05 (Kofoed-sagen) tog EU-domstolen stilling til forståelsen af fusionsskattedirektivets bestemmelser om aktieombytning i artikel 2, litra d. I Kofoed-sagen kom generaladvokaten i punkterne 44-47, 52 og 53 med en udtalelse om, hvordan begrebet kontant udligningssum skal forstås. En udtalelse, som EU-domstolen tilsluttede sig i dommen. Af dommen fremgår det blandt andet:

28 ... *"at begrebet kontant udligningssum omfatter pengeydelse, der har karakter af en egentlig modydelse til gengæld for erhvervelsen, dvs. ydelse som er bindende aftalt som et tillæg til selskabsandelene i det erhvervende selskab, uafhængigt af de eventuelle motiver for transaktionen.*

29 ... *"den kontante udligningssum og erhvervelsen er led i en og samme transaktion*

30 ... *"den fælles beskatningsordning i direktiv 90/434 finder anvendelse uden forskel på samtlige transaktioner vedrørende fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, uanset om begrundelsen for transaktionen måtte være finansiel, økonomisk eller rent skattemæssig (jf. dom af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. 1, s. 4161, præmis 36)."*

31... *"En pengeydelse, som et erhvervende selskab erlægges til selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab, kan ikke alene på grund af en vis tidsmæssig eller anden form for forbindelse med erhvervelsen eller en eventuel svinagtig hensigt, kvalificeres som en "kontant udligningssum". Det er derimod nødvendigt at undersøge i hvert enkelt konkret tilfælde, om den omhandlede ydelse,*

henset til samtlige foreliggende omstændigheder, har karakter af en bindende aftalt modydelse, som skal erlægges til gengæld for erhvervelsen.”

Højesterets begrundelse og resultat

Højesteret stadfæstede Østre Landsrets dom, hvilket betød, at skattemyndighederne blev frifundet. Det vil sige, at skattemyndighederne med rette havde tilbagekaldt en tidligere meddelt tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver med begrundelse i, at udbytteudlodningen skulle anses for at være et maskeret kontant vederlag, som er i strid med FUSL § 15 c, stk.2, 1.pkt.

Højesteret fandt, at afgørelsen om hvorvidt udbytteudlodningen i denne sag, skulle betragtes som et kontant vederlag, skulle ske i overensstemmelse med EU-domstolens præmisser i Kofoed-sagen. Højesteret fandt på baggrund af Kofoed-sagen derfor, at det var af afgørende betydning, om udlodningen var bindende aftalt som et tillæg til den modydelse der bestod i selskabsandele i det modtagende selskab. For at tage stilling til om udlodningen var bindende aftalt som et tillæg, skulle højesteret derfor lave en samlet bedømmelse af alle de foreliggende omstændigheder i sagen.

Højesteret kom, efter en samlet bedømmelse af de foreliggende omstændigheder i sagen, frem til, at der var en bindende aftale mellem H1 A/S og G1 Inc. om en samlet plan for forløbet af den planlagte tilførsel af aktiver og den efterfølgende kapitalforhøjelse til H1.1 A/S. Højesteret fandt, at udlodningen på de 4 mio. CAD udgjorde en del af den aftale modydelse for H1 A/S' tilførsel af aktiver. Højesteret lagde blandt andet vægt på:

- at det fremgik af den oprindelige ansøgning om aktieombytning, at G1 skulle indskyde ny kapital i H1 A/S og samtidig betale 4 mio. CAD til det nystiftet holdingselskab, for at erhverve 50 % af kapitalen.
- at, det fremgik af H1 A/S's ansøgning om skattefri tilførsel af aktiver, at det var aftalt med G1 Inc. som et vilkår i forbindelse med prisfastsættelsen, at G1 Inc. kunne erhverve en ejerdel på 50 % og at G1 Inc. først skulle modtage udbytte, når der var udloddet udbytte, svarende til 4 mio. CAD.

- at der var en tidsmæssig sammenhæng mellem den skattefrie tilførsel af aktiver og udlodningen af de 4 mio. CAD i udbytte og at der samtidig ikke var nogen driftsmæssig basis for udlodningen.

Dog fandt Højesteret ikke, at skattemyndighederne havde grund til at antage, at den beskrevne udlodning ville ske på grundlag af kapitalforhøjelsen og ikke på grundlag af et driftsmæssige overskud.

4.5 Opsummering og perspektivering

Et selskab kan vælge at fortage en skattepligtig tilførsel af aktiver, som udløser afståelsesbeskatning hos det indskydende selskab eller en skattefri tilførsel af aktiver, som udskyder beskatningen til det tidspunkt, hvor det indskydende selskab afstår de aktier/anparter, som det har modtaget af det modtagende selskab.

Der er i meget få tilfælde incitament til at lave en skattepligtig tilførsel af aktiver, da FUSL § 15 c og d giver mulighed for en skattefri tilførsel af aktiver. Dog vil der eksempelvis i en situation, hvor det indskydende selskab har et underskud på ex. 10 mio. kr. som følge af et tidligere salg være et incitament til at anvende en eventuel avance på ex. 5 mio. kr. som opnås ved tilførsel af aktiver til et andet selskab. Herved får det indskydende selskab anvendt det tidligere underskud.

Hvis selskabet vælger en skattefri tilførsel af aktiver, skal der tages stilling til, om der skal søges tilladelse til ombytningen hos skattemyndighederne, eller om ombytningen i stedet skal foretages efter de objektive regler i FUSL § 15 c og d.

Vælges en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, skal selskabet være opmærksom på, at der i FUSL 15 c, stk. 1, 5. pkt. er et holdingkrav på 3 år, som udover de definatoriske betingelser, skal være opfyldt, for at tilførslen kan ske skattefrit. Vælger selskabet derimod, at ansøge SKAT om tilladelse til den skattefrie tilførsel, så skal selskabet være opmærksom på kravet om de forretningsmæssige gyldige årsager og i deres ansøgning sørge for at underbygge de forretningsmæssige årsager med konkrete og aktuelle planer. Kravet om de forretningsmæssige gyldige årsager er behandlet under skattefri aktieombytning, og vil derfor ikke blive yderligere uddybet her.

I dommen SKM2011.501.HR er der taget stilling til, hvordan et maskeret kontant vederlag, som er i strid med det kontante vederlagsforbud i de objektive regler, skal defineres og vurderes.

Der kan, på baggrund af dommen konkluderes at bedømmelse af, om der er tale om maskeret kontant vederlag i forbindelse med en skattefri tilførsel af aktiver, skal ske i overensstemmelse med Kofoed-sagen. Kofoedsagen handler om skattefri aktieombytning, men Højesteret fandt, at dommen også finder anvendelse på skattefri tilførsel af aktiver.

Domstolen fastslog i Kofoedsagen, at vurderingen af, om der er tale om en kontant udligningssum, skal ske ud fra flere kriterier. For det første skal det vurderes, om der er tale om en ydelse, som er bindende aftalt som et tillæg til aktierne i det modtagende selskab. Der skal i denne vurdering ikke lægges vægt på eventuelle motiver for transaktionen. Herefter er det et krav, at den kontante udligningssum og erhvervelsen er led i samme transaktion. Derudover kan en pengeydelse ikke kvalificeres som en kontant udligningssum, alene ud fra et tidsmæssigt perspektiv. Her er det nødvendigt at undersøge om den pågældende ydelse, på baggrund af samtlige foreliggende omstændigheder, har karakter af en bindende aftalt modydelse, som skal tillægges til gengæld for erhvervelsen.

Hvis det vurderes, at der er tale om en maskeret kontant vederlag, vil det få den konsekvens, at den skattefri tilførsel, at skattemyndighederne anser transaktionen som en skattepligtig virksomhedsoverdragelse og derfor enten afviser at give tilladelse eller tilbagekalder tilladelsen.

5. Spaltning

I dette afsnit vil der først være en generel beskrivelse af spaltning af selskaber for at skabe forståelse for, hvad der organisatorisk sker, når selskaber/aktionærer vælger at benytte denne omstruktureringsmodel. Herefter vil det skatteretlige lovgrundlag omkring spaltning blive analyseret for at finde frem til, hvilke krav og betingelser et selskab skal opfylde i forbindelse med en spaltning, og hvilke skattemæssige konsekvenser spaltningen medfører.

Da det som tidligere nævnt kan være vanskeligt, dels at forstå meningen med en betingelse, og dels at anvende en betingelse på en foreliggende problemstilling i praksis, har nogle af betingelserne for en skattefri spaltning tidligere givet anledning til retslige tvister. Derfor vil udvalgte relevante domme, afgørelser og udtalelser herefter blive analyseret og fortolket, med henblik på at finde frem til, hvordan en udvalgt betingelse skal fortolkes. Til sidst vil afsnittet blive afsluttet med en opsummering og perspektivering.

5.1 Generelt om spaltning

En spaltning er karakteriseret ved at et selskab spaltes op i to selskaber (ophørsspaltning), eller at en gren af et selskab spaltes fra og denne del overdrages til et andet selskab (grenspaltning). FUSL § 15 a, stk. 2 definerer spaltning således:

” 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”.

Der er således to metoder, hvorpå et selskab kan omstruktureres efter fusionsskattelovens § 15 a, stk. 2. Et selskab, der har to forskellige aktiviteter, kan eksempelvis spalte disse to aktiviteter ud i to nye modtagende selskaber, hvorved det indskydende selskab ophører (ophørsspaltning). Ligeledes kan et selskab nøjes med kun at spalte en aktivitet ud til et modtagende selskab, hvorved det indskydende selskab bibeholdes (grenspaltning).

5.1.1 Grenspaltning

FUSL § 15 a, stk. 3 henviser med hensyn til grenkravet til FUSL § 15 c, stk. 2, der definerer en gren af en virksomhed således:

”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.”

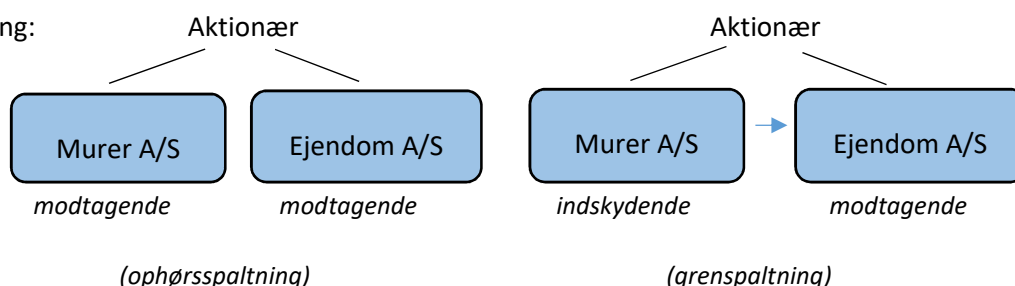
Det vil sige, at den ene betingelse for at der er tale om en gren af en virksomhed, er, at den skal udgøre en selvstændig bedrift. Den anden betingelse er, at den skal kunne fungere ved hjælp af egne midler. Hvis ikke begge betingelser er opfyldt, er der ikke tale om en gren af en virksomhed, hvilket betyder at en grenspaltning ikke er mulig.

