



OMSTRUKTURERING

Via aktieombytning, fusion, tilførsel af aktiver og spaltning

Annika Gade Enevoldsen

Studienr. 20126703

Vejleder: Birte Rasmussen

Maj 2018

Cand. Merc. Aud. Studiet

Speciale, AAU

Forord

Denne afhandling er skrevet som afslutning på Cand. Merc. Aud. Studiet på Aalborg Universitet sommer 2018.

Jeg har i forbindelse med mit tidligere arbejde som revisor hos Beierholm i Aalborg, ikke haft fornøjelsen af at foretage ret mange omstruktureringer, hvilket har skabt et ønske om at lære mere om emnet og dygtiggøre mig indenfor faget, da det er yderst relevant og brugbart i praksis.

Som revisor og som medarbejder i en økonomiafdeling fokuseres der oftest på ting der allerede er sket, hvor denne afhandling fokuserer på fremtiden og den fremtidige struktur af virksomheden/koncernen.

Til daglig arbejder jeg i en IT-virksomhed i rygende udvikling, hvorfor dette emne helt sikkert vil blive en realitet på længere sigt.

Jeg har udfærdiget specialet i perioden januar - maj 2018.

Hjørring, d. 28. maj 2018

Annika Gade Enevoldsen

Indholdsfortegnelse

Forord.....	0
Indholdsfortegnelse.....	1
1.1 Abstract	4
1.2 Indledning.....	6
1.3 Problemformulering	7
1.4 Afgrænsning	7
1.5 Metode	8
1.6 Kildekritik	9
2. Aktieombytning	10
2.1 Beskatning, herunder skattepligtig aktieombytning.....	10
2.2 Skattefri aktieombytning – de grundlæggende betingelser	11
2.2.1 Hvilke selskaber er omfattet.....	11
2.2.2 Flertalskravet, herunder et eksempel og afgørelser	12
2.2.3 Ejerandele der kan indgå i en aktieombytning.....	16
2.3 Skattefri aktieombytning – øvrige betingelser	17
2.3.1 Fuld skattepligtig til Danmark.....	17
2.3.2 Vederlaget for de ombyttede aktier	17
2.3.3 Frister for gennemførelse og indberetning	17
2.3.4 Opsamling.....	18
2.4 Aktieombytning med tilladelse (subjektive forhold)	19
2.4.1 Formålet skal være forretningsmæssigt begrundet	19
2.4.2 Fastsættelse af vilkår – anmeldelse	23
2.4.3 De skattemæssige konsekvenser ved aktieombytning med tilladelse	27
2.5 Aktieombytning uden tilladelse	28
2.5.1 Betingelser for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse	28
2.5.2 Særlige betingelser for skattefri aktieombytning uden tilladelse	28
2.5.3 De skattemæssige konsekvenser af en aktieombytning uden tilladelse.....	31
2.6 Aktieombytning efter de subjektive eller objektive regler	32
2.7 Kort om de selskabsretlige forhold	33
2.7.1 Gennemførelse	33
2.7.2 Ejeraftaler/ægtepakter m.v.	33
3. Fusion	34
3.1 Vandrette fusioner.....	34
3.2 Lodrette fusioner	35

3.3 Omvendt lodrette fusioner	36
3.4 Fusion i forbindelse med generationsskifte	37
3.5 Skattefri fusion.....	38
3.5.1 Betingelser for at anvende regelsættet om skattefri fusion	38
3.6 Retsvirkninger ved fusioner, herunder skattepligtig fusion	43
3.6.1 Konsekvenser for det indskydende selskab	44
3.6.2 Konsekvenser for det modtagende selskab	44
3.6.3 Underskud opstået før fusionsdatoen	46
3.6.4 Underskud opstået i mellemprioroden	47
3.6.5 Kapitaltab	48
3.7 De skattemæssige konsekvenser af den skattefrie fusion	48
3.7.1 For aktionæren	48
3.8 Den skattepligtige fusion	49
3.9 Kort om de selskabsretlige forhold	50
4. Tilførsel af aktiver	52
4.1 Skattefri tilførsel af aktiver – de grundlæggende betingelser	53
4.1.1 Hvilke selskaber er omfattet	53
4.1.2 Materielle krav, overordnet	54
4.1.3 Hvornår foreligger der en samlet virksomhed	54
4.1.4 Hvornår foreligger der en gren af en samlet virksomhed	55
4.1.5 Hvilke aktiver og passiver kan/skal indgå	56
4.1.6 Krav for at der er tale om en selvstændig bæredygtig enhed (organisatorisk)	58
4.1.7 Det indskydende selskabs vederlag	59
4.1.8 Tilførselsdato	61
4.1.9 Anmeldelse	61
4.2 Tilførsel af aktiver med tilladelse (det subjektive regelsæt)	61
4.2.1. Vilkår – anmeldelse - klage	62
4.3 Tilførsel af aktiver uden tilladelse (det objektive regelsæt)	62
4.3.1 Betingelser for tilførsel af aktiver uden tilladelse	63
4.4 De skattemæssige konsekvenser af en skattefri tilførsel af aktiver	63
4.4.1 Det indskydende selskab	63
4.4.2 Det modtagende selskab	64
4.5 Tilførsel af aktiver efter de subjektive regler (med tilladelse) eller de objektive regler (uden tilladelse)	65
4.6 Skattepligtig tilførsel af aktiver	66
4.7 Civilretlig gennemførelse af tilførsel af aktiver	66
4.8 Selskabsretligt gennemførelse af tilførsel af aktiver	66
5. Spaltning	68
5.1. De grundlæggende betingelser for en skattefri spaltning	70
5.1.1 Hvilke selskaber er omfattet	70
5.1.2 Betingelser for ophørsspaltning/egentlig spaltning	71

5.1.3 Betingelser for grenspaltning/delvis spaltning	71
5.1.4 Krav til vederlaget og dets form	71
5.1.5 Spaltningsdatoen.....	72
5.1.6 Anmeldelse	73
5.2 Skattefri spaltning med tilladelse	73
5.2.1 Forretningsmæssig begrundelse	74
5.2.2 Fastlæggelse af vilkår	76
5.3. Skattefri spaltning uden tilladelse	76
5.3.1 Efterfølgende salg af aktier	76
5.3.2 Flere selskabsdeltagere	77
5.3.3 Næringsdrivende	78
5.3.4 Selskabsdeltagere hjemmehørende uden for EU/EØS	78
5.3.5 Balancen – forholdet mellem aktiver/passiver	78
5.3.6 Kontantvederlæggelse	79
5.4. De skattemæssige konsekvenser af skattepligtig spaltning	79
5.4.1 Hvorfor anvende skattepligtig spaltning	79
5.5 De skattemæssige konsekvenser af skattefri spaltning	80
5.5.1 For selskaberne	80
5.5.2 For aktionærerne.....	80
5.6 Hvornår skal man vælge med og uden tilladelse.....	81
5.7 Kort om de selskabsretlige forudsætninger for spaltning	81
6. Eksempler på anvendelse	82
6.1 Eksempel 1 – Entreprisekontrakter og mindre kunder	82
6.2 Løsning til eksempel 1	82
6.3 Eksempel 2 – Sammenlægning for at blive størst på markedet.....	85
6.4 Løsning til eksempel 2	85
7. Konklusion	87
8. Perspektivering – sælgerfinansiering herunder Earn-out	90
9. Kildeliste	93

1.1 Abstract

This thesis describes and analyzes the four restructuring opportunities there is for Danish companies. The four options are: supply of assets, share exchange, merger and cleavage. Basically, the restructuring can be done tax-free and taxable, where the tax-free methods are the most appropriate in many situations. The taxable methods are most often relevant in cases where there is low profit or where the company can deduct the profit in previous losses.

When it come to tax-free asset supply, share exchange and cleavage, there are two ways, respectively, tax-free restructuring with- and without permission from SKAT

Supply of assets is when a company, without being dissolved, transfers all its assets, or a part of the company, to another company. The company that transfers assets and liabilities in the receiving company receives remuneration in the form of shares in the receiving company.

Share exchange is when the shareholder exchanges shares in a company with shares in another existing or newly established company, in order to achieve (or expand) the majority of the votes in the company.

A merger is when two or more companies merge and then appear as a single legal entity. A merger exists when a company transfers its assets (overall) to another company or fuses with it. A merge I also defined as one or more companies dissolved without liquidation and transferring assets and liabilities to either an existing or a newly established company. There can be both horizontal, vertical and reverse vertical mergers.

In case of cleavage, the different activities in a company are divided separately, afterwards one or more of the company's division are split into one or more existing or newly established companies. The shareholders of the transferring company receive remuneration in the form of shares in the receiving company and/or cash consideration.

There are some general conditions that must be met for tax-free restructuring, and there are some specific rules for restructuring with- and without permission from SKAT. In general, it can be said that in connection with an authorization from SKAT, there must be a business justification for the restructuring. The main purpose of the restructuring must not be tax evasion. However, when a restructuring is made without permission from SKAT,

there is no requirement for business reasons, but typically a requirement of 3 years of ownership.

The more specific rules and conditions are mentioned in the thesis to which I refer. The thesis also includes some examples of when the individual restructuring options are most appropriate to use in different situations. I have made some different fictional examples to give a better understanding of the subject and its possibilities.

In relation to which restructuring model is best, it can not be decided unless it is a concrete situation. It is always based on a concrete assessment, that you analyze which method is most appropriate in the given situation. During this thesis I have given some examples of when the individual restructuring methods are best suited and when they are most often used.

1.2 Indledning

Omstrukturering er en mulighed der er relevant for både enkeltmandsvirksomheden (efter omdannelse til selskab) og selskaber. Den ejer- og/eller koncernform man valgte ved stiftelsen, er ikke nødvendigvis den rette længere, hvorfor man skal kigge fremad i forhold til hvor virksomheden skal hen.

Fokus for denne afhandling er på de muligheder der foreligger for henholdsvis aktie- og anpartsselskaber. Der kan være mange årsager til omstrukturering, men nogle af de typiske scenarier er:

- Ønske om finansiering og investorer
- Nye medejere i hele eller dele af virksomheden, herunder generationsskifte
- Frasalg af hele eller dele af virksomheden
- Udskillelse af aktiviteter i selvstændige selskaber

Der kan være mange grunde til at selskaber ønsker at foretage en omstrukturering, og der skal i den forbindelse tages stilling til om man vil foretage en skattepligtig- eller en skattefri omstrukturering.

Der er 4 muligheder for omstrukturering af selskaber, henholdsvis aktieombytning, tilførsel af aktiver, fusion og spaltning, og i 2007 blev det ved lov muligt for danske selskaber at foretage skattefrie omstruktureringer uden forudgående tilladelse fra SKAT.

Om man skal foretage en omstrukturering skattepligtig eller skattefri (med eller uden tilladelse), vil altid bero på en konkret vurdering i den enkelte sag. I forhold til vurderingen er det naturligvis vigtigt at kende mulighederne og betingelserne, der skal være opfyldt for at kunne anvende de enkelte omstruktureringsværktøjer, og kende de skatteretlige (og selskabsretlige) konsekvenser heraf.

Generelt er betingelserne for skattefrie omstruktureringer lavet for at imødegå skatteundgåelse og skatteunddragelse, og såfremt selskabet ikke overholder disse betingelser, vil omstruktureringen blive skattepligtig.

Med udgangspunkt i ovenstående betragtninger er problemformulering og afgrænsning lavet nedenfor.

1.3 Problemformulering

Jeg vil undersøge mulighederne for omstrukturering af selskaber via aktieombytning, tilførsel af aktiver, fusion og spaltning, herunder analysere hvilke muligheder der er hensigtsmæssige i forskellige konkrete situationer og de deraf følgende betingelser og konsekvenser.

Afhandlingen vil omfatte følgende:

- Gennemgang af de 4 omstrukturingsmuligheder
- Beskrivelse af betingelser for omstrukturering med og uden tilladelse
- Beskrivelse af skattefri og skattepligtig omstrukturering
- Analyse af konsekvenserne for omstruktureringen, primært med fokus på det skatteretlige område
- Vurdering af hvilket omstrukturingsværktøj der er hensigtsmæssig i forskellige konkrete eksempler.

1.4 Afgrænsning

Generelt er afhandlingen lavet med fokus på det skatteretlige område, men selskabsret er dog inddraget i det omfang det er fundet nødvendigt og relevant i forhold til korrekt gennemførelse af omstruktureringer. De civilretlige, ansættelsesretlige og konkurrenceretlige konsekvenser afgrænses der for.

Jeg vil afgrænse mig for forhold, som vedrører beskatning af personer, dog vil der være beskrivelse af afståelse af aktier uden dybere behandling heraf.

Der vil kun blive fokuseret på danske selskaber og koncerner, hvorfor internationale omstruktureringer og de regler der knytter sig hertil, ikke vil blive gennemgået.

Jeg vil igennem afhandlingen udelukkende afgrænse mig til aktie- og anpartsselskaber. Enkeltmandsvirksomheder, I/S'er, K/S'er, fonde og foreninger m.v. vil således ikke blive gennemgået.

Når der foretages omstruktureringer, vil det medføre at der sker ændringer i en koncern, enten i form af at der etableres nye selskaber, opløses gamle selskaber eller der på anden vis ændres ved koncernen. Dette kan have forskellige konsekvenser som for eksempel

sambeskatning og udlodning af skattefrit udbytte. I denne afhandling er disse konsekvenser kun nævnt kort hvor det har været relevant, der er således ikke foretaget en dybere analyse heraf.

Afhandlingens formål er at afdække det skatteretlige grundlag og de betingelser og konsekvenser der er ved omstrukturering af selskaber, hvorfor jeg har valgt at udelade problemstillinger som værdiansættelse af goodwill, aktiver og passiver, da det er et omfattende emne, der ville kunne danne grundlag for en selvstændig afhandling.

1.5 Metode

Fremgangsmåden med afhandlingen har været med udgangspunkt i lovgivningen og bogen "Generationsskifte og omstrukturering – Det skatteretlige grundlag" af Birgitte Sølvkær Olesen. Analysemetoden er analytisk, som udelukkende beskriver hvordan gældende ret er.

Der er taget udgangspunkt i lovgivningen, bogen som nævnt ovenfor samt retspraksis og domme der har været på området. Der analyseres nogle steder mere i dybden i forhold til eksempelvis domme og afgørelser end andre steder, for at holde fokus på den primære del af problemformuleringen, nemlig at analysere mulighederne og den mest hensigtsmæssige omstrukturering i de givne konkrete situationer.

Opgaven starter beskrivende i forhold til de 4 omstrukturingsmuligheder, hvorefter den bliver mere analyserende undervejs i forbindelse med domme og afgørelser (retspraksis), for til sidst at være analyserende og vurderende i valg af omstrukturingsværktøj i de givne konkrete eksempler.

Der er lavet en systematisk og grundig beskrivelse af de 4 omstrukturingsmuligheder, først med en beskrivelse af de grundlæggende betingelser, og senere de specielle regler gældende for henholdsvis skattefri omstrukturering med og uden tilladelse samt skattepligtig omstrukturering. Til sidst rundes der af med en kort beskrivelse af de selskabsretlige forhold gældende for de enkelte omstrukturingsværktøjer.

Igennem afhandlingen vil der blive henvist til en række forskellige lov, og i disse sammenhænge er der anvendt forkortelser som er angivet nedenfor:

- Aktieavancebeskatningsloven, ABL

- Fusionsskatteloven, FUL
- Selskabsskatteloven, SEL
- Selskabsloven, SL
- Ligningsloven, LL
- Skatteministeriets afgørelser, domme og kendelser mv., SKM

For at skabe et godt overblik over afhandlingen, er den opdelt i følgende kapitler:

Kapitel 1, indeholder abstract, indledning, problemformulering, afgrænsning, metode samt kildekritik

Kapitel 2, omhandler aktieombytning

Kapitel 3, omhandler fusion

Kapitel 4, omhandler tilførsel af aktiver

Kapitel 5, omhandler spaltning

Kapitel 6, indeholder en vurdering af de hensigtsmæssige omstrukturingsmuligheder ud fra nogle konkrete eksempler

Kapitel 7, vedrører den komprimerede konklusion på afhandlingen og selve besvarelsen af problemformuleringen.

Kapitel 8, indeholder en perspektivering

Kapitel 9, indeholder angivelse af kilder

1.6 Kildekritik

Jeg har grundlæggende taget udgangspunkt i bogen "Generationsskifte og omstrukturering" af advokat Birgitte Sølvkjær Olesen, hvor der er en del henvisninger til paragraffer og afgørelser som jeg har efterprøvet og sammenholdt med love og bekendtgørelser m.v. Med udgangspunkt i dette har jeg vurderet en høj troværdighed og objektivitet i forhold til kilderne der er anvendt i denne afhandling, da den primære kilde er testet til lovgrundlag herunder SKATs juridiske vejledning.

2. Aktieombytning

I en aktieombytning ombytter aktionæren sine aktier i et selskab med aktier i et andet allerede eksisterende eller nystiftet selskab, for at opnå (eller udvide i tilfælde af at man allerede har flertallet af stemmerne) flertallet af stemmerne i selskabet. Ved at gennemføre en aktieombytning etableres der en moder-/datterstruktur, hvor der vil være mulighed for at opspare likvid kapital i holdingselskabet (moder) uden driftsrisiko via udbetaling af skattefrit udbytte, og samtidig slanke balancen i datterselskabet. På den måde vil det således være billigere for tredjemand at købe sig ind i datterselskabet. Holdingselskabet kan herefter frasælge aktierne i datterselskabet uden beskatning, såfremt det ejer mindst 10 % af aktierne i datterselskabet, eller hvis der er tale om skattefrie porteføljeaktier eller koncernaktier.

Aktieombytning dækker over afståelse af aktier af enhver form, hvor vederlaget for aktierne/anparterne erlægges i kapitalandele eventuelt kombineret med et kontant vederlag. I praksis benyttes betegnelsen aktieombytning dog primært i de tilfælde hvor der etableres en holdingkonstruktion, ved at indskyde aktierne i et selskab A (det erhvervede selskab) som apportindskud i et andet selskab B (det erhvervende selskab), for hvilket indskud aktionæren i selskab A herefter modtager aktier i selskab B.

2.1 Beskatning, herunder skattepligtig aktieombytning

Aktieombytning medfører beskatning efter ABL. Ifølge ABL §8 *”gevinst og tab ved afståelse af datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og porteføljeaktier omfattet af §4C medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst”*. På den måde kan selskaber afstå aktierne i et andet selskab skattefrit, ved et ejerskab på minimum 10%, mens et selskab, der ejer under 10% i et andet selskab, vil blive skattepligtigt ved salget ifølge ABL §9, med mindre der er tale om skattefrie porteføljeaktier (ABL §4C), koncernaktier (ABL §4B) eller egne aktier (ABL §10).

Hvis der modsat er tale om personer vil man uanset ejerandel blive skattepligtig ved afståelse af aktier i et selskab efter ABL §12.

Det kan dog være fordelagtigt at anvende skattepligtig aktieombytning i de tilfælde, hvor der er en forholdsvis lav beskatning eller hvis ejeren tidligere har solgt aktier med tab. En eventuel ny gevinst kan nemlig fratrækkes i tidligere tab jf. ABL.

I praksis gennemføres en aktieombytning ofte efter ABL §36, hvor aktieombytningen ikke udløser beskatning på ombytningstidspunktet, men på et senere tidspunkt, dvs. når aktierne i holdingselskabet afstås, enten i form af at holdingselskabet likvideres eller går konkurs.

Ifølge ABL §36, har aktionærerne i det erhvervede selskab adgang til at lade sig beskatte efter regelsættet i fusionsskattelovens §§9 og 11, når begge selskaber i aktieombytningen; *"er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF, eller er selskaber som svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemmehørende i lande uden for EU"*.

Ovenstående uddrag af ABL §36 er i væsentligt omfang jf. EU-retslig regulering, hvor ABL §36 stk. 3 der beskriver at SKAT kan tillade at der ikke sker beskatning efter ABL §§ 9, 12-14, 17-19 og 22 er en national dansk bestemmelse.

Man kan gennemføre en skattefri aktieombytning både med tilladelse og uden tilladelse. Under nogle givne forudsætninger kræves der ikke tilladelse for at kunne gennemføre en skattefri aktieombytning ifølge ABL §36 stk. 6. Der er her tale om et såkaldt objektivt regelsæt, idet skattemynderen har krav på en skattefri aktieombytning, hvis betingelser herfor er opfyldt. ABL § 36 stk. 1 forudsætter derimod at de subjektive betingelser (med tilladelse) er opfyldt, herunder at ombytningen er forretningsmæssigt begrundet.

Man skal være opmærksom på omgåelsesklausulen i ligningslovens §3 ved grænseoverskridende omstruktureringer, hvilket dog ikke er gennemgået yderligere i denne afhandling.

2.2 Skattefri aktieombytning – de grundlæggende betingelser

I de følgende afsnit beskrives de grundlæggende betingelser der er gældende for skattefrie aktieombytninger, både vedrørende aktieombytning med og uden tilladelse fra SKAT.

2.2.1 Hvilke selskaber er omfattet

Retten til at udskyde beskatningstidspunktet i forbindelse med afståelsen, forudsætter at både det erhvervende og det erhvervede selskab er selskaber i en medlemsstat* eller er selskaber der svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber**, men som er hjemmehørende i et land uden for EU.

* Disse selskaber er opremset i direktiv 2009/133EF som tidligere benævnt.

** Disse lignende selskaber vil bero på en konkret vurdering hver gang. Der vil blive lagt vægt på, om der er tale om et erhvervsdrivende selskab med en fast indskudt kapital, hvor ingen hæfter personlig men begrænset til den indskudte kapital, der har selvstændige vedtægter, hvor der er mulighed for udvidelse af deltagerkreds (aktierne er omsættelige), hvor der er krav om likvidator ved opløsning/ophør herunder deling af egenkapital efter indskud, og hvor selskabet samtidig er undergivet en retlig regulering. Der kan tillige lægges vægt på andre forhold, hvorfor mindre afvigelser fra foranstående ikke uden videre medvirker til at tilladelse til succession vil være udelukket.

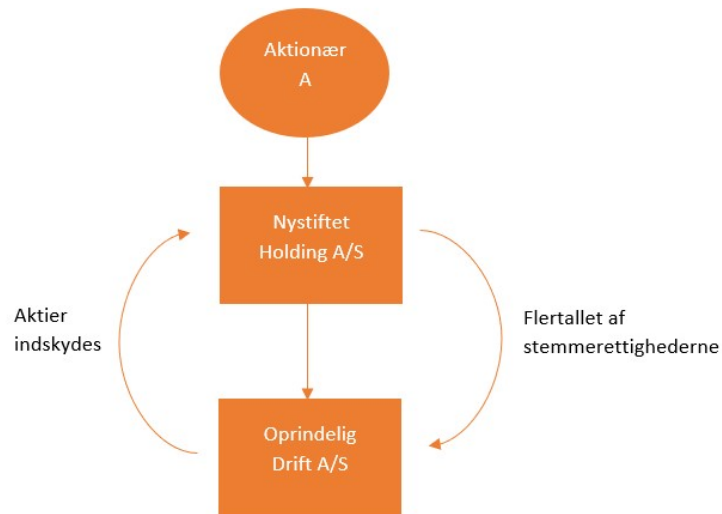
Det er endvidere vigtigt at understrege at ABL §36 stk. 1, 5 pkt. fortæller at bestemmelsen ikke finder anvendelse, når enten det erhvervede eller det erhvervende selskab ved beskatning her i landet anses for at være en transparent enhed, bestående af eksempelvis partnerselskaber, kommanditselskaber og interessentskaber.

Såfremt man ikke opfylder ovenstående krav om at være et selskab i en medlemsstat eller svarende til et dansk aktie- eller anpartsselskab beliggende uden for EU, er der mulighed for at ansøge om tilladelse ifølge ABL §36 stk. 3. Denne bestemmelse giver mulighed for at lave en aktieombytning, selvom det ene af selskaberne eller begge selskaber ikke er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat eller svarende til et dansk aktie- eller anpartsselskab. Her er der dog et krav om, at det erhvervende selskab B opnår helejerskab i det erhvervede selskab A, og kun modtager aktier og eventuelt en kontant udligningssum.

Herudover fremgår det af ABL §36 stk. 5 at der alene kan ske aktieombytning med ejerandele i et investeringsselskab (omfattet af ABL §19) jf. ABL §36 stk. 3, såfremt det erhvervende selskab også er et investeringsselskab (omfattet af ABL §19). Tilsvarende er der indsat begrænsninger for ABL §§ 21 og 22 vedrørende investeringsinstitutter.

2.2.2 Flertalskravet, herunder et eksempel og afgørelser

Nedenstående eksempel viser en simpel aktieombytning, hvor aktieposten indskydes i et nystiftet holdingselskab, hvor holdingselskabet opnår flertallet af stemmerettighederne i driftsselskabet. Herved opnås der en holdingkonstruktion, hvor aktionæren herefter besidder aktier i holdingselskabet og holdingselskabet besidder aktiekapitalen i det oprindelige driftsselskab.