Eksempler på ophørs- og grenspaltning:

Før spaltning:



Efter spaltning:



Kilde: Egen tilvirkning

I eksempel 1 ses hvordan en aktionær kan spalte hele det eksisterende selskab ud i to modtagende selskaber, så det oprindelige selskab ophører. I eksempel 2 ses hvordan en aktionær kun spalter en gren af det samlede selskab ud i et nyt modtagende selskab og på den måde bevarer det oprindelige selskab.

Det er ikke et krav, at de modtagende selskaber skal være nystiftet selskaber, hvilket betyder, at spaltningen kan ske til eksisterende selskaber. Ligeledes er det ved en ophørsspaltning ikke et krav, at de udspaltede aktiver skal udgøre en virksomhedsgren.

Umiddelbart minder en spaltning og tilførsel af aktiver om hinanden. Men ved en spaltning tilfalder vederlaget det indskydende selskabs aktionærer og ikke det indskydende selskab, som er

tilfældet ved en tilførsel af aktiver. Det indskydende selskabs aktionærkreds kan bestå af såvel fysiske personer som juridiske personer, og der kan være tale om en eller flere aktionærer.

Der kan være flere årsager til at et selskab spaltes. Der kan eksempelvis være tale om et driftsselskab, som har 3 forskellige aktiviteter, hvoraf den ene aktivitet er mere risikofyldt end de to andre. Den risikofyldte aktivitet ønskes derfor spaltet ud til et søsterselskab. Ophørsspaltning ses også ofte i sammenhæng med en aktieombytning, hvor der er to aktionærer, som, i stedet for et samlet holdingselskab, ønsker hvert sit holdingselskab, som de kan disponere over. Der kan ligeledes være tale om et forestående generationsskifte, hvor aktionær A (far) sammen med aktionær B (søn 1) og aktionær C (søn 2) via hvert sit holdingselskab ejer driftsselskabet Murer og Tømrer A/S. Faderen ønsker at udtræde, da han har nået pensionsalderen, og sønnerne ønsker at ophørsspalte driftsselskabet, så de får hver deres selskab (Murer A/S, Tømrer A/S). Ved at foretage en ophørsspaltning kan faderens holdingselskab vederlægges alene med kontanter, og sønnerne kan få hver deres selskab.

En spaltning kan foretages enten skattepligtigt eller skattefrit, hvor den skattefrie spaltning kan foretages med eller uden tilladelse fra SKAT.

5.2 Skattepligtig spaltning

Da der her er tale om en skattepligtig spaltning, som ikke følger fusionsskatteloven, er der ikke noget krav om, at spaltningen skal udgøre en gren af en virksomhed. Dette betyder, at en virksomhed kan nøjes med at spalte en del af en gren fra, hvilket ikke er muligt ved en skattefri grenspaltning i henhold til fusionsskatteloven.

Ved en skattepligtig tilførsel af aktiver er det muligt at lave tilførslen med tilbagevirkende kraft i henhold til SEL § 4, stk. 5. Dette er ikke muligt ved en skattepligtig spaltning, hvilket betyder at spaltningen først gælder fra spaltningdatoen.

Idet der er tale om en skattepligtig spaltning, vil spaltningen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser afhænger af, om der er tale om det indskydende selskab, det modtagende selskab eller aktionæren.

5.2.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren

Hvis en aktionær, ved en ophørsspaltning, kun modtager aktier i det modtagende selskab eller kun modtager en kontant udligningssum, så anses aktierne i det indskydende selskab for afstået, og beskatningen sker derfor efter de almindelige regler i ABL på baggrund af handelsværdien af kapitalandelene i det indskydende selskab. Her er det værd at bemærke, at hvis aktionæren er et selskab og aktierne i det indskydende selskab er koncernselskabsaktier, datterselskabsaktier eller skattefrie porteføljeaktier, sker der ikke beskatning.

Hvis aktionæren ud over aktier vederlægges med en kontant udligningssum, bliver den kontante udligningssum betragtet som udbytte, jf. SEL§ 2D, stk.4. Udbyttebeskatningen er generel og gælder derfor for alle aktionærene i det indskydende selskab, hvilket vil sige både fysiske personer og juridiske, uanset om aktionæren er fuldt eller begrænset skattepligtig af udbytte jf. Den Juridiske vejledning 2016-2 C.D.6.1.7.

Ved en grenspaltning bliver det indskydende selskab ikke opløst, og aktionæren vil derfor fortsat besidde det samme antal aktier/anpartar, som før spaltningen, hvorfor der ikke sker en afståelsesbeskatning. Derimod vil aktionæren, som fysisk person, blive udbyttebeskattet af værdien af de udspaltede aktiver og passiver, jf. LL 16A.

5.2.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Hvis det indskydende selskab ophører (ophørsspaltning) ved spaltningen, bliver det skatteretligt ligestillet med en likvidation og bliver derfor likvidationsbeskattet. Det bliver afståelsesbeskattet af aktiver og passiver, hvorefter det likvideres og likvidationsbeskattes. Hvis det indskydende selskab derimod udspalter en gren af en virksomhed (grenspaltning), vil det blive betragtet som et almindelig salg og følger derfor skattelovens almindelig regler om aktieavancebeskatning.

5.2.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

De aktiver og passiver, der er modtaget i det modtagende selskab, anses for anskaffet til handelsværdi på spaltningstidspunktet og danner grundlaget for anskaffelsestallet og derved en opskrivning af afskrivningsgrundlaget.

5.3 Skattefri spaltning

Fusionsdirektivet, som er inkorporeret i dansk ret ved FUSL §§ 15 a og 15 b, giver mulighed for en skattefri spaltning af selskaber.

Der er, ligesom ved aktieombytning og tilførsel af aktiver, nogle definatoriske betingelser som selskaberne skal opfylde for at foretage en skattefri spaltning. Disse betingelser er gældende for skattefri spaltning med tilladelse og skattefri spaltning uden tilladelse, ligesom de er gældende for både ophørsspaltning og grenspaltning. Der er i henhold til grenspaltning yderligere krav, som skal være opfyldte, for at den kan foretages skattefrit.

5.3.1 Definatoriske betingelser for at foretage en skattefri spaltning

Ved en skattefri spaltning er der nogle definatoriske betingelser, som selskaber skal opfylde for at kunne foretage en skattefri spaltning. Disse betingelser er gældende for både skattefri spaltning med tilladelse og skattefri spaltning uden tilladelse og behandles derfor i det følgende under ét

- A. For at kunne lave en skattefri spaltning efter reglerne i FUSL § 15 b, stk. 2, skal både det indskydende og det modtagende selskab være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF. Derudover skal det ikke skattemæssigt ses som en transparent enhed her i Danmark, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 1. pkt.
- B. Det indskydende selskab skal overføre en del af eller samtlige aktiver og passiver til et eller flere eksisterende selskaber/ nye selskaber og tildele sine selskabsdeltagere aktier/anparter og evt. en kontant udligningssum. Det er ydermere en betingelse, at de aktier/anparter og evt. kontant udligningssum selskabsdeltagerne modtager skal være i forhold til deres ejerandel, jf. FUSL § 15 a, stk. 2.
- C. Spaltningsdatoen skal som hovedregel være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår, jf. FUSL § 15 b, stk. 2 (som henviser til FUSL § 5, stk. 1). Men hvis spaltningen medfører en ændring i de deltagende selskabers koncernforhold, skal skæringsdatoen i stedet være den dato, hvor koncernforbindelsen enten er ophørt eller etableret, jf. FUSL § 15 b, stk. 2, som henviser til FUSL 5, stk. 3.

- D. Hvis der er tale om en grenspaltning og ikke en ophørsspaltning, er det yderligere et krav at de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab/ de modtagende selskaber, skal udgøre en gren af en virksomhed, jf. FUSL § 15 a, stk. 3.

Ad A) Det indskydende og det modtagende selskab være omfattet af begrebet selskab

Denne betingelse er blevet gennemgået i afsnit 3.3.1 og der henvises derfor dertil for en uddybning.

Ad B) Vederlag i aktier/anparter og evt. en kontant udligningssum

Som nævnt er det en betingelse, at det indskydende selskab overfører en del af eller samtlige aktiver og passiver til et eller flere eksisterende selskaber og tildeler sine selskabsdeltagere aktier/anparter og evt. en kontant udligningssum. Her er det værd at bemærke, at hvis der er tale om mere end en aktionær, er det ikke en betingelse, at alle aktionærer vederlægges med aktier. Det er kun en betingelse, at mindst en aktionær skal modtage mindst en kapitalandel i det modtagende eller en kapitalandel i hver af de modtagende selskaber. Det vil sige, at det er valgfrit, hvor stor en del der kan vederlægges med aktier og hvor stor en del der kan vederlægges med kontanter. Eksempelvis vil det være muligt for en aktionær (hvis der er flere end en), kun at modtage vederlæggelse i form af kontanter.

At de akter/anparter og evt. kontant udligningssum, som selskabsdeltagerne modtager, skal være i forhold til deres ejerandel betyder, at hvis en aktionær ejer 33 % af kapitalen i det indskydende selskab, så skal han modtage aktier/anparter og evt. en kontant udligningssum, der svarer til værdien af de 33 % i aktier, hvis det indskydende selskab ophørsspalttes. Hvis eksempelvis der er tale om to aktionærer, hvor aktionær A ejer 60 % af kapitalen og aktionær B ejer 40 % kapitalen af et holdingselskab, der ønsker at ophørsspalte holdingselskabet, så de får hvert sit holdingselskab, så skal aktionær A modtage aktier og evt. en kontant udligningssum, svarende til hans ejerandel på 60 % og aktionær B skal modtage tilsvarende 40 %.

Ad C) Spaltningsdatoen

Som nævnt ovenfor skal spaltningsdatoen som hovedregel være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Her er det vigtigt at bemærke, at dette ikke er gældende, hvis et koncernforhold ophører eller bliver etableret ved spaltningen, jf. FUSL §

5, stk. 3. Det vil sige, at sambeskatningsreglerne har forrang i forhold til fusionskattelovens regler, og der bør derfor altid ske en vurdering af de beskatningsmæssige effekter efter SEL § 31, før spaltningen gennemføres¹⁸.

Ad D) Særligt om grenspaltning

Kravet i FUSL 15 a, stk. 3, om at de aktiver og passiver, der overføres til et modtagende selskab skal udgøre en gren af en virksomhed, er det samme krav, som er gældende for skattefri tilførsel af aktiver, jf. FUSL §15 c, stk.2.

Fusionskattelovens § 15 c, stk. 2, 2. pkt. defineres en gren af en virksomhed således:

” 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. ”

At der skal være tale om en samlet enhed, som kan fungere ved hjælp af egne midler betyder, at enheden ikke må være afhængig af det indskydende selskab for at fungere. Ligeledes må det ikke være afhængig af finansiering fra det indskydende selskab for at fungere. Et eksempel herpå er, at det indskydende selskab i forbindelse med spaltningen/tilførslen ikke må stille garanti over for det modtagende selskabs bankgæld. I praksis kan det godt give problemer med kreditorerne i det indskydende selskab, da de jo ved tilførslen vil få en anden debitor (det modtagende selskab).

5.3.2 Subjektiv betingelse for en skattefri spaltning

Hvis der søges tilladelse til en skattefri spaltning, er det, ligesom ved de to forrige omstruktureringsmodeller, en betingelse at spaltningen er forretningsmæssigt begrundet, jf. fusionsdirektivets artikel 15, stk. 1, litra a. Hvis spaltningen ikke er forretningsmæssigt velbegrundet og ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager, indikerer dette, at formålet eller et af formålene med spaltningen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse, hvorfor SKAT ikke godkender ansøgningen, jf. Den Juridiske vejledning 2016-1, C.D.6.3.4.

¹⁸ Serup, Michael: *Fusionskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 536

Ligeledes kan SKAT fastsætte særlige vilkår for tilladelsen, jf. FUSL § 15 a, stk.1. Eksempelvis hvis en tilladelse muliggør en skatteunddragelse, så kan SKAT stadig give tilladelsen, såfremt der tilføjes nogle særlige vilkår, som skal overholdes for at tilladelsen er gældende, jf. Leur-Bloem-dommen.

Hvis ikke selskabet kan opfylde betingelsen om en forretningsmæssig gyldig årsag, så kan selskabet foretage en skattefri tilførsel uden tilladelse, hvor værnreglerne for denne gennemgås i det efterfølgende afsnit.

5.3.3 Objektive betingelser for en skattefri spaltning

Hjemlen til at selskaber kan foretage en skattefri spaltning uden tilladelse findes i FUSL § 15 a, stk. 1, 4. pkt. Hvis ikke selskabet har en forretningsmæssig gyldig årsag og derfor søger SKAT om tilladelse til at foretage en skattefri spaltning, er der, ligesom ved de to øvrige omstrukturingsmodeller, nogle objektive betingelser, som skal overholdes for at sikre at spaltningen ikke har skatteundgåelse eller skatteunddragelse til formål:

- A. Selskaber, som efter spaltningen ejer mere end 10 % af kapitalen eller skattefri porteføljeaktier i et af de deltagende selskaber, må i en periode på 3 år efter spaltningen ikke afstå aktier i det eller de pågældende selskaber (holdingkrav), jf. FUSL 15 a, stk. 1, 5. pkt.
- B. Værdien af aktier/anpartar og evt. en kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 2. pkt.
- C. Forholdet mellem aktiver og forpligtigelser, der overføres til det eller de modtagende selskaber, skal svare til forholdet mellem aktiver og passiver i det indskydende selskab, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt.
- D. Der må ikke tildeles kontant vederlag til selskaber, der ejer mere end 10 % af kapitalen i det indskydende selskab, eller hvis aktier er omfattet af definitionen af koncernselskabsaktier i ABL § 4 B eller hvis det er omfattet af definitionen af skattefri porteføljeaktier i ABL § 4 C, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 4. pkt.

Ad A) Holdingkravet

Holdingkravet på 3 år for selskaber, der ejer mere end 10 % af kapitalen eller skattefri porteføljeaktier, gælder ikke, hvis aktierne afstås i forbindelse med en efterfølgende skattefri

omstrukturering, hvis der ved denne omstrukturering kun vederlægges med aktier. Holdingkravet for den resterende holdingperiode overføres i stedet til de modtagne vederlagsaktier jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 6. og 7. pkt. Her er det værd at bemærke, at der er mulighed for, at aktierne i et selskab både kan være omfattet af holdingkravet fra den skattefrie spaltning uden tilladelse og samtidig være omfattet af holdingkravet fra den efterfølgende skattefrie omstrukturering. Det betyder, at hvis det første holdingkrav vedrørende spaltning ikke bliver overholdt, vil begge skattefrie omstruktureringer blive skattepligtige.

Grunden til at der er dette holdingkrav for selskaber, er fordi, at selskaber der ejer mere end 10 % af kapitalen dagen efter spaltningen, vil kunne sælge aktier/anparterne skattefrit.

Ad B) Handelsværdi

De aktier/anparter der spaltes ud til det eller de modtagende selskaber skal opgøres til handelsværdi. At aktierne/anparterne skal opgøres til handelsværdi, betyder, at prisen på aktierne/anparterne skal svare til, hvad de kan sælges for til en tredjemand, jf. LL § 2, stk.1. Hvis prisen på aktierne/anparterne ikke svarer til handelsværdien, vil denne betingelse ikke anses for overholdt, og konsekvensen er, at spaltningen vil blive skattepligtig.

Ad C) Forholdet mellem aktiver og forpligtigelser

At forholdet mellem aktiver og forpligtigelser, der overføres til det eller de modtagende selskaber, skal svare til forholdet mellem aktiver og passiver i det modtagende selskab, betyder, at der ikke må ske en forrykkelse af forholdet mellem aktiver og forpligtigelserne mellem de deltagende selskaber. Hvis et selskab, der ophørsspaltes til to nye selskaber har et forhold på 100:40 (aktiver/forpligtigelser), skal de aktiver og forpligtigelser der spaltes ud ligeledes have et forhold på 100:40 i begge de nye selskaber. Dette kan i praksis være en udfordring, da, to aktiviteter i et selskab sjældent har samme forhold mellem aktiver og forpligtigelser. Denne udfordring kan eventuelt løses ved at optage lån for på den måde at lave balancetilpasning.

Her er det ligeledes vigtigt at sikre sig, at værdiansættelsen er korrekt. For hvis værdiansættelsen er forkert, kan det medføre, at forholdet mellem aktiver og forpligtigelser ikke opfylder denne betingelse, og dermed bliver spaltningen skattepligtig. For at sikre sig, at værdiansættelsen er korrekt, kan det være en god ide at bede Skatterådet om et bindende svar. Her er det dog vigtigt at bemærke, at reglerne omkring bindende svar fra Skatterådet på værdiansættelse af aktiver blev ændret i 2015 som en del af skattelypakken. Konsekvensen af denne ændring betyder, at et

bindende svar fra Skatterådet ikke nødvendigvis er bindende. Hvis det efterfølgende viser sig, at aktivets værdi var 30 % større eller mindre end beløbet i det bindende svar, og at afvigelsen udgør mindst 1 mio. kr., er det bindende svar ikke bindende, jf. Skatteforvaltningsloven § 25. Ligeledes er det værd at bemærke, at et bindende svar på et aktivs værdi kun er gældende i 6 mdr., jf. Skatteforvaltningsloven § 25.

Betingelsen om forholdet mellem aktiver og forpligtigelser skal sikre, at et selskab, i stedet for et skattepligtigt salg af en virksomhed, ikke vælger at spalte denne virksomhed fra og samtidig overfører forpligtigelser med over til det eller de modtagende selskaber i et forhold, der overstiger forholdet mellem det indskydende selskabs aktiver og forpligtigelser.¹⁹ Hvis eksempelvis det indskydende selskab spalter en virksomhed ud (grenspaltning), hvor forholdet aktiverne og forpligtigelserne er 100:80 og det indskydende selskabs forhold mellem aktiver og forpligtigelser er 100:40, vil den skattemæssige avance ved salg af de aktier/anparter, som det indskydende selskab har modtaget i det eller de modtagende selskab, være reduceret.

Ad D) Ingen kontantvederlæggelse for selskaber.

Der må ikke tildeles kontant vederlag til selskaber, der ejer mere end 10 % af kapitalen i det indskydende selskab, eller hvis aktier er omfattet af definitionen af koncernselskabsaktier i ABL § 4 B eller hvis det er omfattet af definitionen af skattefri porteføljeaktier i ABL § 4 C. Denne bestemmelse skal modvirke, at et selskab via skattefri spaltning, kan afstå en virksomhed skattefrit²⁰.

5.3.4 Forbud mod spaltning

Udover de ovennævnte betingelser indeholder FUSL § 15 a, stk. 1, 8.-10. pkt. nogle forbud, som gør, at en skattefri spaltning uden tilladelse i nogle tilfælde ikke er mulig. Det er ikke muligt at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse hvis:

1. ... det indskydende selskab har mere end en selskabsdeltager, og hvis en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år uden at have råderet over flertallet af stemmerne og samtidig er, eller ved spaltningen bliver selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de tilsammen råder over flertallet af stemmerne, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt.

¹⁹ Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 473

²⁰ Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 478

Dette forbud har til formål at forhindre, at aktiver afstås skattefrit til en ny minoritetsaktionær i det indskydende selskab²¹.

2. ... der ved en grenspaltning, vederlægges med andet end aktier i det eller de modtagende selskaber til næringsbeskattede, der kan modtage skattefrit udbytte, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 9. pkt.

Dette forbud skal forhindre at næringsbeskattede, kan anvende skattefri spaltning uden tilladelse til at konvertere en skattepligtig fortjeneste på aktier til et skattefrit udbytte²².

3. ... majoritetsaktionæren er hjemmehørende udenfor EU, EØS eller i en stat, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 10. pkt.

Dette forbud skal forhindre en omgåelse af den danske kildebeskatning²³

Idet der er tale om en skattefri tilførsel af aktiver, vil tilførslen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser afhænger af, om der er tale om aktionæren, det indskydende selskab eller det modtagende selskab.

5.3.5 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren

Hvis det indskydende selskab ophører ved spaltningen (ophørsspaltning), anses de aktier/anparter, som aktionæren modtager i de modtagende selskaber som vederlag for aktierne/anparterne i det indskydende selskab, for at have samme anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum som de aktier, aktionæren havde i det indskydende selskab, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 5. pkt., som henviser til FUSL § 11. Det vil sige, at der sker succession i det omfang der modtages aktier/anparter. Hvis aktionæren ud over aktier vederlægges med en kontant udligningssum, anses dette som udbytte og bliver derfor udbyttebeskattet, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 3. pkt., som henviser til FUSL § 9.

Hvis aktionæren kun vederlægges med en kontant udligningssum og ikke efter spaltningen ejer aktier i det indskydende selskab, det eller de modtagende selskaber eller hermed forbundne selskaber (dvs. i koncernen), vil den kontante udligningssum blive behandlet som aktieafståelse efter de almindelige regler i ABL, og vil derfor udløse aktieavancebeskatning.

²¹ Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 451

²² Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 455

²³ Serup, Michael: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4.udgave 2012, side 455

Ophører det indskydende selskab ikke ved spaltningen (grenspaltning), anses de aktier/anpartar aktionæren modtager i det eller de modtagende selskaber for at være anskaffet på samme tidspunkt, som de aktier, aktionæren har i det indskydende selskab, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 6.pkt. Det vil sige, at der sker succession i det omfang, der modtages aktier. Hvis aktionæren vederlægges med en kontant udligningssum, anses dette som udbytte og bliver derfor udbyttebeskattet, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 3. pkt., som henviser til FUSL § 9.

5.3.6 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Ophører det indskydende selskab ved den skattefrie spaltning (ophørsspaltning), sker der ikke beskatning af de aktiver og passiver, der overføres til det eller de modtagende selskaber, jf. FUSL § 15 b, stk. 2, 2. pkt. som henviser til FUSL § 7, stk. 1.

Ophører det indskydende selskab ikke ved den skattefrie spaltning (grenspaltning), sker der ikke avancebeskatning af de aktiver og passiver, der overføres til det eller de modtagende selskaber, hvis aktiverne og passiverne overføres til et her i landet modtagende selskab, eller hvis aktiverne og passiverne overføres til et udenlandsk selskab med fast driftssted eller ejendom her i landet, jf. FUSL § 15 b, stk. 2, 3. pkt.