Kilde: Egen tilvirkning

Det er et krav at selskabet der modtager aktieindskuddet (i dette tilfælde holdingselskabet) opnår stemmeflertallet i det oprindelige selskab, såfremt det ikke i forvejen besidder et sådant flertal. Der skal opnås et simpelt flertal beregnet på grundlag af det erhvervede selskabs kapital, hvor der samtidig skal tages højde for en eventuel opdeling i A- og B-aktier med stemmedifferentiering på aktieklasserne.

Det der er afgørende i forhold til stillingtagen til stemmeflertal, er ikke om der formelt set er etableret et stemmeflertal, men derimod om der er et reelt faktisk stemmeflertal. Her kan ejeraftaler eller andre former for aftaler mellem kapitalejerne eller med tredjemand – der begrænser det reelle flertal også få stor betydning. Hvor vidt der foreligger en begrænsning af det reelle flertal, må bero på en konkret vurdering i de forskellige situationer. Det kan være aftaler om vetoet og enstemmighed der kan forhindre en aktieombytning.

Det fremgår af den juridiske vejledning 2018-1, punkt. C.D.6.3.3.1., at *"Som altovervejende hovedregel vil en bestemmelse i en ejeraftale eller lignende, der giver en mindretalsaktionær vetoet - eller på anden måde mulighed for at blokere for en eller flere beslutninger - være en hindring for, at der kan gives tilladelse til skattefri aktieombytning."*

Som rådgiver er man derfor nødsaget til at være bekendt med alle typer af aftaler som kunne være vetoet givende for mindretalsaktionærer.

Ifølge ABL §36 stk. 2, 2. pkt. fremgår det at kravet om opnåelse af flertallet af stemmerne anses for opfyldt, på trods af at det erhvervende selskab umiddelbart efter aktieombytningen spaltes efter reglerne i fusionsskattelovens §15 a. Denne bestemmelse beskriver dermed at den i praksis meget anvendte model, hvor der først gennemføres en aktieombytning, for umiddelbart bagefter at lave en spaltning af holdingselskabet i to eller flere selskaber – ikke er i strid med flertalskravet.

Der er nogle forskellige interessante afgørelser på området, og de er kort gennemgået nedenfor:

Tfs2006.720LSR omhandler en afgørelse hvor der ikke blev givet tilladelse til aktieombytning. Person A, der ejede 52% af stemmerne i et selskab, ønskede at foretage en aktieombytning med anparter i et holdingselskab. De resterende 48% af stemmerne var fordelt mellem to øvrige anpartshavere. Anpartshaverne havde indgået en anpartshaveroverenskomst, hvoraf det fremgik, at væsentlige beslutninger skulle træffes på anpartshavermøderne. Selvom det ikke fremgik af overenskomstaftalen, at beslutningerne krævede kvalificeret majoritet eller enstemmighed, vurderede landsskatteretten alligevel at en beslutning om aktieombytning kun kunne træffes ved enighed blandt anpartshaverne, hvorfor holdingselskabet reelt ikke havde flertallet af stemmerne i selskabet, og der dermed ikke kunne gives tilladelse til ombytning.

Ovenstående afgørelser bekræfter vigtigheden af forhold beskrevet i kapitalejeraftaler og øvrige vetoret aftaler, som kan få betydning for accept af anmodning.

Tfs1999.787LR omhandler en aktieombytning hvor to brødre ejede 50 % af kapitalen i selskab B. Den ene bror X erhvervede nom. 1.000 kr. fra den anden bror Y, hvorefter han søgte tilladelse til at indskyde sin anpartspost (fra sit nye selskab A) ind i det fælles selskab B. Han fik i første omgang afslag, pga. overdragelsen på nom. 1.000 kr. anparter alene var sket med henblik på at skabe mulighed for aktieombytning. Afslaget blev indbragt for folketingets ombudsmand, og der vurderes her at være et nyt element i sagen – hvorfor sagen blev sendt retur til ligningsrådet, hvor der var flere diskussioner frem og tilbage. Sagen ender med at de får lov til at lave en aktieombytning, med en betingelse om at ejerbesiddelsen ikke blev reduceret inden for de næste 3 år. SKAT kan ikke generelt give et afslag på grund af omgåelse, men de må konkret vurdere den aktuelle sag og se om

omgåelsesmuligheden kan forhindres eksempelvis ved indsættelse af vilkår – i dette tilfælde via en forudsætning om 3 års aktiebesiddelse.

Det vi kan lære af ovenstående afgørelse, er at ved et ejerskab på 50 % - 50 % vil der godt kunne ske en overdragelse af en mindre aktiepost til den anden part kort tid før aktieombytningen, således der opnås flertal – men der skal være tale om en blivende tilstand, da det ellers vil blive betegnet som proforma/omgåelse.

SKM2008.182SR og **SKM2009.646SR** er to sager hvor der gennemføres en aktieombytning efter det objektive regelsæt. Afgørelsen fra 2008 omhandler at selvom det var åbenbart, at det erhvervende selskab alene ville opnå flertallet af stemmerne i en kort periode, var flertalskravet stadig opfyldt for at kunne gennemføre aktieombytningen. Afgørelsen fra 2009 bekræfter ligeledes at aktieombytningen fortsat ville være skattefri – selvom der efterfølgende gennemføres en kapitalforhøjelse, hvor tredjemand indskyder kapital, således at selskabet ejes af to anpartshaver med 50% ejerandel.

Med udgangspunkt i ovenstående to sager, viser resultatet at aktieombytning efter det objektive regelsæt, at det afgørende er at flertalskravet er opfyldt på ombytnings-tidspunktet og ikke nødvendigvis efterfølgende. Nyeste praksis jf. nedenstående trækker dog i modsat retning.

SKM2012.504SR er en anden afgørelsen, hvor skatterådet udtrykker at man skal vurdere de enkelte dispositioner samlet. Denne sag omhandler en 100 % ejer (Person X) af selskabet A ApS, hvor et selskab B påtænker at indtræde i selskabet, hvorefter selskab B skal tegne ny kapital i A ApS. Ejeren person X påtænker at gennemføre en skattefri anpartsombytning uden tilladelse, og herefter eller lige før ændre vedtægterne i selskabet A ApS, så anpartskapitalen opdeles i 2 anpartsklasser. Herefter skal der ske en kapitalforhøjelse i selskab A ApS, med mulighed for forlods udbytteret knyttet til de anparter som ejes af X. Den total plan bliver vurderet af skatterådet, og de fandt at flertalskravet ifølge ABL § 36 ikke var iagttaget.

Det betyder altså at SKAT vurderer den totale plan samlet, her er det ikke nok at flertalskravet er opfyldt på ombytningstidspunktet, når det allerede på ombytningstidspunktet er planlagt at det erhvervende selskab mister flertallet af stemmerne umiddelbart efter aktieombytningen. Denne sag omhandler dog primært en

konkret vurdering af hvorvidt flertalskravet i ABL §36 stk. 2 er opfyldt. Derfor antages SKM2008.182SR og SKM2009.646.SR fortsat at være gældende praksis for de objektive regler, hvorimod denne afgørelse kunne få afsmittende virkning på SKATs praksis efter de subjektive regler dvs. med tilladelse (i henhold til den juridiske vejledning 2018-1, punkt C.D.6.3.3.1.)

2.2.3 Ejerandele der kan indgå i en aktieombytning

De ejerandele der kan indgå i en aktieombytning, er aktier omfattet af ABL §1, herunder anparter i anpartsselskaber, andelsbeviser, omsættelige investeringsbeviser og lignende værdipapirer, ejerandele i selskaber omfattet af SEL § 2c, samt tegningsretter osv. En køberet til aktier kan ikke indgå i aktieombytning, fordi en køberet ikke beskattes i henhold til ABL. Herudover fremgår det af den juridiske vejledning 2018-1, punkt C.D.6.3.3.2 at konvertible obligationer ikke kan indgå, disse obligationer skal først konverteres til aktier for at kunne deltage i eventuel ombytning.

Der er i dag intet krav til at det selskab, hvis ejerandele ønskes ombyttet, retligt er til stede på ansøgningstidspunktet. Dette skyldes at man skal have mulighed for at planlægge et omstrukturingsforløb, for at sikre den mest fordelagtige forretningsmæssige udvikling.

Ifølge ABL §36 er udgangspunktet at de aktier, der ombyttes, skal repræsentere en værdi. Hvis de indskudte aktier er uden værdi, kan der ikke opgøres et vederlag, og der kan dermed ikke foretages en skattefri ombytning.

Det fremgår af retspraksis at der ikke kan foretages en skattefri aktieombytning, såfremt der på ansøgningstidspunktet er en negativ egenkapital i det selskab, hvis aktier ønskes ombyttet. Det er forholdet på ansøgningstidspunktet der er afgørende og ikke efterfølgende begivenheder. På den måde er det altså muligt at gennemføre en ombytning, selvom seneste årsrapport viser en negativ egenkapital, hvis ansøger på ansøgningstidspunktet kan dokumentere en positiv egenkapital. Det kan vi udlede af SKM2002.514TSS, hvor seneste årsrapport viste en negativ egenkapital, men hvor oparbejdet goodwill ikke var bogført hvorfor værdien heraf ikke var afspejlet i årsrapporten. Det er altså den faktiske værdi af selskabet på ansøgningstidspunktet, uanset om det er bogført eller ej, der er afgørende ved stillingtagen til hvorvidt aktieombytningen kan foretages.

2.3 Skattefri aktieombytning – øvrige betingelser

I de følgende afsnit beskrives de øvrige betingelser der er gældende for skattefrie aktieombytninger henholdsvis med og uden tilladelse fra SKAT.

2.3.1 Fuld skattepligtig til Danmark

En yderligere betingelse for at kunne foretage en skattefri aktieombytning, er at aktionæren skal være fuldt skattepligtig til Danmark i forbindelse med afståelsen af aktierne.

2.3.2 Vederlaget for de ombyttede aktier

Vederlaget for de ombyttede aktier skal både jf. ABL §36 stk. 2 og stk. 3, ske i form af ejerandele i det erhvervede selskab, samt eventuelt delvist i form af kontanter. Kontante udligningssummer beskattes som udbytte hos aktionærerne i det indskydende selskab jf. ABL §35, der henviser til FUL §9. Kontante udligningssummer omfatter alle andre vederlag, som ikke er aktier i det modtagende/erhvervende selskab. Der er en enkel undtagelse til udbyttebeskatningen af kontante udligningssummer, nemlig hvis aktionæren helt udtræder af koncernen. Her behandles udligningssummen som aktieafståelse efter reglerne i ABL, dvs. som avancebeskatning – under forudsætning af, at aktionæren ikke ejer aktier i det indskydende selskab, det modtagende selskab eller hermed koncernforbundne selskaber efter omstruktureringen.

Der er intet krav om at kontantvederlæggelse skal ske pro rata i forhold til aktiebesiddelser. Men det er væsentligt at bemærke at der ikke må ske en forskydning i rettigheder og formueforhold mellem de deltagende aktionærer.

En skattefri aktieombytning gennemføres enten som en nystiftelse af et selskab ved apportindskud eller ved en kapitalforhøjelse ved apportindskud, og jf. selskabsloven udarbejdes en vurderingsberetning af en uvildig vurderingsmand. Hvis der deltager flere aktionærer i en ombytning, vil SKAT også være opmærksom på, at der ikke sker en forrykning mellem aktionærerne, og at ombytningen således sker til handelsværdier, især ved overdragelse indenfor familiekredsen, eksempelvis fra far til søn.

2.3.3 Frister for gennemførelse og indberetning

ABL §36 stk. 4, definerer at ombytningen skal være gennemført indenfor 6 måneder fra første ombytningsdag. Det fremgår endvidere at SKAT kan give dispensation og forlænge

fristen ud over perioden på de 6 måneder, eksempelvis i forbindelse med masseombytninger/generelle tilladelser, der ikke er tilendebragt inden for den 6 måneders periode. Vederlag der skal ydes i forbindelse med ombytningen, skal således ydes senest 6 måneder efter ombytningsdagen.

Overskrider man fristen på de 6 måneder, og er der ikke meddelt dispensation anses aktieombytningen som skattepligtig som konsekvens heraf. Der er dog fortsat mulighed for at anvende de skattefrie aktieombytningsregler jf. ABL §36 stk. 6 (ombytning uden tilladelse), såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Disse regler er beskrevet i afsnit 2.5

En skattefri aktieombytning kan ikke gennemføres med tilbagevirkende kraft, modsat skattefrie spaltninger og tilførsel af aktiver – hvor det er muligt at gennemføre med tilbagevirkende kraft.