5.3.7 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Det eller de modtagende selskaber succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling, jf. FUSL § 15 b, stk. 2, 1. pkt., som henviser til FUSL § 8. Det vil sige, at de modtagne aktiver og passiver, som det eller de modtagende selskaber modtager af det indskydende selskab, ved opgørelsen af det eller de modtagende selskabers skattepligtige indkomst, behandles som om de var anskaffet på det tidspunkt, hvor det indskydende selskab erhvervede dem og for de anskaffelsessummer det indskydende selskab har erhvervet dem til.

5.4 Relevante domme, afgørelser, udtalelser og bindende svar

Hvis der er tale om en skattefri grenspaltning eller en skattefri tilførsel af aktiver, er det, som tidligere nævnt i afsnit 5.3.1, et krav at de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab, skal udgøre en gren af en virksomhed. Hvis ikke dette krav er opfyldt, vil transaktionen blive skattepligtig. Men hvorvidt et selskab består af en eller flere grene af en virksomhed er i praksis vanskeligt at afgøre og kræver i hvert enkelt tilfælde en konkret vurdering af, om de aktiver

og passiver der er i et selskab, tilhører den ene gren, den anden gren eller begge grene i selskabet, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1. Ligeledes er det et krav at samtlige aktiver og passiver, der tilhører virksomhedsgrenen, tilføres det modtagende selskab ved en skattefri tilførsel af aktiver. Hvis der er knyttet goodwill eller andre materielle aktiver til virksomhedsgrenen, er det ligeledes et krav, at disse, sammen med aktiver og passiver, tilføres det modtagende selskab, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1

Da det i praksis er vanskeligt at afgøre, om der er tale om en gren af en virksomhed, er dette krav gentagne gange blevet behandlet og fortolket igennem udtalelser, afgørelser, bindende svar og domme, som i dag er medvirkende til at danne præcedens på området.

FUSL § 15 c, stk. 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.”

5.4.1 Skattedepartementets fortolkning af grenkravet

Skattedepartementet fortolkede i 1996 lovens ordlyd således, at der ikke som det væsentligste skal lægges vægt på den samlede enheds evne til at kunne fungere ved hjælp af egne midler. Men at der ved vurderingen af om at grenkravet er opfyldt, i højere grad end tidligere, skal anlægges en mere organisatorisk synsvinkel, og at der skal være tale om et materielt identificerbar enhed, jf. TFS 1996.899 DEP. Derudover skal transaktionen foretages ud fra forsvarlige forretningsmæssige betragtninger, hvor skatteundgåelse eller skatteunddragelse ikke er hovedformålet eller et af hovedformålene, jf. TFS 1996.899 DEP. Ifølge skattemyndighederne har skattedepartementets fortolkning også stor retskildeværdi i dag, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D. 6.3.2.1.

Nogle afgørelser, har som tidligere nævnt, dannet præcedens på området. Disse afgørelser omhandler:

- Fast ejendom
- Aktiebesiddelse
- Låneprovenu

5.4.2 TFS 1997, 661 LR

Fast ejendom udgør som udgangspunkt en gren af en virksomhed, jf. Ligningsvejledningen C.D.6.2.3.1. I TFS 1997, 661 LR, ønskede et selskab, at foretage en skattefri tilførsel af selskabets virksomhed til et datterselskab. Ud over denne virksomhed bestod selskabet af nogle ejendomme, hvor nogle var lejet ud til tredjemand og en ejendom blev anvendt af den virksomhed, som ønskedes tilført til datterselskabet. Selskabet ønskede ikke, at nogen af ejendommene skulle tilføres sammen med virksomheden. Skattemyndighederne gav tilladelse til den skattefrie tilførsel, til trods for, at virksomheden anvendte den ene ejendom.

Efter at denne afgørelse er blevet offentliggjort i Tidsskrift for skatter og afgifter, har det i lignende sager betydet, at det som udgangspunkt ligger selskaberne frit for om de vil beholde ejendomme i det indskydende selskab eller om de vil placere dem i et modtagende selskab, da en ejendom siden er blevet betragtet som en gren af virksomhed. Spørgsmålet må dog i sidste ende bero en konkret vurdering.

At afgørelsen har dannet præcedens i lignede sager bekræftes blandt andet i SKM2008.924.SR og SKM2012.321.SKAT. I SKM2008.924.SR fik et selskab bekræftet i et bindende svar, at det kunne overdrage en fast ejendom til et datterselskab efter reglerne om skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse i henhold til FUSL § 15c. Skattemyndighederne henviste mht. grenkravet til Ligningsvejledningen 2008-4 S.D.3.2.1, hvori der stod, at *"en fast ejendom som udgangspunkt vil blive betragtet som en gren af en virksomhed samt at spørgsmålet i sidste ende dog må bero på en konkret vurdering"*. I SKM.2012.321.SKAT gav skattemyndighederne tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver, hvori der henvises til at det er praksis, at *"en fast ejendom normalt anses for en gren af en virksomhed, men det vil dog i visse tilfælde bero på en konkret vurdering om den faste ejendom i visse tilfælde kan udgøre en selvstændig virksomhedsgren"*. I ligningsvejledning 2016-1 C.D.6.2.3.1 henvises der ligeledes til TFS 1997, 661 LR med hensyn til grenkravet.

5.4.3 TFS 2000, 238 LR

Aktiebesiddelse anses som udgangspunkt ikke for selvstændig virksomhed. Dog med undtagelse af datterselskabsaktier, som kan anses som en del af (en gren af) en virksomhed, hvis overdragelsen af disse datterselskabsaktier sker i forbindelse med overdragelsen af grenen, og hvis overdragelsen af datterselskabsaktierne vurderes at være organisatorisk forbundet. jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

I TfS 2000, 238 LR ønskede et selskab at foretage en skattefri tilførsel af aktiver, hvor kun nogle af selskabets datterselskaber skulle omfattes af tilførslen. Selskabet havde 3 direkte ejede datterselskaber og andre datterselskaber, som var holdingselskab for en række selskaber. De 3 direkte ejede datterselskaber varetog opgaver, som direkte knyttede sig til den gren, som ønskedes tilført. Nogle af holdingselskabers datterselskabsaktier varetog kun opgaver for den gren, der ønskedes tilført.

Skattemyndighederne fandt at de 3 direkte ejede datterselskaber, der varetog opgaver og var direkte knyttet til den gren, der ønskedes tilført til det modtagende selskab, skulle medoverdrages til det modtagende selskab. Men aktierne i holdingselskabernes datterselskaber skulle og kunne ikke medoverdrages til det modtagende selskab, da disse ikke var direkte ejet af det indskydende selskab, men af holdingselskaber, som skattemyndighederne ikke fandt at høre til den gren der ønskedes tilført.

Efter at denne afgørelse er blevet offentliggjort i Tidsskrift for skatter og afgifter, har det i lignende sager betydet, at aktiebesiddelse, som hovedregel ikke anses for selvstændig virksomhed.

At afgørelsen dannede præcedens i lignende sager kan blandt andet ses i TfS 2000, 616 LR og SKM2011.90.SR. I TfS 2000, 616 LR kunne skattemyndighederne bekræfte at et forsikringsselskab, som havde datterselskabsaktier, børsnoterede aktier og fordringer, med henblik på overholdelse af forsikringslovgivningen, kunne fordele disse aktier og fordringer mellem det indskydende selskab og det modtagende selskab efter den mest hensigtsmæssige måde. Her fremgik det direkte af afgørelsen, at den ikke var udtryk for en ændring af praksis for grenafgrænsning. I SKM2011.90.SR kunne skattemyndighederne i et bindende svar ikke bekræfte, at 25 % kapitalandele i det pågældende selskab kunne anses for at være en gren af en virksomhed. Skattemyndighederne henviste med hensyn til grenkravet, til Ligningsvejledningen 2010-2, afsnit S.D.3.2.2, hvori der blandt andet stod, *"I TfS 2000, 238 LR fandt Ligningsrådet, at aktierne i 3 direkte ejede datterselskaber skulle tilføres det modtagende selskab, da de varetog opgaver, der knyttede sig til den udskilte aktivitet. Andre datterselskaber, der var holdingselskaber for en række selskaber, kunne og skulle ikke indgå i tilførslen, da holdingselskaberne ikke hørte til den overførte gren. Aktierne i nogle datterdatterselskaber, der alene varetog opgaver for den udskilte gren, kunne og skulle heller ikke indgå i tilførslen, da de ikke var direkte ejet af det indskydende selskab"*.

5.4.4 C-43/00

Som hovedregel skal låneprovenu og gældsforpligtigelse samlet overføres til det modtagende eller samlet blive i det indskydende selskab, med mindre helt særlige forhold gør sig gældende, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

I 2000 forelagde Vestre Landsret, fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af fusionsdirektivets art. 2, litra c og litra i til EF-domstolen. Spørgsmålene blev rejst i forbindelse med en sag, vedrørende den skattemæssige behandling af en tilførsel af aktiver, der blev ført mellem et ApS og Skatteministeriet. EF-domstolen udtalte, *"at der ikke foreligger en tilførsel af aktiver i direktivets forstand i tilfælde, hvor en transaktion går ud på, at det indskydende selskab bevarer provent af et betydeligt lån, selskabet har optaget, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab."* Jf. sag C-43/00

At denne sag har dannet præcedens i lignede sager kan ses i SKM2009.484.HR, hvor skattemyndighederne med rette tilbagekaldte en tidligere givet tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver. Skattemyndighederne tilbagekaldte tilladelsen efter 5 år, da der før tilladelsen var optaget et lån, hvor låneprovent blev i det indskydende selskab, men gældsforpligtelsen var tilført det modtagende selskab. Skattemyndighederne begrundede blandt andet afgørelsen med, at *"en sådan "balancetilpasning" må anses for stridende mod fusionskattelovens § 15 c, således som denne bestemmelse skal fortolkes i lystet af fusionsdirektivet, jf. EF-Domstolens dom af 15. januar 2002 i sag C-43/00"*. Denne sag var tidligere bragt for Vestre Landsret med samme udfald (SKM2006.497.VLR).

5.5 Opsummering og perspektivering

En spaltning kan foretages både skattepligtig og skattefri og kan foretages enten som ophørsspaltning eller som grenspaltning. Hvis spaltningen foretages som grenspaltning, er det ved en skattefri spaltning vigtigt at være opmærksom på, at der, udover de definatoriske og objektive betingelser, er et grenkrav, som skal være opfyldt. Hvis ikke dette grenkrav er opfyldt vil konsekvensen blive, at dispositionen ikke kan gennemføres skattefrit.

En skattepligtig spaltning udløser som hovedregel enten likvidationsbeskatning (ophørsspaltning) eller avancebeskatning (grenspaltning) hos det indskydende selskab. Det modtagende selskab anses for at have modtaget aktiverne og passiverne til handelsværdi på spaltningstidspunktet.

Aktionæren beskattes afhængig af, om det er en fysisk person eller et selskab, og om der er tale om en ophørsspaltning eller en grenspaltning. Ved en ophørsspaltning anses aktionæren, som fysisk person, for at have afstået aktierne, hvilket vil udløse afståelsesbeskatning efter ABL. Hvis der derimod er tale om en grenspaltning, anses aktionæren, som fysisk person, ikke for at have afstået aktier og vil i stedet blive udbyttebeskattet af værdien af de udspaltede aktiver og passiver efter LL. Hvis aktionæren derimod er et selskab, som ejer mindst 10 % af kapitalen af det indskydende selskab, vil en spaltning hverken udløse afståelse eller udbyttebeskatning.

Der kan undtagelsesvis foretages en skattefri spaltning efter FUSL § 15 b, hvis betingelserne i FUSL § 15 a herfor er opfyldte, og den skattefrie spaltning kan foretages med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne. Uanset om der hentes tilladelse til den skattefrie spaltning eller ej, er det ved en grenspaltning vigtigt at være opmærksom på om grenkravet i FUSL § 15 a, stk. 3 er opfyldt. Hvis ikke grenkravet er opfyldt, vil det ikke være muligt at foretage en skattefri spaltning, uanset om de øvrige betingelser i FUSL § 15 a er overholdt. Grenkravet er igennem tiderne blevet behandlet og fortolket igennem udtalelser, afgørelser, domme og bindende svar.

Hvis selskaberne vælger at foretage en grenspaltning, er det vigtigt at være opmærksom på grenkravet i FUSL 15 c, stk.2. Om grenkravet er opfyldt er i praksis svært at afgøre. Skattedepartementet foreskriver, at der skal lægges en organisatorisk synsvinkel, når vurderingen af grenkravet skal foretages. Ligeledes skal transaktionen foretages ud fra forsvarlige forretningsmæssige betragtninger, hvor hovedformålet eller et af hovedformålene ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Hvis der er tale om en grenspaltning af fast ejendom, aktiebesiddelse, ideelle andele eller låneprovenu, er det vigtigt at være opmærksom på, at der er dannet præcedens for, hvordan disse skal behandles. En fast ejendom udgør som udgangspunkt en gren af en virksomhed, hvorimod aktiebesiddelse og ideelle andele som udgangspunkt ikke udgør en gren af en virksomhed. Låneprovenu og gældsforpligtigelsen skal som hovedregel overføres samlet til det modtagende selskab eller samlet blive i det indskydende selskab. Dog er det vigtigt at være opmærksom på, at der kan findes undtagelser til hovedreglen. Disse undtagelser fremgår af de sager, som har dannet præcedens, hvorfor det er vigtigt, at inddrage disse i vurderingen af om grenkravet er opfyldt.

Hvis der søges tilladelse til en skattefri spaltning hos skattemyndighederne, er det vigtigt at sikre sig, at de definatoriske betingelser, som både gælder for skattefri spaltning med og uden ansøgning, er opfyldte. Ligeledes er det vigtigt, at betingelsen om en forretningsmæssig gyldig årsag er opfyldt,

og at den forretningsmæssige gyldige årsag underbygges med konkrete og aktuelle planer i ansøgningen. Hvis ikke årsagen/årsagerne er underbygget af konkrete og aktuelle planer, så antager skattemyndighederne, at selskabet ikke ønsker at foretage ombytningen ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger. Hvis ikke ombytningen foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, så giver dette anledning til, at skattemyndighederne formoder, at skatteundgåelse-unddragelse er hovedformålet eller et af hovedformålene ved ombytningen, og ansøgningen godkendes derfor ikke.

Hvis der ikke søges om tilladelse til en skattefri spaltning, er der nogle objektive betingelser i FUSL § 15 a, som, udover de definatoriske betingelser, der er gældende for både ansøgning med og uden tilladelse, der skal være opfyldte for at spaltningen kan foretages skattefrit. Hvis ikke alle disse betingelser er opfyldte, vil det betyde, at omstruktureringen vil blive skattepligtig.

6. Fusion

I dette afsnit vil der først være en generel beskrivelse af en fusion, for at skabe forståelse for hvad der organisatorisk sker, når selskaber/aktionærer vælger at benytte denne omstrukturingsmodel. Herefter vil det skatteretlige lovgrundlag omkring fusion blive analyseret, for at finde frem til, hvilke krav og betingelser et selskab skal opfylde i forbindelse med en fusion, og hvilke skattemæssige konsekvenser fusionen medfører. (mangler noget her) Til sidst vil afsnittet blive afsluttet med en opsummering og perspektivering.

Da det som tidligere nævnt kan være vanskeligt, dels at forstå meningen med en betingelse, og dels at anvende en betingelse på en foreliggende problemstilling i praksis, har nogle af betingelserne for en skattefri fusion, tidligere, givet anledning til retslige tvister. Derfor vil udvalgte relevante domme, afgørelser og udtalelser herefter blive analyseret og fortolket, med henblik på at finde frem til, hvordan en udvalgt betingelse skal fortolkes. Til sidst vil afsnittet blive afsluttet med en opsummering og perspektivering.

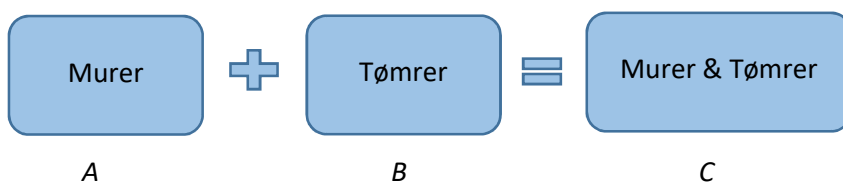
6.1 Generelt om fusion

En fusion er karakteriseret ved, at et selskab overdrager alle sine aktiver og passiver til et andet selskab (uegentlig fusion/lodret fusion) eller ved at to eller flere selskaber smeltes sammen til et nyt selskab (egentlig fusion/vandret fusion). FUSL § 1, stk. 3 definerer en fusion således:

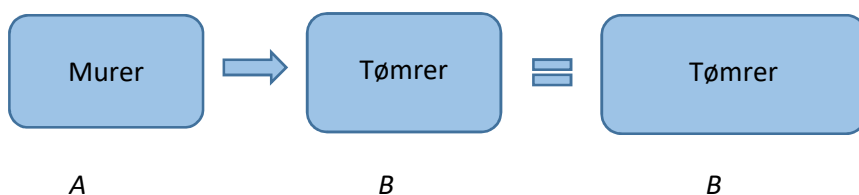
"Fusion foreligger, når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette".

Det vil dermed sige, at en fusion kan foretages på to forskellige måder efter FUSL § 1, stk. 3 og kan illustreres således:

Eksempel 1: Vandret fusion (egentlig)

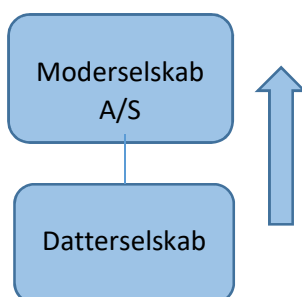


Eksempel 2: Vandret fusion (uegentlig)

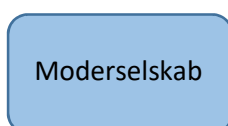


Eksempel 3: Lodret fusion

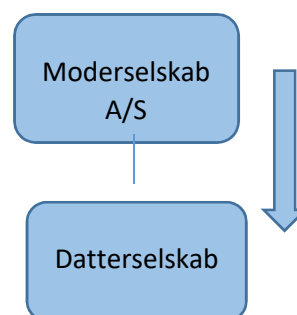
Før fusionen:



Efter fusionen:



Eksempel 4: Omvendt lodret fusion



Kilde: Egen tilvirkning

I eksempel 1, som illustrerer en egentlig vandret fusion ses, at Murer A/S og Tømrer A/S ophører og erstattes af et nyt fortsættende selskab (Murer & Tømrer A/S).

I eksempel 2, som illustrerer en uegentlig vandret fusion, ses at alle Murer A/S's aktiver og passiver overføres til Tømrer A/S, hvorved Murer A/S bliver det ophørende selskab, mens Tømrer A/S er det fortsættende selskab. I eksempel 3, som illustrerer en lodret fusion, overføres alle datterselskabets aktiver og passiver til moderselskabet, hvorved datterselskabet ophører mens moderselskabet fortsætter med at eksistere.

I eksempel 4 ses en omvendt lodret fusion, hvor det er alle moderselskabets aktiver og passiver, der bliver overført til datterselskabet, hvorved moderselskabet ophører, mens datterselskabet er det fortsættende selskab.

Der kan være flere årsager til, at selskaber vælger at fusionere. En af årsagerne kan være, at et moderselskab ejer et datterselskab, som er blevet overflødigt. I stedet for at anvende den normale lukkemetode via betalingserklæring, så kan selskaberne anvende lodret fusion og derved spare tid på sagsbehandlingen. En anden årsag kan være, at kapitalejerne i et selskab ønsker at sikre virksomhedens fremtid ved at lade det fusionere med en forretningspartner. Der er mange forskellige årsager til, at selskaber vælger at fusionere, hvorfor disse eksempler ikke er udtømmende.

En fusion kan foretages skattepligtig eller skattefri, hvor den skattefri fusion kun kan foretages uden tilladelse. En fusion adskiller sig derfor fra de øvrige omstruktureringsmodeller ved, at selskaberne ikke kan søge skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri fusion.

6.2 Skattepligtig fusion

Da der her er tale om en skattepligtig fusion, som ikke følger FUSL, betragtes fusionen skatteretlig som et almindelig almindeligt køb og salg af aktiver.

En skattepligtig fusion kan i henhold til SEL § 8 A, stk. 2 foretages med tilbagevirkende kraft til skæringsdatoen for det modtagende selskabs udarbejdede åbningsbalance, hvis denne dato svarer til det modtagende selskabs regnskabsår. Det er ligeledes en betingelse, at de deltagende selskaber indsender genpart af fusionsdokumenterne og dokumentation for den endelige vedtagelse i alle selskaberne, senest en måned efter at fusionen er vedtaget i de alle de deltagende selskaber.

Konsekvenserne ved en skattepligtig fusion med tilbagevirkende kraft, er ifølge SEL § 8 A, stk. 2, at værdiansættelsen af det indskydende/de indskydende selskabers aktiver og passiver skal ske med udgangspunkt i handelsværdien på skæringsdatoen. De opgjorte værdier af aktiverne og passiverne pr. skæringsdatoen skal ligeledes anvendes til opgørelsen af det indskydende selskabs afståelsessum og til opgørelsen af det modtagende selskabs anskaffelsessum. Ligeledes indebærer den skattepligtige fusion med tilbagevirkende kraft, at de indtægter og udgifter, det indskydende selskab har haft i perioden fra skæringsdatoen til fusionen endelige vedtages, skal medregnes i det modtagende selskabs indkomstopgørelse.

Hvis der inden eller i forbindelse med fusionen opstår eller ophører en koncernforbindelse, så bliver skæringsdatoen i stedet datoen for etableringen hhv. ophøret af koncernforbindelsen, jf. SEL § 8 A, stk. 2 (datoen for vedtagelsen i de deltagende selskaber). Dog gælder disse regler ikke, hvis koncernforbindelsen etableres med nystiftet selskaber eller med skuffeselskaber.

6.3 Skattemæssige konsekvenser ved en skattepligtig fusion

Da der er tale om en skattepligtig fusion, vil fusionen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser det får afhænger af om der er tale om aktionæren, det indskydende selskab eller det modtagende selskab.

6.3.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren.

Hvis en aktionær ved fusionen kun modtager aktier i det modtagende selskab, så anses aktierne i det indskydende selskab for afstået, og beskattningen sker derfor efter de almindelige regler i ABL på baggrund af handelsværdien af kapitalandelene i det indskydende selskab. Hvis aktionæren, samtidig med modtagelse af kapitalandele i det modtagende selskab, ydes et kontant vederlag i forbindelse med fusionen, anses dette som udbytte og bliver udbyttebeskattet, jf. FUSL § 9.