Der er som udgangspunkt intet anmeldelseskrav for gennemførelse af skattefrie aktieombytninger, med mindre der er tale om en skattefri ombytning med tilladelse, og det fremgår af denne tilladelse. Ved ombytninger uden tilladelse fremgår det af ABL §36 stk. 7, at selskabet senest i forbindelse med indgivelse af selvangivelse til SKAT skal oplyse om eventuel deltagelse i en skattefri aktieombytning.

Ved en aktieombytning stiftes der enten et nyt selskab eller der foretages en kapitalforhøjelse, hvorved der er nogle selskabsretlige frister, der skal overholdes. Ifølge SL skal stiftelsen af et kapitalselskab anmeldes til erhvervsstyrelsen senest 2 uger efter stiftelsesbeslutningen er truffet. Ved kapitalforhøjelse skal beslutningen være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest 2 uger efter at fristen for kapitalandelens indbetaling er udløbet eller indbetaling er sket. Det fremgår af selskabsloven §§9 og 173. Ved ombytning bliver kapitalforhøjelsesbeløbet indbetalt straks, hvorfor anmeldelsesfristen vil være 2 uger fra ombytningstidspunktet.

2.3.4 Opsamling

Afsnit 2.2. og 2.3 omhandler de betingelser der er gældende for skattefrie aktieombytninger generelt, uanset om der er tale om ombytning med eller uden tilladelse fra SKAT. Nu vil jeg kigge nærmere på de særlige betingelser der er for henholdsvis aktieombytning med tilladelse (afsnit 2.4) og uden tilladelse (afsnit 2.5).

2.4 Aktieombytning med tilladelse (subjektive forhold)

ABL §36 stk. 1 og 3, forudsætter SKATs tilladelse, herunder at der i forbindelse med tilladelsen kan fastsættes særlige vilkår for ledelsen. Særlige vilkår for ledelsen og afslag på anmodning om tilladelse til aktieombytning kan indbringes for landsskatteretten i henhold til skatteforvaltningslovens §11 stk. 1 nr. 1. Hvis ansøger mener, at der for eksempel er stillet urimelige vilkår, vil dette kunne indbringes for landsskatteretten inden 3 måneder efter afgørelsen er truffet. Herudover kan landsskatterettens afgørelser indbringes for domstolene.

Der er intet til hinder for at ansøgningen indgives på vegne af en juridisk person, der på ansøgningstidspunktet endnu ikke er stiftet, eksempelvis i forbindelse med ønsket om en skattefri virksomhedsomdannelse med efterfølgende ombytning af aktier i et nystiftet holdingselskab.

I forbindelse med tilladelsen, vil der ofte blive stillet krav om, at eventuelle efterfølgende ændringer skal anmeldes til SKAT, og de skal anmeldes senest 3 måneder forud for den påtænkte gennemførelse, såfremt der er tale om en viljebestemt forudsigelig disposition. Hvis der er tale om en uforudsigelig disposition, skal det anmeldes til SKAT senest 1 måned efter at forholdet er kommet til ansøgerens kendskab.

Hvis vilkår eller anmeldelsesfrist ikke overholdes, er konsekvensen at tilladelsen bortfalder. Det vil dog være en konkret vurdering, hvorvidt de ændrede forhold er af en sådan karakter, at grundlaget for den oprindelige tilladelse ikke længere er til stede.

Tilladelse om skattefri aktieombytning, hvor beskatning først sker på et senere tidspunkt (ved afståelse, likvidation eller konkurs), kan alene ske på baggrund af forretningsmæssige begrundede dispositioner. I forbindelse med SKATs behandling af ansøgningen undersøges motivet bag ombytningen. Det er nærmere beskrevet nedenfor.

2.4.1 Formålet skal være forretningsmæssigt begrundet

Ansøgninger formuleret ved eksempelvis at opnå en hensigtsmæssig koncernstruktur eller at aktieombytningen muliggøre et fremtidigt generationsskifte er ikke tilstrækkeligt forretningsmæssigt begrundet. Skatteyderen må ikke opnå skattemæssige fordele i forbindelse med ombytningen. Dette har retspraksis nogle eksempler på, herunder:

SKM2005.167ØL, hvor ansøgningen var begrundet med minimering af driftsrisiko, forberedelse af generationsskifte og behovet for stiftelse af yderligere datterselskaber i fremtiden. Ansøgningen var ikke nærmere konkretiseret eller dokumenteret og blev det heller ikke under sagens behandling. Skatteministeriet gjorde gældende at begrundelsen var af generel karakter eller "rene påstande" der altid kunne fremføres som begrundelse for skattefrie omstruktureringer. I en anden afgørelse **SKM2006.345LSR** var formålet sammenligneligt med foranstående, dog præciseret yderligere med at der var overvejelser om yderligere ejendomsopkøb og at den ønskede aktieombytning gav mulighed for at foretage ejendomsopkøb i et selvstændigt selskab under holdingselskabet. Efter regionen havde afvist anmodningen, gav landsskatteretten dog tilladelse hertil, da hovedformålet ud fra en samlet betragtning ikke var at opnå udskydelse af aktieavancebeskatningen med deraf følgende skattebesparelse.

Ansøgning om tilladelse til skattefri aktieombytning bør derfor udarbejdes omhyggeligt og nøje beskrive det forretningsmæssige formål, og dermed begrundes i det modsatte af skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Hvis SKAT finder at sidstnævnte er hovedformålet, gives der afslag til ansøgningen, alternativt stilles der vilkår der sikrer at det ikke bliver udfaldet af omstruktureringen. SKAT vil fokusere på de faktiske forhold der er afgørende for dispositionen, og der vil altid være tale om en konkret vurdering i de forskellige situationer.

I det følgende afsnit har jeg gennemgået nogle eksempler på forretningsmæssigt begrundede formål i praksis.

2.4.1.1 Eksempler på forretningsmæssige formål

2.4.1.1.A Generationsskifte

SKM2003.118TSS, var en sag hvor to anpartshavere ejede 2/3 af kapitalen i driftsselskabet, og de anmodede om tilladelse til skattefri aktieombytning umiddelbart efterfulgt af skattefri ophørsspaltning af det ved aktieombytningen etablerede holdingselskab. Herefter ville der være to holdingselskaber der var 100% ejet af hver af de to anpartshavere, der hver ejede 33% af anpartskapitalen i det oprindelige driftsselskab. Baggrunden herfor var at lette et senere generationsskifte (om 5-10 år), og lette udbyttepolitikken for datterselskabet, samt at gøre det nemmere at tilpasse

likviditeten til driftsselskabet. Denne ansøgning blev ud fra en helhedsvurdering imødekommet af SKAT.

Det er ikke nok at ansøgningen begrundes med ønske om generationsskifte, men nærmere en redegørelse for hvorledes dette generationsskifte påtænkes gennemført, herunder at denne skattefrie aktieombytning er et nødvendigt element i denne plan. Det er ud fra denne helhedsvurdering SKAT behandler ansøgningen, men på den måde må der heller ikke indtræde væsentligt ændrede forhold (i forhold til det oplyste) – uden at SKAT modtager meddelelse herom.

SKM2007.807DEP var en omstrukturering begrundet med at to medarbejdere på sigt skulle overtage det fulde ejerskab over driftsselskabet, men de havde ikke tilstrækkelige frie midler til at finansiere købet. Den skattefrie omstrukturering ville give mulighed for at løbende overskud i driftsselskabet kunne udloddes skattefrit, og de to medarbejdere kunne på sigt gradvis overtage kontrollen uden behov for ekstern finansiering.

Hvis man ikke er i stand til at konkretisere eller sandsynliggøre det forretningsmæssige hensyn og det samtidig medfører skattemæssige fordele, må det antages, at det sidstnævnte har været hovedformålet eller et af hovedformålene bag ønsket om omstruktureringen.

2.4.1.1.B Hæftelsesbegrænsning

Et udpræget motiv bag en omstrukturering i praksis er ønsket om (via koncerndannelse) at foretage en hæftelsesbegrænsning, opsparring af likviditet i holdingselskab, adskilt fra driftsrisikoen i driftsselskabet, eller adskilt fra driftsejendom i et særskilt selskab under holdingselskabet.

SKM2002.644LSR, i denne sag fandt landsskatteretten på baggrund af en samlet vurdering at der var tale om en forretningsmæssig begrundelse. Hovedformålene bag omstruktureringen var beskrevet ved at etablere en enkel selskabsstruktur, at foretage en risikoafgrænsning, at forberede et generationsskifte samt at skabe mulighed for etablering af selvstændige datterselskaber som skulle modtage større ordrer – hvilket samlet set var forretningsmæssige dispositioner. Det fremgår ikke tydeligt hvilken del landsskatteretten lagde mest vægt på, men ud fra en samlet vurdering var motiverne bag omstrukturering vurderet forretningsmæssigt begrundet.

Tfs1997.207LR, heraf fremgår det tydeligt at ønsket om aktieombytning for alene at undgå skat, ikke er en forretningsmæssig begrundelse. I denne sag ønskede man at adskille den frie egenkapital fra den forretningsmæssige risiko og lade et fremtidigt generationsskifte. Her endte sagen med imødekomme af ansøgning med vilkår om helejerskab af det fremtidige datterselskab skulle bevares i mindst 3 år efter ombytningen.

2.4.1.1.C Omstrukturering

Omstrukturering er typisk en forretningsmæssig begrundet disposition, forudsat at den ikke er begrundet i ønsket om skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Tfs1997.569LR, omhandler en tilladelse til to skattefrie aktieombytninger i forlængelse af hinanden, hvilket resulterede i at første aktieombytning blev godkendt, mens den 2. aktieombytning ikke opfyldte flertalskravet.

Det kan udledes af ovenstående afgørelse, at det ikke er det faktum at der ønskes to skattefrie aktieombytninger i forlængelse af hinanden, men i stedet det faktum at flertalskravet i 2. led var omgået. Begrebet forretningsmæssig relaterer sig ikke udelukkende til selskabernes aktivitet, men således også aktionærernes egne forhold, men dette beror på en (meget) konkret vurdering.

2.4.1.1.D Generelle forhold begrundet i skatteundgåelse/skatteunddragelse

I de tilfælde hvor en aktionær i et selskab, der oprindeligt er stiftet via en skattefri virksomhedsomdannelse, har en negativ anskaffelsessum (pga. tabsgivende drift), der ønsker at gennemføre en skattefri aktieombytning med det formål at etablere et holdingselskab for at undgå, at den negative anskaffelsessum kommer til beskattning i tilfælde af konkurs - vil der være tale om skatteundgåelse. Denne ansøgning vil derfor ikke blive imødekommet af SKAT. I andre tilfælde kan SKAT selvfølgelig godt imødekomme ansøgning om skattefri aktieombytning af selskaber stiftet via skattefri virksomhedsomdannelse og negativ anskaffelsessum, såfremt der blot er tale om en forretningsmæssig begrundelse.

Tilsvarende er det svært at argumentere for forretningsmæssige begrundede forhold når vi taler om rene pengetankselskaber. Ønsker om hurtigt frasalg af de ombyttede aktier eller lignende situationer er et område hvor SKAT typisk afviser begrundet i

skatteundgåelse eller unddragelse. Det er vigtigt at bemærke at selvom der foreligger et delvist forretningsmæssigt begrundet motiv, udelukker det ikke det faktum at der kan gives afslag på ansøgningen, såfremt der samtidig foreligger et betydeligt formål i at undgå beskatning.

2.4.2 Fastsættelse af vilkår – anmeldelse

Tidligere var tilladelse til ombytning ofte betinget af at aktierne ikke måtte blive afstået indenfor en 3-årig periode. Leur Bloem-dommen gjorde at praksis blev ændret fra at anvende et generelt ejertidsvilkår plus eventuelle yderligere vilkår, til at SKAT nu fastsætter vilkår om, at alle efterfølgende væsentlige ændrede forhold skal rapporteres til SKAT. Alt dette er indført for at undgå at aktieombytning bliver et redskab til skatteundgåelse. Det er dog også muligt at ejertidsvilkåret er kortere end 3 år jf. SKM2006.447SKAT, og netop med dette forhold kan aktieombytning med tilladelse foretrækkes, frem for skattefri aktieombytning uden tilladelse.

2.4.2.1 Hvornår er der væsentlige ændrede forhold

Der er som altid tale om en konkret vurdering, og generelt kan det siges at hvis grundlaget og hovedformålet med omstruktureringen er ændret skal SKAT have besked. For at konkretisere det en smule mere, er der nedenfor en ikke udtømmende med vejledende opremse over hvilke situationer hvor SKAT skal have besked om efterfølgende væsentlige ændrede forhold. Såfremt skatteyder ikke anmelder forholdene, er den oprindelige tilladelse ikke gyldig – og den skal således tilbagekaldes.

De følgende afsnit tager udgangspunkt i den juridiske vejledning 2018-1 afsnit C.D.6.3.6.1.

2.4.2.1.A Efterfølgende afståelse af ejerandele

Som altovervejende hovedregel skal der ikke ske afståelse af ejerandele i datterselskabet i minimum 3 år efter ombytningens gennemførelse. Dette dels i forhold til et egentlig salg af aktier og dels kapitaludvidelse, idet ændringer i ejerforholdet til datterselskabet er omfattet af anmeldelsespligten til SKAT. 3-årsejertidskravet er dog ikke et udtryk for at man kan gennemføre en hvilken som helst disposition efter udløbet af 3-årsperioden. Hvis det er skatteydernes intention (på ansøgningstidspunktet) at sælge aktierne efter en treårig periode skal det oplyses i ansøgningen.

2.4.2.1.B Afståelse af aktier i holdingselskabet

Tilbagesalg af aktier i holdingselskabet, er et af de forhold der skal anmeldes til SKAT jf. den juridiske vejledning. Men der er som udgangspunkt ingen begrænsninger i skatteydernes mulighed for at afstå holdingselskabsaktierne i forlængelse af en evt. ombytning. Aktieombytningen betyder jo at aktionæren succederer i den skattemæssige stilling der medfølger af datterselskabsaktierne. Derfor vil en afståelse heraf, resultere i beskatning hos aktionæren af differencen mellem den oprindelige anskaffelsessum og afståelsessummen på holdingselskabets aktier.

2.4.2.1.C Kapitalforhøjelse i datterselskabet og udstedelse af aktier til medarbejdere m.v.

Som udgangspunkt vil en kapitalforhøjelse ændre på ejerfordelingen, og på tilsvarende vis som ovenfor anført medføre beskatning, forudsat at kapitalforhøjelsen er tegnet af andre end den hidtidige aktionærkreds. Med udgangspunkt i anmeldelseskravet, er der ingen særregler i forbindelse med udstedelse af aktier til medarbejdere m.v. Men sådanne dispositioner vil typisk have en betydelig forretningsmæssig begrundelse, hvilket kan være udslagsgivende i forhold til tilladelse fra SKAT, hvorfor det bør nævnes i selve ansøgningen hvis det er kendt på forhånd.

2.4.2.1.D Kapitalnedsættelse

Kapitalnedsættelse skal altid anmeldes til SKAT. Hvis der er tale om helejerskabsombytning, vil der som udgangspunkt ikke være noget til hinder for at få SKATs godkendelse heraf, hvis det forudsættes at holdingselskabet også efter gennemførelsen af kapitalnedsættelsen bevarer helejerskabet. I andre situationer med kapitalnedsættelse hvor der ikke er tale om helejerskab, vil der i stedet reelt være tale om afståelse af aktier.

2.4.2.1.E Ændring af aktieklasser, ejeraftaler og formueforskydninger

Hvis der ændres i forhold omkring flere aktieklasser, eller aktionærene ønsker ændringer i datterselskabets aktieklassestatus, enten ved opdeling i aktieklasser, eller ændring til at der alene kun skal være én aktieklasse (hvis der var flere aktieklasser før), eller i øvrigt sker ændringer i de eksisterende aktieklassers rettigheder, vil der være tale om en væsentlig ændring, hvor der skal rapporteres til SKAT.

På samme måde skal der rapporteres, hvis der sker ændringer i ejeraftaler eller lignende, hvad enten det vedrører indgåelse/ophævelse eller øvrige væsentlige ændringer heri.

Ændring af stemmerettighed anses efter retspraksis i dag som afståelse, dog kun i de tilfælde hvor aktiemajoriteten går fra en aktionær til en anden i forbindelse med en vedtægtsændring. Hvis der ændres på ret til udbytte mellem forskellige aktieklasser, vil det også kunne vurderes som afståelse.

I sager fra retspraksis (**Tfs1997.446LR** og **Tfs1997.447LR**) fremgår det ligeledes at der lægges vægt på, at aktionærerne i det ombyttede selskab bliver vederlagt med aktier af samme karakter som dem de indskød. Eksempelvis ved at kapitalen i det nye holdingselskab blev opdelt i A- og B-Aktier, således at indskudte A- og B-aktier, blev vederlagt med henholdsvis A- og B-aktier med tilsvarende rettigheder, og at det nye holdingselskabs relative ejer- og stemmeandel af det fremtidige datterselskab blev bevaret i minimum 3 år. Ligningsrådet krævede altså i disse tilfælde at de vederlagte aktier var identiske med de ombyttede aktier, og inden for 3 år måtte der ikke ske nogen forskydning i det nye holdingselskabs relative stemme- og ejerandel.

Ændringer der medfører formueforskydninger, skal altid betragtes som væsentlige ændringer der skal anmeldes til SKAT, i og med der vil være tale om en afståelse.

2.4.2.1.F Omstruktureringstiltag som helhed – den totale plan

Det vil som udgangspunkt altid være hensigtsmæssigt at ansøge samlet om alle påtænkte tiltag i en større omstrukturering, men har man ikke gjort dette, skal der ligeledes anmeldes til SKAT, også selvom det nye tiltag eksempelvis er en skattefri spaltning der gennemføres uden tilladelse.

Det der er afgørende, er hvad der sker i forlængelse af (i dette tilfælde) aktieombytningen, og derfor skal SKAT underrettes om de væsentlige efterfølgende omstruktureringer. Der vil ikke være noget til hinder for umiddelbart efter aktieombytningen at foretage en spaltning jf. ABL §34. Dog vil anmodningen blive nægtet af SKAT, hvis det bunder i skatteundgåelse/skatteunddragelse, alternativt ville SKAT stille ejertidskrav, men det vil der som udgangspunkt ikke være nogen grund til at antage i denne situation.

Tidligere var der krav om pro rata-vederlæggelse og forbud mod kontantvederlæggelse, men disse forhold er ikke længere gældende, hvorfor en spaltning sagtens ville kunne lade sig gøre efter aktieombytningen.

2.4.2.1.G Salg af aktiviteter i datterselskabet

Den juridiske vejledning fremhæver også, at frasalg af en eller alle aktiviteter i datterselskabet er en væsentlig ændring der skal anmeldes. Hvornår er der så tale om en driftsaktivitet, og hvornår er den væsentlig? På den ene side kan vi sige, at salg af hele driftsaktiviteter indenfor den 3-årige periode, der var til stede på ansøgningstidspunktet, skal anmeldes såfremt det ikke allerede var beskrevet i ansøgningen. På den anden side antages det at frasalg af et enkelt driftsaktiv, som ikke har afgørende betydning for driften, ikke behøver at blive anmeldt. Der er således disse to yderpunkter, men det bedste råd er nok: Er man i tvivl – så anmeld det, taget konsekvens ved manglende anmeldelse i betragtning.

2.4.2.1.H Øvrige forhold der ikke er forretningsmæssigt begrundet

Overordnet og ikke særlig konkret skal det altså også nævnes, at SKAT ikke kan opretholde den ved tilladelsen til aktieombytning, indrømmede skattefrihed, hvis de efterfølgende ændrede forhold ikke er forretningsmæssigt begrundet. Såfremt der altså er andre forhold end dem der er nævnt i de foranstående afsnit, skal der altså være tale om dispositioner der er forretningsmæssigt begrundet, og hvis de er væsentlige for hovedformålet med omstrukturering, skal de som udgangspunkt altid anmeldes til SKAT.

2.4.2.2 Anmeldelsesfrister for væsentlige ændrede vilkår

Anmeldelse af påtænkte, forudsigelige og væsentlige ændringer skal ske senest 3 måneder, før de forventes at indtræde. Dette gælder eksempelvis kapitalnedsættelse, frasalg af datterselskabskapital, kapitalforhøjelse og ønsker om yderligere omstruktureringstiltag.

Anmeldelse af uforudsigelig væsentlige ændringer skal ske senest 1 måned efter at forholdet er blevet bekendt. Dette gælder eksempelvis i tilfælde af sygdom, dødsfald, konkurs og formentlig væsentlig ændrede markedsforhold m.v.

2.4.2.3 Retsvirkningerne af tilsidesættelse af anmeldelsespligt

SKAT vil foretage en subjektiv vurdering af den manglende rettidige anmeldelse, hvor flere forhold vil have betydning, herunder hvor vidt det er bevidst/ubevidst manglende anmeldelse, karakteren af de ændrede forhold, hvilken frist der er overtrådt og i hvilket omfang osv.

Herefter kan skattemyndigheden vælge alt fra at opretholde tilladelse til aktieombytning, til at den indrømmede skattefrihed bortfalder (som er den strengeste konsekvens).

Som udgangspunkt vil det dog være sådan at tilladelsen bortfalder, hvis det ændrede forhold konkret måtte have medført at man oprindelig ikke vil have givet tilladelse til aktieombytningen.

2.4.3 De skattemæssige konsekvenser ved aktieombytning med tilladelse

2.4.3.1 For aktionæren:

Ved en aktieombytning sker der afståelse af aktier, der vil medføre beskatning hos aktionæren efter ABL §§8-9 (selskaber) og § 12 (personer). Formålet med en skattefri aktieombytning er at foretage en udskydelse af beskatning, der ellers normalt ville indtræde i forbindelse med aktieombytningen.

Selskaber der kan afstå aktier skattefrit efter ABL §8, har ikke noget incitament for at gennemføre en skattefri aktieombytning. Hvorimod selskaber der er skattepligtige af aktieafståelse efter ABL §9 kan udskyde beskatningen efter reglerne i ABL § 36.

Samme regelsæt gælder for personer, dvs. har en person gennemført en skattefri virksomhedsomdannelse jf. virksomhedsomdannelsesloven, og er der for eksempel en negativ anskaffelsessum på aktierne, vil en eventuel efterfølgende ombytning af aktier medføre beskatning af den negative anskaffelsessum. Men muligheden for at gennemføre en skattefri aktieombytning gør at skatten udskydes endnu en gang, nemlig til den dag hvor aktierne i holdingselskabet afstås, likvideres eller går konkurs.

Hvis der opnås tilladelse til skattefri aktieombytning, vil aktionæren der ombytter sine aktier, ikke blive beskattet, idet der opnås fuld succession på aktierne jf. ABL §36 stk. 1 til FUL §11. Overdragerens skattemæssige position på de overdragne aktier overføres til erhververens aktier i forbindelse med aktieombytningen. Der succederes i både anskaffelsestidspunkt, anskaffelsessummer og anskaffelseshensigt.

Hvis en aktionær modtager kontant vederlag, vil vederlaget blive beskattet som udbytte, forudsat at aktionæren efter aktieombytningen ejer aktier i holdingselskabet jf. FUL §9. Hvis aktionæren ikke længere ejer aktier i holdingselskabet, beskattes vederlaget efter ABL § 12 dvs. i den skattepligtige indkomst.

I de tilfælde hvor der gennemføres en ombytning med et allerede eksisterende selskab, vil aktieombytningen ikke have nogen betydning, såfremt den gennemføres til handelsværdien.

2.4.3.2 For det erhvervende selskab:

Det erhvervende selskab har erhvervet aktierne i det erhvervede selskab til anskaffelsessummen på ombytningstidspunktet. Herudover er ingen særlige regler eller forhold vedrørende aktierne heller ikke i forhold til sambeskatning vedrørende aktieombytningen - det er de almindelige regler der er gældende.

2.5 Aktieombytning uden tilladelse

Den 18. april 2007 blev det ved lov nr. 343 besluttet, at der skulle være mulighed for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse fra SKAT. I dag fremgår denne bestemmelse af ABL §36 stk. 6 og 7. Med denne bestemmelse kan man altså gennemføre en skattefri aktieombytning uden at den nødvendigvis er forretningsmæssigt begrundet.

2.5.1 Betingelser for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse

De nævnte krav i ABL §36 stk. 1-3 vedrørende hvilke selskaber der kan deltage i ombytningen, kravene til hvilke kapitalandele der kan indgå, kravet om fuld skattepligt til Danmark, samt kravet om den kapitalandel man skal opnå i det erhvervede selskab, er de samme uanset om vi taler om aktieombytning med eller uden tilladelse.

Det er dog således at kravene kan fortolkes forskelligt alt efter, om der er tale om en ombytning med eller uden tilladelse. Ved brug af reglen i ABL §36 stk. 6 ses der ikke på de subjektive forhold, her gennemgås kun de objektive forhold, altså om betingelserne er opfyldt på ombytningstidspunktet. Hvor man ved brug af reglerne om skattefri aktieombytning med tilladelse også vurderer de subjektive forhold.

2.5.2 Særlige betingelser for skattefri aktieombytning uden tilladelse

Udover ovenstående grundlæggende betingelser, er der nogle særlige regler der skal overholdes i forbindelse med skattefri aktieombytning uden tilladelse, og de er gennemgået i det følgende.