Her er det værd at bemærke, at hvis aktionæren er et selskab og aktierne i det indskydende selskab er koncernselskabsaktier, datterselskabsaktier eller skattefrie porteføljeaktier, sker der ikke beskatning.

Da det indskydende selskab ophører, skal der skattemæssigt ske likvidationsbeskatning, og aktionærene modtager derfor et udloddet likvidationsprovenu. Hvis aktionæren, det år det indskydende selskab likvideres, modtager likvidationsprovenuet i form af aktie/anparter, svarer salgsprisen af aktie/anparterne i det indskydende selskab til det udloddede provenu, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.1. Hvis aktionæren derimod modtager provenuet året før selskabet likvideres, skal det udbyttebeskattet, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.B.2.10.1.

6.3.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Da det indskydende selskab ophører ved fusionen, bliver det skatteretlig ligestillet med en likvidation og bliver derfor likvidationsbeskattet. Det bliver afståelsesbeskattet af aktiver og passiver, hvorefter det likvideres og likvidationsbeskattes. Aktiverne opgøres til handelsværdi, hvor det her igen er værd at bemærke, at hvis fusionen foregår mellem interesseforbundne parter, så

skal skattemyndighederne påse, at værdierne svarer til aktivernes værdi i handel ogandel. Hvis ikke skattemyndighederne anser dette for opfyldt, har de mulighed for at korrigere værdierne.

6.3.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab.

De aktiver og passiver, der er modtaget i det modtagende selskab, anses for anskaffet til handelsværdi på fusionspunktet og danner grundlaget for anskaffelsessummen og derved en opskrivning af afskrivningsgrundlaget.

6.4 Skattefri fusion

Fusionsdirektivet, som er inkorporeret i dansk ret, giver mulighed for en skattefri spaltning af selskaber.

Der er, ligesom ved aktieombytning, tilførsel af aktiver og spaltning, nogle definatoriske betingelser, som selskaberne skal opfylde for at kunne foretage en skattefri fusion. Modsat de 3 øvrige omstruktureringsmodeller er der ved en skattefri fusion ikke mulighed for at søge skattemyndighederne om tilladelse til en skattefri fusion. Skattefri fusion skal derfor altid ske uden tilladelse, jf. SKM.2007.272.SKAT.

6.4.1 Definatoriske betingelser for at foretage en skattefri fusion:

- A. Aktieselskaber har adgang til beskatning efter reglerne i kapitel 1 i FUSL, på nær de aktieselskaber der er nævnt i SEL § 3, stk. 1, nr.19 og SEL § 1, stk. 1, nr. 2.
- B. Aktionæren i det indskydende selskab vederlægges med aktie/anpartar i det modtagende selskab og en evt. kontant udligningssum, jf. FUSL § 2, stk. 1. Betingelsen om vederlæggelse med aktie/anpartar gælder dog ikke ved lodrette fusioner, jf. FUSL § 2, stk. 2.
- C. Fusionsdato skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår, jf. FUSL § 5, stk.1.
- D. Ombytningsforholdet i henhold til FUSL § 2, stk. 1 skal fastsættes ud fra de fusionerede selskabers handelsværdi, jf. Den Juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.3.1.

Ad A) Selskaber der har adgang til beskatning efter reglerne i kapitel 1.

Som nævnt ovenfor, så er der i FUSL § 1 anført bestemmelser for, hvilken type af selskaber der kan anvende reglerne i FUSL kapitel 1 og dermed få adgang til at foretage en skattefri fusion. De aktieselskaber, som ikke kan anvende reglerne skal findes i SEL §§ 3, stk. 1, nr.19 og § 1, stk. 1, nr. 2.

Ad B) Vederlaget

Som nævnt ovenfor er det en betingelse, at mindst en aktionær vederlægges med en aktie i det modtagende selskab. Hvis der er tale om mere end en aktionær, er det ikke en betingelse, at alle aktionærer vederlægges med aktier. Det vil sige, at det er valgfrit, hvor stor en del der kan vederlægges med aktier, og hvor stor en del der kan vederlægges med kontanter. Eksempelvis vil det være muligt for en aktionær (hvis der er flere end en), kun at modtage vederlæggelse i form af kontanter. Her er det dog værd at bemærke, at en kontant vederlag bliver udbyttebeskattet.

Dog finder ovenstående betingelse ikke anvendelse ved lodrette fusioner, hvor et moderselskab (modtagende selskab) fusionerer med sit datterselskab (indskydende selskab).

Ad C) Fusionsdatoen.

For en uddybning af fusionsdatoen henvises der til afsnit 5.3.1, hvor denne er uddybet tidligere.

Ad D) Ombytningsforholdet.

At ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra de fusionerede selskabers handelsværdi er ikke reguleret af FUSL, men derimod af lovforarbejderne til fusionsskatteloven og af praksis. I lovforarbejderne til lov nr. 343 af den 18. april 2007, svarer skatteministeriet FSR på spørgsmål angående ombytningsforholdet. Af svaret fremgår det, at *"Der er ikke tilsigtet ændringer i de gældende regler og praksis om ombytningsforholdet – heller ikke for så vidt angår skattefri fusion. Udgangspunktet er således, at ombytningsforholdet skal fastsættes til handelsværdi, for at den pågældende fusion kan anses for at være omfattet af fusionsskatteloven."*, jf. L 110, bilag 23, side 6.

6.5 Skattemæssige konsekvenser af skattefri fusion

Idet der er tale om en skattefri fusion, vil fusionen få skattemæssige konsekvenser hos deltagerne. Hvilke skattemæssige konsekvenser afhænger af, om der er tale om aktionæren, det indskydende selskab eller det modtagende selskab.

6.5.1 Skattemæssige konsekvenser for aktionæren

Da der ved en skattefri fusion sker succession, anses de aktier/anparter, som aktionæren modtager i det modtagende selskab som vederlag for aktierne/anparterne i det indskydende selskab, for at have samme anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum som de aktier, aktionæren havde i det indskydende selskab, jf. FUSL § 11. Det vil sige, at der sker succession i det omfang, der modtages aktier/anparter. Hvis aktionæren, ud over aktier, vederlægges med en kontant udligningssum, anses dette som udbytte og bliver derfor udbyttebeskattet, jf. FUSL § 9.

6.5.2 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Da det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling, er konsekvensen, at det indskydende selskab ikke realisationsbeskattes af genvundne afskrivninger og kapitalgevinster.

6.5.3 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling, jf. FUSL § 8, stk. 1. Det vil sige, at de modtagne aktiver og passiver, som det modtagende selskab modtager af det indskydende selskab, ved opgørelsen af det eller de modtagende selskabers skattepligtige indkomst, behandles som om de var anskaffet på det tidspunkt, hvor det indskydende selskab erhvervede dem, og for de anskaffelsessummer det indskydende selskab har erhvervet dem til.

6.6 Relevante domme og afgørelser på området

Som nævnt tidligere under afsnit 6.4.1 er en af betingelserne for at foretage en skattefri fusion, at ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra de fusionerende selskabers handelsværdi. Hvis ikke forholdet opfylder denne betingelse, vil konsekvensen være, at fusionen bliver skattepligtig. Denne betingelse er, som tidligere nævnt ikke reguleret af FUSL, men af lovforarbejder og af praksis. Da

denne betingelse blandt andet er reguleret af praksis, anses det derfor for nødvendigt at analysere nogle domme, for at se hvordan denne betingelse fortolkes og anvendes i praksis.

6.6.1 SKM.2003.574.LSR

To søsterselskaber A A/S og C ApS, som begge var ejet af de samme selskabsdeltagere, fusionerede i maj 1998 med A A/S som det modtagende selskab og C ApS som det indskydende selskab og anvendte i den forbindelse fusionsskattelovens regler om skattefri fusion. Tvisten var, om selskaberne i forbindelse med fusion overholdt betingelsen i FUSL daværende § 2, stk. 1, da værdien af vederlagsaktier plus den kontante udligningssum var lavere end værdien af anparterne i det indskydende selskab.

FUSL daværende § 2, stk. 1:

§ 2. Det er en betingelse for beskatning efter reglerne i denne lov, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab alene vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af disse værdipapirers pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi.

Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 finder ikke anvendelse på den del af aktierne eller anparterne i det indskydende selskab, der besiddes af det modtagende selskab.²⁴

Skattemyndighederne var af den opfattelse, at den overstående dagældende betingelse skulle fortolkes på den måde, at værdien af aktier af aktier i det modtagende selskab plus en eventuel kontant vederlæggelse skal modsvare handelsværdien af aktier i det indskydende selskab. Skatteforvaltningen fandt, at denne betingelse ikke var opfyldt og, at fusionen derfor var skattepligtig.

Selskabets repræsentant var derimod af den opfattelse, at betingelsen i FUSL § 2, stk. 1 var opfyldt, og at der ikke kunne lægges vægt på værdien af aktier, men derimod på aktiernes pålydende værdi, og at handelsværdien for ombytningsforholdet derfor var uden betydning.

Landsskatteretten fandt, at en fortolkning af bestemmelsen i FUSL § 2, stk. 1 skulle fortolkes i sammenhæng med FUSL øvrige regler om skattefri fusion. Landsskatteretten kom frem til, at selskabets repræsentants fortolkning om, at handelsværdien for ombytningsforholdet var uden

²⁴ LBK nr. 876 af 04/10/2001

betydning, var i strid med successionprincippet ved en skattefri fusion. Dog vurderede Landsskatteretten at de skattemæssige konsekvenser, som følge af det forkerte successionsgrundlag i det konkrete tilfælde, måtte anses for at være af mindre betydning, da selskabsdeltagerne var de samme i det indskydende og det modtagende selskab, og at der derfor ikke skete nogen formueforskydning. Fusionen kunne derfor i den konkrete sag foretages skattefrit.

Sagen har dannet præcedens og er blandt andre, blevet anvendt i SKM2007.553.SR og SKM.2007.488.SR som retskilde.

6.6.2 SKM.2007.553.SR

I forbindelse med en skattefri fusion, blev skatterådet anmodet om et bindende svar på, om et påtænkt ombytningsforhold i en koncernintern fusion ville medføre, at fusionen blev skattepligtig.

Selskab A ejede hele kapitalen i selskaberne B og C. Ønsket var at fusionere de to datterselskaber B og C, med B som det modtagende selskab. Ombytningsforholdet ønskes baseret på den oprindelige anskaffelsessum af aktierne i de deltagende selskaber. Der var i sagen yderligere oplyst, at A ikke ville afhænde aktierne i B før efter 3 år.

Skatterådet svarede bekræftende, at det påtænkte ombytningsforhold ikke ville medføre, at fusionen blev skattepligtig.

SKAT begrundende indstillingen med, at ombytningsforholdet i skattefri fusioner er ikke reguleret i fusionsskatteloven, men at det fremgår af praksis i SKM2003.574.LSR, at udgangspunktet er, at ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra handelsværdier. Ifølge tilladelsespraksis er der typisk fastsat ejertidsvilkår, såfremt selskaberne kan opnå utilsigtede skattemæssige fordele ved at fastsætte et ombytningsforhold, der afviger fra handelsværdien. Skatterådet begrundende ligeledes indstillingen med at Skatteministeriet, i forarbejderne til L110, bilag 23, udtalte at:

"Der er ikke tilsigtet ændringer i de gældende regler og praksis om ombytningsforholdet - heller ikke for så vidt angår skattefri fusion. Udgangspunktet er således, at ombytningsforholdet skal fastsættes til handelsværdi for, at den pågældende fusion kan anses for at være omfattet af fusionsskatteloven. Det vil være muligt at få bindende svar om de skattemæssige konsekvenser af et givent ombytningsforhold."