2.5.2.1 Vederlaget for de ombyttede aktier

Som tidligere beskrevet er det jf. ABL §36 stk. 1, 3 pkt. jf. §36 stk. 2., en betingelse at vederlaget erlægges i form af ejerandele samt eventuelt delvist i form af kontanter. Dette gælder for aktieombytning både med og uden tilladelse. Det er dog yderligere præciseret i ABL §36 stk. 6, 2 pkt., at for aktieombytninger uden tilladelse, er det en betingelse at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de ombyttede aktier. SKAT tilsidesætter heller ikke dette krav selvom der kun er en aktionær, det ses af SKM2013.763SR. I praksis har man mulighed for at indhente et bindende svar på fastlæggelse af aktiernes handelsværdi.

2.5.2.2 Afståelse af aktier, og hvornår er der tale om afståelse?

Tilladelsespraksissen viser at aktierne i det erhvervede selskab som minimum skal ejes i 3 år fra ombytningstidspunktet. Dette skyldes at man betragter et hurtigt salg efter aktieombytningen som skatteudskydelse eller skatteundgåelse. Hvis dette ejertidskrav ikke overholdes, vil det medføre at den gennemførte aktieombytning bliver skattepligtig efter hhv. ABL §§8 og 9 (selskaber) og §12 (personer). Aktieombytningen bliver skattepligtig uanset om afståelsen er sket på baggrund af viljebestemte eller ikke-viljebestemte forhold. Dette betyder altså ved eksempelvis aktionærens død eller sygdom eller alternativt at tredjemand afgiver et favorabelt tilbud på driftsselskabet, så bliver aktieombytning altså skattepligtig uanset hvad.

Med udgangspunkt i ovenstående er det meget vigtigt at vide hvornår der er tale om afståelse, da det har stor betydning for om aktieombytningen bliver skattepligtig og dermed i strid med ABL §36 stk. 6, 2. pkt. Dette kan læses af ABL §30, hvoraf det fremgår at salg, tilbagesalg til udstedende selskab (ABL §2 stk. 3), bytte, konkurs/tvangsopløsning, likvidation (ABL §2 stk. 1 og 2), kapitalnedsættelse samt visse vedtægtsændringer medføre afståelse. De vedtægtsændringer der kvalificeres som afståelse, er kun de ændringer der medfører en formueforskydning mellem aktionærerne. Et eksempel på afståelse i forbindelse med vedtægtsændringer, kunne være at man for eksempel ændrede på retten til udbytte mellem flere aktieklasser. I forhold til stemmerettigheder, er der dog kun tale om afståelse, hvis stemmerettighederne går fra én aktionær til en anden ved vedtægtsændringen.

Det må ud fra hvordan bestemmelsen (*"det erhvervende selskab må ikke afstå aktier i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet"*) er formuleret betyde at selv en ubetydelig aktiepost vil medføre at hele aktieombytningen bliver skattepligtig. Dog vil det være sådan at hvis det erhvervede selskab i forvejen ejer aktier i det erhvervede selskab, vil disse ikke være omfattet af aktieombytningen – men alligevel vil det anbefales at indhente et bindende svar herpå.

Herudover fremgår det af ABL §36 stk. 6, 4 pkt. at aktier der afstås i forbindelse med en skattefri omstrukturering, ikke vil blive betragtet som afståelse, hvor følgende eksempler er givet i forarbejderne til ABL §36 efter lov nr. 525 af 12. juni 2009.

"Det erhvervende selskab vil således ikke i relation til betingelsen i § 36 stk. 6, 3 pkt., blive anset for at have afstået aktierne i det erhvervede selskab, hvis for eksempel:

- 1. Det erhvervende selskab efterfølgende ved en ny skattefri aktieombytning ombytter aktierne i det erhvervede selskab med aktier i et mellemliggende holdingselskab,*
- 2. det erhvervende selskab efterfølgende spaltes skattefrit, og aktierne i det erhvervede selskab overdrages til et eller flere af de modtagende selskaber,*
- 3. det erhvervede selskab efterfølgende spaltes skattefrit, eller*
- 4. det erhvervende eller det erhvervede selskab efterfølgende indgår i en skattefri fusion.*

Hvis man vælger at foretage en skattefri omstrukturering efter en skattefri aktieombytning uden tilladelse, vil ejertidskravet på 3 år blive videreført og finde anvendelse på selskabsdeltageren, henholdsvis det eller de deltagende selskaber i den efterfølgende omstrukturering.

2.5.2.3 Udbytte

Tidligere var det således, at der ikke måtte udloddes mere end det ordinære resultat i udbytte, men dette er ikke medtaget i den nye udgave af de objektive regler i ABL §36 stk. 6 og 7, hvorfor det ikke længere er relevant.

2.5.2.4 Anmeldelse

Selskabet skal senest i forbindelse med selvangivelse for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført, give SKAT oplysning om at man har deltaget i ombytning efter det objektive regelsæt (uden tilladelse) jf. ABL §36 stk. 7. Manglende overholdelse heraf, vil blot medføre at selskabet ikke har selvangivet korrekt.

Ligeledes jf. ABL §36 stk. 7 gælder det, at hvis en aktiepost afstås indenfor den 3-årige periode, skal den skattepligtige anmelde det til SKAT senest 1 måned efter afståelsen.

2.5.2.5 Krav til aktionæren

Udover krav om at aktionæren er fuld skattepligtig til Danmark, er det en yderligere betingelse, at aktionærer der har bestemmende indflydelse i det erhvervede selskab jf. ligningslovens §2, ombytter aktierne i dette selskab med aktier i et selskab, der er hjemmehørende på Færøerne eller i Grønland, en stat, der er medlem EU/EØS, eller en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Dette fremgår ligeledes af ABL §36 stk. 6.

2.5.3 De skattemæssige konsekvenser af en aktieombytning uden tilladelse

På tilsvarende vis som ved aktieombytning med tilladelse er ønsket om en skattefri aktieombytning, begrundet i muligheden for at udskyde beskatning i forbindelse med afståelse af aktierne. Konsekvenser for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse er stort set ens som skattefri aktieombytning med tilladelse. Der udløses ikke nogen beskatning hos aktionæren på ombytningstidspunktet, men skatten hviler på de ombyttede aktier, og udskydes til et senere tidspunkt. Ved ændringerne af ABL §36 a (tidligere aktieavancebeskatningslov) og ændring af aktiebeskatning for selskaber, er der ikke længere den store forskel i forhold til gennemførelse af aktieombytning med eller uden tilladelse.

Som overvejende hovedregel er beskatning for aktionæren og det erhvervende selskab ens ligegyldigt om vi taler aktieombytning med tilladelse eller uden tilladelse. Men hvis ejertidskravet på de 3 år ikke opfyldes, vil betingelserne efter de objektive regler ikke være til sted, hvorfor aktionæren vil blive beskattet uanset årsagen (som tidligere beskrevet). Hvis denne manglende opfyldelse var sket i forbindelse med en aktieombytning med tilladelse, kunne aktionæren søge om dispensation fra ejertidsvilkåret og ud fra en

konkret vurdering få opretholdt tilladelsen til aktieombytningen, fx hvis der var tale om et dødsfald m.v. Dette leder mig ind på det næstsidste emne under aktieombytning, nemlig hvor jeg foretager en sammenligning af de to metoder, vurderer fordele og ulemper m.v.

2.6 Aktieombytning efter de subjektive eller objektive regler

Når man overvejer en aktieombytning, er det vigtigt at vide hvornår man skal vælge hvilket regelsæt, eller med andre ord, det er vigtigt at vide hvad forskellen er og hvad betydning det kan få. Som altovervejende hovedregel er der følgende væsentlige forskelle mellem aktieombytning efter de subjektive regler (med tilladelse) og de objektive regler (uden tilladelse).

Hvis betingelserne for en objektiv aktieombytning (uden tilladelse) er opfyldt, har man krav på at gennemføre ombytningen skattefrit. I praksis er det dog ofte således, at man indhenter et bindende svar fra SKAT på at betingelser er opfyldt. Hvis der er tale om en subjektiv aktieombytning (med tilladelse) indhenter man en forudgående tilladelse til ombytningen. Tidshorisonten er den samme i forhold til om man afventer svar på ansøgning om tilladelse, eller alternativt afventer svar på bindende ligningssvar fra SKAT.

Det væsentlige ligger dog i at man kan foretage en skattefri ombytning efter det objektive regelsæt, uanset om aktieombytningen er forretningsmæssigt begrundet. Der kunne eksempelvis være tale om to aktionærer, der ejer et driftsselskab – de vælger at lave en skattefri aktieombytning med en efterfølgende spaltning, således de to aktionærer får hver sit holdingselskab. Dette vil efter de subjektive regler ikke blive kvalificeret som forretningsmæssigt begrundet. Derfor er det objektive regelsæt klart anvendeligt når vi er i situationer hvor der ikke foreligger en forretningsmæssig begrundelse.

Derimod er de subjektive regler fordelagtige, hvis der foreligger en forretningsmæssig begrundelse, idet der er mulighed for ved efterfølgende ændringer i de oprindelige forudsætninger (primært ved salg indenfor den 3-årige periode), at kunne få SKATs tilladelse til at opretholde skattefriheden i aktieombytningen. Dette ville ikke være muligt for aktieombytning uden tilladelse.

Med andre ord kan man derfor også konkludere at det objektive regelsæt (uden tilladelse) er bedst egnet ved ukomplicerede omstruktureringer eller hvor der ikke foreligger en

subjektiv forretningsmæssig begrundelse. Hvis der derimod er risiko for salg indenfor en 3-årig periode bør ombytningen ske efter de subjektive regler (med tilladelse).

Der er i øvrigt ikke noget til hinder for, at der gennemføres en aktieombytning efter det objektive regelsæt (uden tilladelse), hvis man har fået afslag på at gennemføre aktieombytningen efter de subjektive regler (med tilladelse). Betingelserne herfor skal dog naturligvis fortsat være opfyldte.

2.7 Kort om de selskabsretlige forhold

2.7.1 Gennemførelse

Hvis der sker nystiftelse af et selskab, skal det ske i henhold til reglerne i selskabslovens kapitel 3, efter reglerne om apportindskud (SL §35-38). Der skal naturligvis ske anmeldelse inden for de gældende frister, og sker dette ikke er konsekvensen at aktieombytningen er bortfaldet.

Hvis der er tale om et eksisterende erhvervende selskab, vil aktieombytning foretages som en kapitalforhøjelse i henhold til selskabslovens kapitel 10, efter reglerne om kapitalforhøjelse ved apportindskud.

2.7.2 Ejeraftaler/ægtepagter m.v.

I de tilfælde hvor der er flere aktionærer i det overdragne selskab, skal man være opmærksom på at få tilpasset eksisterende ejeraftaler, således der ikke senere kan opstå fortolkningstvister vedrørende forståelsen af ejeraftalen. På tilsvarende måde skal dokumenter tilpasses i forhold til ægtepagter eller anden form for regulering/aftaler om ejerforholdet vedrørende aktierne i det overdragne selskab.

3. Fusion

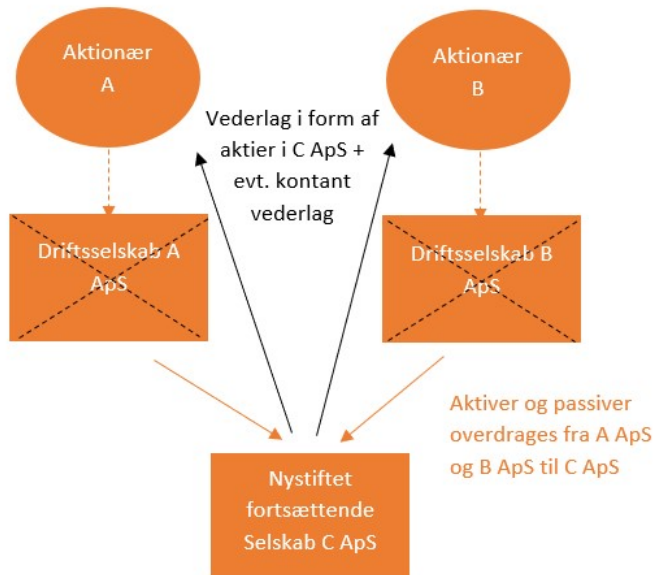
En fusion er når to eller flere virksomheder sammenlægges og herefter fremstår som en samlet juridisk enhed. En fusion foreligger når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette jf. FUL §1, stk. 3. Fusionsbegrebet skal endvidere forstås i sammenhæng med fusionsdirektivets anvendte definition; ét eller flere selskaber, der uden likvidation opløses og i den forbindelse overfører aktiver og passiver til enten et eksisterende eller et nystiftet selskab.

Hvis man opfylder betingelserne i fusionsskattelovens §§9 og 11, kan fusionen gennemføres skattefrit, ellers vil der være tale om en skattepligtig fusion. Der er ikke nogen forpligtelse i at lade en fusion være skattefri eller skattepligtig, det skal i stedet bero på en konkret vurdering, herunder i forhold til hvilke skattemæssige underskud der forefindes i de fusionerede selskaber forud for fusionen m.v.

Der kan være tale om både lodrette og vandrette fusioner, herunder også de omvendt lodrette fusioner, og de omfattes alle af fusionsskatteloven.

3.1 Vandrette fusioner

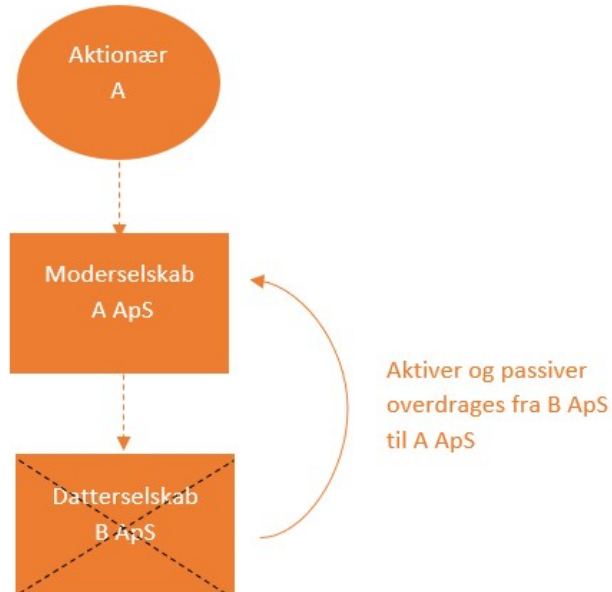
En vandret fusion er hvor to eller flere selskaber enten overdrager deres samlede aktiver og passiver til et nystiftet tredje selskab for derefter begge at ophøre, eller hvor et selskab overdrager samtlige aktiver og passiver til et andet selskab, med sidstnævnte som det fortsættende, og førstnævnte som det ophørende selskab. Regelsættet vedrørende vandrette fusioner i selskabsretten findes i SL §§ 236 – 251. En vandret fusion er illustreret nedenfor.



Kilde: Egen tilvirkning

3.2 Lodrette fusioner

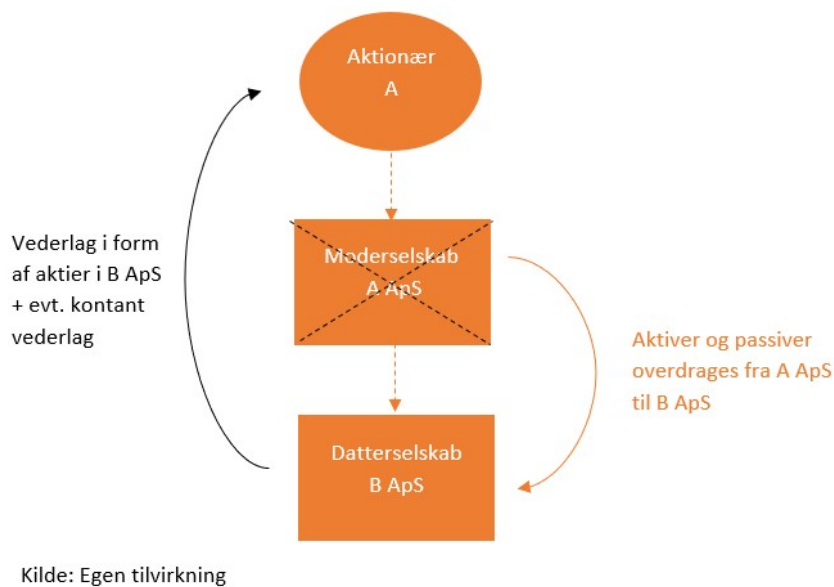
En lodret fusion forstås ved at et moderselskab erhverver et datterselskabs aktiver og passiver, hvorefter datterselskabet ophører med at eksistere. Der er ikke noget selskabsretligt krav til udstedelse af ejerandele, da datterselskabet indgår i moderselskabet i forbindelse med fusionen. Der er på tilsvarende vis heller ikke noget skattemæssigt krav om udstedelse af ejerandel, selvom der er tale om en lodret fusion. Regelsættet vedrørende lodrette fusioner i selskabsretten findes i SL §252. En lodret fusion er skitseret nedenfor.



Kilde: Egen tilvirkning

3.3 Omvendt lodrette fusioner

En omvendt lodret fusion er i de tilfælde hvor moderselskabet ophører og datterselskabet erhverver moderselskabets aktiver og passiver og er det fortsættende selskab. Der er ikke specifikke selskabsretlige regler vedrørende omvendt lodrette fusioner i selskabsretten, men her anvendes regelsættet for vandrette fusion, dvs. SL §§236 – 251. En omvendt lodret fusion er illustreret nedenfor.



3.4 Fusion i forbindelse med generationsskifte

Fusion kan også anvendes i generationsskifte øjemed, eksempelvis hvor to aktionærer, der driver hver sin virksomhed fra separate juridiske enheder (selskaber), ønsker synergieffekt ved at sammensmelte de to selskaber til et selskab. Det vil som udgangspunkt betyde beskatning, med mindre fusionsskattelovens bestemmelser anvendes.

Et andet eksempel på anvendelse af fusionsregler i generationsskifte, kan være en far der tidligere har overdrevet driftsaktiviteten af sin virksomhed til sønnen og beholdt erhvervsejendom i sit eget selskab (for at sønnen kunne finansiere overtagelsen), og nu vil færdiggøre generationsskiftet. Så kan ejendomsselskabet overdrages til sønnen via en fusion, hvorefter faren nu (igen) ejer aktier i driftsselskabet. Erhvervsejendommen er således blevet til et aktiv i driftsselskabet, og farens aktier kan nu blive overdraget til sønnen med succession jf. ABL §34. På den måde kommer man udenom problemet med pengetankselskabet i ABL §34.

Fusioner bliver udover ovenstående typisk anvendt til at "rydde op" i forskellige selskabskonstruktioner, hvor der måske ikke længere er behov for det samme antal selskaber mere.

3.5 Skattefri fusion

Hvis man som beskrevet tidligere opfylder betingelserne i fusionsskattelovens §§ 9 og 11, kan fusionen gennemføres skattefrit, hvis følgende betingelser er opfyldt.

3.5.1 Betingelser for at anvende regelsættet om skattefri fusion

Det kræver ikke en forudgående tilladelse fra SKAT at gennemføre en skattefri fusion, og der kan ikke søges om tilladelse herom. På den måde adskiller fusion sig fra de øvrige omstruktureringsmuligheder, hvor der er et 2-strengt system dvs. både med og uden tilladelse fra SKAT. Fra og med år 2007 kan eller skal man ikke søge om tilladelse.

For at anvende regelsættet om skattefri fusion, er der dog nogle betingelser der skal være opfyldt, herunder forhold omkring udstedelse af aktier, vederlæggelse af flere aktionærer i lige forhold samt betingelser vedrørende fusionsdatoen. Hvis der skulle opstå fortolkningstvivl i forhold til hvor vidt fusionen opfylder betingelserne, må dette forinden fusionen gennemføres afklares ved bindende svar fra SKAT.

3.5.1.1 Krav til selskaberne

Aktie- og anpartsselskaber og øvrige selskaber med begrænset hæftelse kan fusioneres skattefrit i henhold til FUL kapitel 1. På den måde er det ikke muligt at anvende reglerne i forbindelse med fusioner, der vedrører interessentskaber, kommanditselskaber eller partnerselskaber.

Kapitel 1 finder anvendelse på danske registrerede aktie- og anpartsselskaber samt selskaber efter SL §1 stk. 1, nr. 2, som er hjemmehørende her i landet. Selskaber hjemmehørende i udlandet er ikke omfattet af kapitel 1, men af FUL §15, hvilket der dog er afgrænset for i denne afhandling.

3.5.1.2 Krav til vederlaget - kontantvederlæggelse

Typisk vil vederlæggelsen til aktionærerne i det/de ophørende selskaber være aktier i et nyt (i forbindelse med fusionen stiftet selskab) eller i et fortsættende selskab. Herudover kan der også ske kontantvederlæggelse i forbindelse med en fusion. Kontantvederlaget vil blive beskattet som udbytte hos aktionæren i det indskydende selskab, jf. FUL §9. Kontante udligningssummer omfatter alt, som ikke er aktier i det modtagende/erhvervende selskab.

Den eneste undtagelse til udbyttebeskatningen af kontante udligningssummer, er at udligningssummen i stedet behandles som aktieafståelse i henhold til ABL, hvis aktionæren helt udtræder af koncernen. Med andre ord, hvis aktionæren ikke ejer aktier i det indskydende selskab, det modtagende eller hermed koncernforbundne selskaber efter omstruktureringen, sker der avancebeskatning af kontantvederlaget. Beskatning i henhold til ABL §8-9 (for selskaber) og §12 (for personer)

Man har altså mulighed for at vederlægge ejerne af de fusionerede selskaber med aktier/anpartar eller kontanter. Ved vederlæggelse i form af kontanter, er der ikke noget krav til, at det skal fordeles forholdsmæssigt mellem de hidtidige aktionærer i forhold til ejerandele. Dette fremgår også af departementets udtalelse i TfS1997.229. Kontantvederlaget kan altså skatteretlig godt tilfalde én eller få aktionærer, dog skal man være opmærksom på at der ikke må ske en skævdeling i forholdet mellem de i fusionen deltagende aktionærer, mere herom i afsnit 3.5.1.4 nedenfor.

3.5.1.3 Udstedelse af aktier

For at kunne gennemføre fusionen skattefrit i medfør af fusionsskatteloven, skal det modtagende selskab udstede ejerandele til mindst én af aktionærene i det indskydende selskab jf. FUL §2 stk. 1. Dette krav skyldes at den skattemæssige anskaffelsessum skal relateres til de udstedte ejerandele i forbindelse med fusionen. Hvis dette krav ikke er opfyldt, kan fusionen ikke gennemføres skattefrit.

Det kan uddrages af SKM2009.58SR at vederlæggelse til aktionæren i det indskydende selskab kan ske i form af egne aktier. I denne sag fandt man fusionsskattelovens regler om vederlæggelse som værende opfyldt. Egne aktier kan altså også anvendes som fusionsvederlag.

I de tilfælde hvor der er tale om lodret fusion, er der ikke noget krav om udstedelse af aktier eller anpartar, men ved en omvendt lodret fusion skal ejerandele udstedes til ejerne af moderselskabet eftersom dette er det indskydende selskab.

Jf. SKM2009.227SR var der tale om en omvendt lodret fusion, hvor moderselskabet B ejede selskabet A, der ønskede at fusionere med datterselskabet A som fortsættende selskab. Datterselskabet vil som konsekvens af fusionen i et kort øjeblik komme til at have en beholdning af egne aktier på 100%. Erhvervsstyrelsen havde under sagens behandling

belyst at dette forhold ikke ville være i strid med den dagældende aktieselskabslov §115 stk. 2. Denne beholdning af 100% egne aktier skulle anvendes som fusionsvederlag til eneaktionæren i det indskydende holdingselskab B jf. FUL §2 stk. 1. Holdingselskab havde ejet datterselskabet i under 3 år på fusionstidspunktet, og ville dermed udløse skat efter den dagældende ABL § 8 og 9. Datterselskabet A ville succedere i holdingselskabets ejertid på mindre end 3 år, og succedere i holdingselskabets anskaffelsessum, og dermed eje 100% egne aktier i et kort øjeblik. Det store spørgsmål var nu om datterselskabets vederlæggelse til personaktionæren i holdingselskabet B jf. FUL §2 stk. 1, ville udløse avancebeskatning efter ABL, men skatterådet fandt ikke at fusionen ville udløse beskatning og henviste i øvrigt til et bindende svar i en anden tilsvarende sag.

3.5.1.4 Forrykning mellem flere aktionærer

I forhold til praksis skal parternes værdiansættelse/ombytningsforholdet midlertidig svare til handelsværdien, dvs. parternes mulighed for at tilrettelægge et generationsskifte efter egne ønsker bliver begrænset af de skatteretlige krav til vederlæggelsen. Fastsættes ombytningsforhold ikke til handelsværdi, kan fusionen ikke anses for at være omfattet af fusionsskatteloven, dog kan det fraviges hvis SKAT ud fra en samlet vurdering ikke finder, at der er mulighed for at opnå utilsigtede skattemæssige fordele, jf. det bindende svar i SKM2009.58SR.