6.6.3 SKM.2007.488.SR

I forbindelse med en påtænkt skattefri fusion blev skatterådet blandt andet anmodet om et bindende svar på om ombytningsforholdet, som var baseret på indre værdi, ikke ville medføre at fusionen ansås som skattepligtig.

Selskab H var moderselskab for datterselskaberne A A/S og B A/S, som begge var helejet. H A/S påtænkte at fusionere A A/S med B A/S, hvor B A/S var det modtagende selskab.

H A/S begrundede ønsket om, at ombytningsforholdet skulle baseres på indre værdi med, at ingen af selskaberne havde aktiviteter af betydning, og at den indre værdi derfor måtte forventes at udgøre selskabernes handelsværdi. A A/S havde ydet koncerninterne ydelser, og B A/S havde ikke længere nogen aktivitet ud over at besidde tilgodehavender hos tilknyttede selskaber. Dog havde H A/S ikke foretaget nærmere beregninger af handelsværdien.

Skatterådet svarede bekræftende, at det påtænkte ombytningsforhold ikke ville medføre, at fusionen blev skattepligtig.

SKAT begrundede ligeledes indstillingen i denne sag med, at ombytningsforholdet i skattefri fusioner ikke var reguleret af FUSL, men at det derimod fremgik af praksis med henvisning til SKM2003.574.LSR og L110, bilag 23, som i SKM.2007.553.SR.

SKAT fandt ikke, at selskaberne opnåede en utilsigtet skattemæssig fordel ved at overføre værdien af nyere aktier til ældre, da selskaberne næsten havde identisk ejertid.

Efter en samlet vurdering fandt SKAT ikke begrundelse for at anfægte ombytningsforholdet og indstillede til, at Skatterådet besvarede spørgsmålet bekræftende.

6.7 Opsummering og perspektivering

Fusion kan strukturmæssigt foretages på to forskellige måder. Enten ved en vandret fusion eller ved en lodret fusion og kan foretages enten skattepligtigt eller skattefrit. Hvis den skattepligtige fusion vælges, vil det udløse aktieavancebeskatning hos aktionæren, hvorimod aktieavancebeskatningen udskydes ved valg af en skattefri fusion. Hvis den skattefrie fusion vælges, skal selskaber være opmærksomme på, at det ikke, i henhold til SKM2007.272SKAT, er muligt at søge tilladelse hos skattemyndigheder.

Ved en skattefri fusion er det et krav, at ombytningsforholdet svarer til handelsværdien. Dette krav er ikke omfattet af FUSL, men derimod af FUSLs forarbejder og af praksis, jf. SKM.2003.574.LSR og L110, bilag 23, side 6. Dog kan kravet om handelsværdien, i henhold til SKM.2003.LSR, SKM.2007.553.SR, SKM.2007.488.SR.m.fl. fraviges, hvis selskabsdeltagerne ikke opnår utilsigtede skattefordele.

SKM.2003.574.LSR er fra før vedtagelse af lovændringerne af fusionsskatteloven i 2007, og FUSL § 2, stk. 1 er siden da blev ændret. Dog har ændringen ikke betydning for ombytningsforholdet, idet ændringen kun har medført, at kravet om at den kontante udligningssum kun må udgøre højst 10 pct. af værdipapirernes pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi, er bortfaldet. At lovændringen af fusionsskatteloven i 2007 ikke har betydning for, hvordan ombytningsforholdet skal fastsættes bakkedes ligeledes op af Skatterådets udtalelse i forarbejderne til L110, bilag 23.

7. Konklusion

Der findes i dag fire forskellige omstruktureringsmodeller, som selskaber kan benytte i forbindelse med en omstrukturering; aktieombytning, tilførsel af aktiver, spaltning og fusion. Omstruktureringen kan foretages enten skattepligtigt eller skattefrit, hvor den skattefrie omstrukturering kan foretages med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne.

Ved en skattepligtig tilførsel af aktiver og ved en skattepligtig grenspaltning anses omstruktureringen som et almindeligt salg af aktiver og passiver, og den skatteretlige konsekvens vil derfor blive en afståelsesbeskatning. Det er det indskydende selskab, der bliver afståelsesbeskattet ved en tilførsel af aktiver, hvorimod det ved en grenspaltning er aktionæren, der bliver udbyttebeskattet af værdien af de udspaltede aktiver og passiver. Hos det modtagende selskab bliver den skatteretlige konsekvens, at aktiverne anses for anskaffet til handelsværdi på anskaffelsestidspunktet.

En skattepligtig aktieombytning anses som et almindeligt køb og salg af aktier og den skatteretlige konsekvens bliver derfor en aktieavancebeskatning hos aktionæren. Hos det modtagende selskab bliver den skatteretlige konsekvens, at de modtagende aktier anses for anskaffet til handelsværdi på anskaffelsestidspunktet.

En skattepligtig ophørsspaltning og en skattepligtig fusion anses som et almindelig køb og salg af aktier/aktiver og passiver. Det indskydende selskab anses som ophørt, hvilket betyder, at de skatteretlige konsekvenser for det indskydende selskab bliver, at aktiverne og passiverne bliver afståelsesbeskattet, hvorefter selskabet likvideres og likvidationsbeskattes. Hvis aktionæren kun modtager aktier eller en kontant udligningssum, bliver den skatteretlige konsekvens for aktionæren aktieavancebeskatning. Men hvis aktionæren modtager både aktier og en kontant udligningssum, bliver den kontante udligningssum udbyttebeskattet. Hos det modtagende selskab/de modtagende selskaber bliver aktiverne og passiverne anset for anskaffet til handelsværdi på anskaffelsestidspunktet.

Hvis den skattefrie omstrukturering vælges, skal der tages stilling til, om omstruktureringen skal foretages med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne. Dog med undtagelse af fusion, hvor det ikke er muligt at søge om tilladelse. Uanset om omstruktureringen er med eller uden tilladelse fra skattemyndighederne, er der nogle definitoriske betingelser, som selskaberne skal opfylde for at kunne foretage omstruktureringen skattefrit. Derudover er der nogle yderligere, enten

subjektive eller objektive betingelser, som selskaberne skal overholde, afhængig af, om der søges tilladelse eller ej.

Ved en skattefri aktieombytning skal selskaberne, i henhold til ABL § 36, opfylde nogle definitoriske betingelser, uanset om der søges tilladelse hos skattemyndighederne eller ej. Selskaberne skal være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF og aktieombytningen skal gennemføres indenfor 6 måneder fra den første ombytningsdag og må ikke ske med tilbagevirkende kraft. Det modtagende selskab skal opnå flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab og aktionæren skal modtage aktier i det modtagende selskab og en eventuel udligningssum.

Hvis der søges tilladelse til den skattefrie aktieombytning hos skattemyndighederne, er det yderligere en subjektiv betingelse, at aktieombytningen er forretningsmæssigt begrundet. Hvis der undlades at søge skattemyndighederne om tilladelse, er der yderligere nogle objektive betingelser, der skal være opfyldte. For det første skal værdien af vederlagsaktierne, med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svare til handelsværdien af de ombyttede aktier. For det andet må det modtagende selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet ikke afstå aktier i det indskydende selskab.

Den subjektive betingelse om at aktieombytningen skal være forretningsmæssigt begrundet, hvis der søges tilladelse til den skattefrie aktieombytning hos skattemyndighederne, har givet anledning til retslige tvister, da der har været uenighed om, hvordan denne betingelse skal fortolkes.

I Leur-Bloem-dommen, som har dannet præcedens i lignende sager, slog EF-domstolen fast, at begrebet "*økonomisk forsvarlige betragtninger*" (gyldige forretningsmæssige årsager) i Fusionsskattedirektivets artikel 11, stk. 1, litra a (nu artikel 15) skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en ren skattemæssig fordel. Ud fra de to domme SKM.2008.255.LSR og SKM2003.568.LSR fra Landsskatteretten kan det konkluderes, at det er af afgørende betydning, at ansøgningen om tilladelse til skattefri aktieombytning er tilstrækkelig konkretiseret og begrundet i forretningsmæssige gyldige årsager. Det vil sige, at det ikke er tilstrækkeligt, at et selskab kun oplyser årsagerne til, at der ansøges, men at årsagerne skal underbygges af konkrete og aktuelle planer.

Ved en skattefri tilførsel af aktiver skal selskaberne, i henhold til FUSL §§ 15 c og 15 d, opfylde nogle definitoriske betingelser, uanset om der søges tilladelse hos skattemyndighederne eller ej.

Selskaberne skal være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF og derudover ikke skattemæssigt ses som en transparent enhed her i Danmark. Aktierne skal være opgjort til handelsværdi, og tilførselsdatoen skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Derudover skal tilførslen være en hel eller en gren af en virksomhed, uden at denne virksomhed opløses, og det indskydende selskab skal modtage aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital.

Hvis der søges tilladelse til den skattefrie tilførsel af aktiver hos skattemyndighederne, er det, udover de definatoriske betingelser, en subjektiv betingelse i henhold til fusionsskattedirektivets artikel 15, stk. 1 litra a, at tilførslen er forretningsmæssigt begrundet. Hvis der undlades at søge skattemyndighederne om tilladelse til den skattefrie tilførsel, er der, udover de definatoriske betingelser, en objektiv betingelse i henhold til FUSL § 15 c om et holdingkrav på 3 år, som skal opfyldes.

Den definatoriske betingelse om, at det indskydende selskab kun skal vederlægges med aktier eller anparter, har givet anledning til retslige tvister, da der har været uenighed om, hvordan en kontant udligningssum skal fortolkes.

Bedømmelse af om der foreligger en kontant udligningssum, skal ske i henhold til Koefoeddommen, som har dannet præcedens i lignende sager. Domstolen fastslog, at vurderingen af om der er tale om en kontant udligningssum, skal ske ud fra flere kriterier. For det første skal det vurderes, om der er tale om en ydelse, som er bindende aftalt som et tillæg til aktierne i det modtagende selskab. Der skal i denne vurdering ikke lægges vægt på eventuelle motiver for transaktionen. For det andet er det et krav, at den kontante udligningssum og erhvervelsen er led i samme transaktion. Derudover kan en pengeydelse ikke kvalificeres som en kontant udligningssum, alene ud fra et tidsmæssigt perspektiv. Her er det nødvendigt at undersøge om den pågældende ydelse, på baggrund af samtlige foreliggende omstændigheder, har karakter af en bindende aftalt modydelse, som skal tillægges til gengæld for erhvervelsen.

Ved en skattefri spaltning skal selskaberne i henhold til FUSL §§ 15 a og 15 b opfylde nogle definatoriske betingelser, uanset om der søges tilladelse hos skattemyndighederne eller ej. Selskaberne skal være omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF og derudover ikke skattemæssigt ses som en transparent enhed her i Danmark. Det indskydende selskab skal overføre en del af eller samtlige aktiver og passiver til et eller flere selskaber og tildele sine selskabsdeltagere aktier og evt. en kontant udligningssum. Det er ydermere

en betingelse, at de aktier og evt. kontant udligningssum selskabsdeltagerne modtager skal være i forhold til deres ejerandel. Spaltningsdatoen skal som hovedregel være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Hvis der er tale om en grenspaltning og ikke en ophørsspaltning, er det yderligere en betingelse at de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab/ de modtagende selskaber, skal udgøre en gren af en virksomhed.

Hvis der søges tilladelse til en skattefri spaltning, er det, ligesom ved de to forrige omstruktureringsmodeller, yderligere en subjektiv betingelse at spaltningen er forretningsmæssigt begrundet. Hvis der undlades at søge skattemyndighederne om tilladelse til den skattefrie tilførsel, er der, udover de definatoriske betingelser, nogle objektive betingelser i henhold til FUSL § 15 a, som skal opfyldes. Selskaber, som efter spaltningen ejer mere end 10 % af kapitalen eller skattefri porteføljeaktier i et af de deltagende selskaber, må i en periode på 3 år efter spaltningen ikke afstå aktier i det eller de pågældende selskaber. Værdien af aktier og evt. en kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver, og der må ikke tildeles kontant vederlag til selskaber, der ejer mere end 10 % af kapitalen i det indskydende selskab, eller hvis aktier er omfattet af definitionen af koncernselskabsaktier i ABL § 4 B, eller hvis det er omfattet af definitionen af skattefri porteføljeaktier i ABL § 4 C. Desuden skal forholdet mellem aktiver og forpligtigelser, der overføres til det eller de modtagende selskaber, svare til forholdet mellem aktiver og passiver i det indskydende selskab.

Den definatoriske betingelse, der kræver at de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab, skal udgøre en gren af en virksomhed ved en grenspaltning, har givet anledning til retslige tvister, da der har været uenighed om hvordan begrebet "en gren af en virksomhed" skal fortolkes. I TfS 1997, 661 LR, som har dannet præcedens, blev det slået fast, at ejendomme som udgangspunkt bliver betragtet som en gren af en virksomhed. I TfS 2000, 238 LR, som ligeledes har dannet præcedens, blev det slået fast, at aktiebesiddelse som hovedregel ikke anses for en gren af en virksomhed, med mindre der er tale om direkte ejede datterselskaber, der varetager opgaver direkte tilknyttet til den gren der ønskes tilført. I sag C-43/00, som også har dannet præcedens, blev det slået fast, at grenkravet ikke er opfyldt, hvis det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydelig lån, mens gældsforpligtigelsen overføres til det modtagende selskab.

Der er, ligesom ved aktieombytning, tilførsel af aktiver og spaltning, nogle definatoriske betingelser, som selskaberne skal opfylde for at kunne foretage en fusion skattefrit. Aktieselskaber må ikke være omfattet af de selskaber nævnt i SEL § 3, stk. 1, nr.19 og SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Aktionæren i det

indskydende selskab skal vederlægges med mindst en aktie i det modtagende selskab og en evt. kontant udligningssum (Dog ikke en betingelse ved lodrette fusioner). Fusionsdato skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår, og ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra de fusionerede selskabers handelsværdi.

Modsat de tre øvrige omstrukturingsmodeller er det ikke muligt at søge skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri fusion, hvilket betyder, at selskaberne ikke skal overholde yderligere enten subjektive eller objektive betingelser.

Betingelsen om at ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra de fusionerede selskabers handelsværdi reguleres ikke af FUSL men af lovforarbejder og af praksis. For at finde ud af, hvordan denne betingelse skal fortolkes og anvendes i praksis, er der blevet analyseret nogle domme.

I SKM.2003.574.LSR som har dannet præcedens, slog Landsskatteretten fast at ombytningsforholdet i henhold til FUSL § 2, stk.1 skal fortolkes i sammenhæng med FUSL øvrige betingelser om skattefri fusion og at udgangspunktet er, at ombytningen skal ske til handelsværdi. Landsskatteretten fandt derfor at en fortolkning om, at handelsværdien er uden betydning for ombytningsforholdet, er i strid med successionsprincippet. Dog er det muligt at foretage en skattefri fusion, på trods af at ombytningsforholdet ikke svarer til handelsværdi, hvis selskaberne ikke opnår en utilsigtet skattemæssig fordel.

Hvis selskaberne opfylder de ovenstående betingelser i ABL § 36 og FUSL kan omstruktureringen foretages skattefrit efter FUSL, der bygger på successionsprincippet.

Ved en skattefri omstrukturering bliver den skatteretlige konsekvens, at overdrageren ikke bliver beskattet, da erhververen succederer i overdragerens skattemæssige stilling med hensyn til anskaffelsestid, anskaffelsessum og hensigt. Det betyder, at det overtagne anses for anskaffet på samme tidspunkt, for samme anskaffelsessum og med samme hensigt som hos det indskydende selskab. Beskatningen udskydes således indtil den dag erhververen afstår det overtagne. Men der sker kun succession i det omfang, der modtages aktier. Hvis der samtidig med aktier modtages en kontant udligningssum, vil denne blive udbyttebeskattet. Hvis aktionæren ved en skattefri ophørsspaltning eller fusion kun modtager en kontant udligningssum og efter omstruktureringen ikke ejer aktier i det modtagende selskab eller koncernen, så anses aktierne for afstået og den skatteretlige konsekvens bliver dermed en aktieavancebeskatning.

8. Summary

The aim of this master thesis has been to describe, classify and analyze/interpret existing tax law during a restructuring of a Danish company, to find out what models Danish companies can use, when they want to restructure the company, and which tax rules and consequences a given restructuring will divert. It has also been the aim to analyze selected rules to find out how the rule should be interpreted.

When the master thesis has been written based on the legal dogmatic method, in which court decisions – next to the law and the legislative history, according to Ragnar Knophs, is legal theory's main material, the master thesis primary sources are the Law on the tax treatment of mergers and the Law on the taxation of capital gains upon disposal of shares, and the associated processing and case law. The master thesis is structured the way that each restructuring model has its own paragraph. At first there is a general description of the model which is followed by an analysis of the fiscal rules and consequences and finally an analysis of a selected rule.

The thesis concludes that there are 4 different models restructuring a company can use in a restructuring of the company: Exchange of shares, transfers of assets, demerger and merger. The restructuring can be carried out either taxable or tax-free, where the tax-free can be carried out with or without permission from the tax authorities.

When the restructuring is carried out taxable, it will be considered as a normal purchase and sale of assets and liabilities/ shares and the tax consequences will be, that the restructuring triggers an immediate taxation of the participants.

If the restructuring is made tax free, there are some definitional rules, the companies must adhere, regardless if the company applies for permission from the tax authorities or not. If permission is applied for, there are some additional subjective rules which companies must meet. If the company doesn't apply the tax authorities, there are some additional objective rules the company must meet.

The first rule selected, which has given rise to judicial disputes, is the subjective rule which states, that a tax-free exchange of shares with permission from the tax authorities must be commercially justified. The EC (European Community) stated in the Leur-bloem-judgment, that the concept "valid

commercial reasons" in Article 11 (now 15) of Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990, should be interpreted as a concept involving more than the attainment of a purely fiscal advantage.

The second rule selected, is the definitional rule that states, that the transferring company can't receive a cash payment, when using a tax-free transfer of assets. In the Koefoed-judgment, the court stated that the evaluation of, whether a cash payment has been made, must be based on several criteria. First, there must be an evaluation of whether the cash payment is having characteristics of genuine consideration for the acquisition, namely payments agreed upon in a binding manner in addition to the allotment of securities representing the share capital of the acquiring company, irrespective of any reasons underlying the acquisition. Secondly it is a required that the cash payment and the acquisition are part of the same transaction. Besides that, a monetary payment can't be classified as a cash payment only from a time perspective. Here it's necessary to ascertain if the monetary benefit, having regard to the circumstances whether the payment in question has the characteristics of binding consideration for the acquisition.

The second rule selected, is the definitional rule that requires, that the assets and liabilities transferred to the acquiring company, must pose a branch of activity, when using tax-free demerger. In Tfs 1997, 661 LR the court stated that properties generally are considered a branch of activity. In Tfs 2000, 238 LR it was stated that shareholding in general is not considered a branch of activity, unless it is direct owned subsidiaries which undertakes tasks, directly associated to the branch which is transferred. In C-43/00 it was stated that the branch requirement is not fulfilled, if the transferring company keeps the proceeds of a loan, while the financial obligation arising from the loan is transferred to the receiving company.

The fourth rule selected, is the definitional rule regarding, that the exchange ratio at a merger must be determined by the merged companies' market value. I SKM.2003.574.LSR the court stated that the exchange ratio, according to The Law on the tax treatment of mergers § 2 (1), has to be interpreted in conjunction with the Law on the tax treatment of mergers other rules for tax-free merger and the starting point is, that the exchange ratio must be made to market value.

Tax exempt restructuring are based on the principle of succession. The transferor is not taxed of the profit, when the transferee enters the transferor's tax position regarding purchase price, purchase date and purchase intent. The taxation is postponed to the day the transferee refrains the received shares/assets.

9. Litteraturliste

Bøger

- Bille, Jane K. m.fl.: *Omstrukturering – skatteregler i praksis*, Karnov Group, 2. udgave 2015.
- Iversen, Bent m.fl.: *Dansk erhvervsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 9. udgave 2010.
- Pedersen, Jan m.fl.: *Skatteretten 1*, Forlaget Thomson, 4. udgave 2004
- Evald, Jens; Schaumburg-Müller, Steen, *Retsfilosofi Retsvidenskab & Retskildelære*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2004.
- Serup, Michael: *Fusionskatteloven med kommentarer*, Karnov Group, 4. udgave 2012.
- Halling-Overgaard, Søren; Olesen Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist og økonomiforbundets Forlag, 4. udgave 2013.

International retspraksis

- C-28/95, Leur-Bloem-dommen
- C-321/05, Hans Markus Kofoed-dommen
- C-43/00, Andersen og Jensen-dommen

Dansk retspraksis

- Tfs 1996.899 DEP
- Tfs 1997, 661 LR
- Tfs 2000, 238 LR
- Tfs 2000, 616 LR
- Tfs 2000, 66 LR
- SKM2001.341.TSS
- SKM2001.342.TSS
- SKM.2003.228 LSR
- SKM2003.568.LSR
- SKM.2003.574.LSR
- SKM.2005.3357.TSS
- SKM.2007.272.SKAT
- SKM.2007.488.SR

- SKM2007.553.SR
- SKM2007.818.SR
- SKM2008.255.LSR
- SKM2008.924.SR
- SKM2009.91ØRL
- SKM2009.410.SR
- SKM2009.484.HR
- SKM2011.90.SR
- SKM2011.501.HR
- SKM2012.321.SKAT

Dansk lovgivning

- Aktieavancebeskatningsloven
- Selskabsskatteloven
- Fusionskatteloven
- Ligningsloven
- Skatteforvaltningsloven

International lovgivning

- Fusionsskattedirektivet, konsolideret i direktiv 2009/133

Andet

- Den juridiske vejledning 2016-1
- Den juridiske vejledning 2016-2
- L110, bilag 23
- LBK nr. 876 af 04/10/2001
- Folketingets hjemmeside:
<http://www.ft.dk/samling/20061/lovforslag/L110A/index.htm#dok>