Igen her kan/skal det altid (i forhold til usikkerhed om overholdelse af kravet om vederlæggelse til handelsværdier) afklares ved hjælp af et bindende ligningssvar fra SKAT forinden fusionen gennemføres.

3.5.1.5 Fusionsdatoen

Jf. FUL §5 stk. 1, er fusionsdatoen i skattemæssig henseende datoen for den i forbindelse med fusionen udarbejdede åbningsstatus for det modtagende selskab. Hvis der i forbindelse med fusionen stiftes et nyt selskab, er fusionsdatoen det modtagende selskabs åbningsstatus. Er der tale om et eksisterende modtagende selskab, skal fusionsdatoen være sammenfaldende med åbningsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

FUL §5 stk. 1, fastsætter det almindelige udgangspunkt for fastsættelse af fusionsdato, mens stk. 2 og 3 fastsætter undtagelserne hertil. Undtagelserne er gennemgået i de

følgende afsnit. Men igen her er et bindende svar en mulighed således fusionsdatoen bliver afklaret fra starten af.

3.5.1.6 Anvendelse af skuffeselskaber – undtagelse til FUL § 5 stk. 1

FUL §5 stk. 2 regulerer fusioner med skuffeselskaber hvor der ikke er drevet virksomhed forud for fusionsdatoen, og hele skuffeselskabets egenkapital har henstået som et ubehæftet kontant indestående i banken. I disse tilfælde kan 1. regnskabsperiode løbe fra stiftelsen, når regnskabsperioden slutter 12 måneder efter fusionsdatoen, og perioden ikke overstiger 18 måneder. Denne bestemmelse gør at man undgår at lave et perioderegnskab for en kortere periode, der ligger forud for fusionsdatoen.

3.5.1.7 Koncernforbindelse etableres/ophører – undtagelse til FUL § 5 stk. 3

FUL §5 stk. 3 regulerer de situationer hvor der i forbindelse med fusionen etableres eller ophøres en koncernforbindelse. Såfremt indkomsten i et af de i fusionen deltagende selskaber opgøres efter regelsættet i SEL §31 stk. 3, om udarbejdelse af delopgørelser ved etablering/ophør af koncernforbindelse, anvendes tidspunktet for ophøret, henholdsvis etablering af koncernforbindelse som skattemæssig fusionsdato for det pågældende selskab.

Hvornår foreligger der så en koncernforbindelse? Det fremgår af SEL §31 C stk. 1 og 2, der beskriver at et moderselskab sammen med datterselskaberne udgør en koncern. Et selskab defineres som et moderselskab når det udøver bestemmende indflydelse over et andet selskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger, og ejer moderselskabet ikke mere end 50 % af stemmerettigheder foreligger der alligevel et moderselskab hvis det har:

- 1) Råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer*
- 2) Beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,*
- 3) Beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller*

4) *Råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.*

Det er tit at der i forbindelse med omstrukturering sker etablering eller ophør af koncernforbindelse. Bestemmelsen i FUL §5 stk. 3, skal ses i sammenhæng med tvungen sambeskatning jf. SEL §31-31C. Selskaber der etablerer en koncernforbindelse skal i henhold til sambeskatningsreglerne beskattes fra etableringen af sambeskatningen og indtil den ophører. Jf. FUL §5 opretholder udgangspunktet i sambeskatningsreglerne, således at når der gennemføres en fusion, hvor der etableres/ophører en sambeskatning, kan dette tidligst få virkning fra ophøret eller etableringen af koncernforbindelsen. Det er dog vigtigt at bemærke at FUL §5 stk. 3 kun omfatter de selskaber, som træder ind og ud af sambeskatning, det er jo ikke givet at alle selskaber i omstruktureringen etablerer eller ophører en evt. sambeskatning. Derfor kan der altså godt opstå en situation hvor alle selskaber i en fusion ikke har samme fusionsdato. De selskaber der er omfattet af FUL §5 skal endvidere udarbejde de nødvendige perioderegnskaber m.v.

Foranstående har i praksis givet lidt udfordringer, og i forbindelse med den nye lov nr. 343 af 18. april 2007, har man indført mulighed for i visse situationer ved omstruktureringer at gå tilbage fra starten af indkomståret, således at den skattemæssige fusionsdato kommer til at følge udgangspunktet i FUL §5 stk. 1. Dette fremgår af SEL §31 stk. 5 6.-9. pkt. Det giver dog i øvrigt også nogle udfordringer, hvilket betyder at man skal være meget opmærksom på fusionsdatoen, i de tilfælde hvor der ophører eller etableres en koncernforbindelse.

3.5.1.8. Anmeldelsespligt

En skattefri fusion skal anmeldes senest 1 måned efter gennemførelsen jf. FUL §6 stk. 3, herudover kan skatteministeren jf. stk. 2, fastsætte nærmere regler for hvilke oplysninger der skal meddeles om fusionen til brug for SKAT, både i forhold til moderselskabers overtagelser af datterselskaber samt fusioner i øvrigt. Disse nærmere regler er beskrevet i bekendtgørelse nr. 1003 af 6. september 2014 §1 og udtrykker følgende:

"Det modtagende selskab m.v. i en skattefri omstrukturering omfattet af fusionsskatteloven skal til SKAT oplyse følgende:

- 1) *Hvilken type skattefri omstrukturering der er gennemført,*
- 2) *den skattemæssige virkningsdato samt vedtagelsesdato for den skattefri omstrukturering,*
- 3) *hvilke selskaber m.v. der er henholdsvis indskydende og modtagende,*
- 4) *hvilke sambeskattede datterselskaber, der overgår fra det eller de indskydende selskaber til det eller de modtagende selskaber i forbindelse med den skattefrie omstrukturering,*
- 5) *om omstruktureringen er foregået inden for eller uden for sambeskatningskredsen, og*
- 6) *såfremt SKAT anmoder om det, størrelsen af det modtagne underskud efter selskabsskattelovens § 12 og fondsbeskatningslovens § 3, stk. 2, angivet i procent.*

Stk. 2. Oplysningerne efter stk. 1 skal angives digitalt ved brug af de digitale kanaler, som SKAT anviser, jf. dog stk. 3.

Stk. 3. SKAT kan efter anmodning dispensere fra digitalpligten i stk. 2 for modtagende selskaber m.v., som ikke er hjemmehørende her i landet, hvis særlige omstændigheder taler herfor”

Ovenstående oplysninger skal altså indsendes til SKAT senest 1 måned efter fusionen er vedtaget i alle de fusionerede selskaber, og det er således en gyldighedsbetingelse for at lovens regler kan anvendes.

3.6 Retsvirkninger ved fusioner, herunder skattepligtig fusion

Der sker en dobbeltafståelse i forbindelse med en fusion. Aktionærerne i det/de ophørende selskaber har afstået aktierne med sædvanlig avancebeskatning jf. ABL §§ 8-9 (selskaber) og § 12 (personer). Det/de selskaber der ophører i forbindelse med fusionen, har afstået aktiver til det modtagende selskab og bliver dermed skattepligtig af avancer og genvundne afskrivning jf. skattelovgivningens almindelige regler.

Det kan ligeledes her være en fordel at anvende skattepligtige fusioner hvis det indskydende selskab har underskud eller fremførte underskud fra tidligere år som kan anvendes i forbindelse med fusionen. På den måde kan avancen modregnes i underskud og den samlede skattebetaling vil derfor blive mindre, da underskuddet kan benyttes til

modregning i skattebetalingen i forbindelse med ophøret af det indskydende selskab. Såfremt der er underskud i det indskydende eller modtagende selskab, vil man oftest vælge at foretage en skattepligtig fusion i de tilfælde hvor avancen på aktiver og passiver er minimal eller forholdsvis irrelevant.

Når en fusion derimod gennemføres som en skattefri fusion jf. fusionsskattelovens regler, udløses der hverken beskatning hos aktionæren eller hos selskabet. Derfor sker der også succession i to led som følge af en fusion, altså både hos aktionæren der modtager aktier som vederlag og hos det modtagende selskab der modtager aktiverne.

3.6.1 Konsekvenser for det indskydende selskab

Ved anvendelse af reglerne om skattefri fusion jf. fusionsskatteloven sker der ikke beskatning hos selskabet efter de almindelige avancebeskatningsregler. Hvis dette regelsæt ikke anvendes, vil der altså indtræde skattepligt ved afståelse af aktiver i henhold til kursgevinstloven, aktieavancebeskatningsloven, afskrivningsloven §40, ejendomsavancebeskatningsloven, statsskattelovens §5 samt genvundne afskrivninger.

3.6.2 Konsekvenser for det modtagende selskab

Som følge af, at det indskydende selskab (jf. ovenfor) ikke beskattes i forbindelse med en skattefri fusion, overgår den latente skatteforpligtelsen på de overdragne aktiver til det modtagende selskab.

Det er ikke i alle tilfælde at det modtagende selskab succederer i aktiverne, eksempelvis ikke i relation til underskud. Men som udgangspunkt sker der succession jf. FUL §8, der fastlægger at det modtagende selskab indtræder i den skattemæssige stilling i forhold til de aktiver og passiver selskabet modtager i forbindelse med fusionen. Der succederes i anskaffelsestidspunkt, anskaffelsessum, afskrivninger samt nedskrivninger som det indskydende selskab har foretaget.

Undtagelserne til succession gennemgås i de følgende afsnit.

3.6.2.1 Undtagelse - næring

Der er nogle særregler i forhold til næring og senere afståelse af næringsaktiver (fra det oprindelige indskydende selskab) i det modtagende selskab. Eksempelvis hvis et indskydende ejendomsselskab med næringsstatus fusionerer med et modtagende

selskab, der ikke tidligere har ejet ejendomme, vil denne næringsstatus følge med og formodentlig også påvirke efterfølgende erhvervet ejendomme i det nye modtagende selskab.

I disse situationer vil man blive omfattet af næringsbeskatning ved en eventuel senere afståelse. I praksis vil det dog være muligt at afkræfte en sådan formodning omkring ny erhvervede ejendomme via eksempelvis et bindende svar fra SKAT.

3.6.2.2 Undtagelse – genanbringelsesreglen, skattemæssig identitet mellem køber/sælger

Muligheden for at gøre brug af ejendomsavancebeskatningslovens §6a, vedrørende muligheden for at nedsætte en erhvervet ejendoms anskaffelsessum med fortjeneste fra en tidligere afstået ejendom (dog kun for erhvervsmæssigt anvendt ejendomme) forudsætter, at der er skattemæssig identitet mellem den der realiserer avancen og den der anskaffer den nye ejendom.

Et eksempel på det, kunne være et moderselskab der ejede to datterselskaber, hvor de to datterselskaber ønskede at fusionere. Det ene datterselskab havde solgt en ejendom i 2010, det andet havde købt en ejendom i 2010. Spørgsmålet var nu om det selskab (det fortsættende selskab), der havde solgt en ejendom (dog først efter fusionsdatoen), kunne anbringe selskabets ejendomsavance i det selskab, der havde købt en ejendom (det ophørende selskabs anskaffelsessum). I denne sag (SKM2011.214SR) var betingelserne for genanbringelse opfyldt, idet der på købs- og salgstidspunktet var identitet mellem køber og sælger.

3.6.2.3 Undtagelse – Værdipapirbeholdning

Hvis det indskydende selskab har anvendt lagerprincippet på værdipapirbeholdningen, succederer det modtagende selskab heri jf. FUL §8 stk. 3.

FUL §8 stk. 4 beskriver at det modtagende selskab skal medregne udbytte af tab på næringsaktier jf. ABL 5 a, som det indskydende selskab har modtaget.

FUL § 8 stk. 5 angiver at aktiver og passiver som det modtagende selskab ikke har modtaget fra det indskydende selskab, altså de aktiver og passiver det modtagende selskab havde fra før fusionen ikke berører af fusionen, såfremt selskabet kan dokumentere hvilke aktiver/passiver der hidrører henholdsvis, ikke hidrører fusionen.

Dokumentation i form af det modtagende selskabs regnskab (anlægskartoteker og lignende) samt skatteopgørelser m.v.

Herudover er der den forudsætning til ovenstående at hvis anden lovgivning regulerer at eksempelvis ALLE aktiver skal behandles ens, så bliver aktiver og passiver fra før henholdsvis efter fusionen nødt til at blive behandlet ens. Hertil kan nævnes eksempler som unoterede aktier jf. ABL §23 stk. 6 hvor betingelsen for at anvende realisationsprincippet på unoterede aktier er, at den skal anvendes på alle sådanne aktier.

I relation til ovenstående har skatteministeriet svaret på, hvorvidt to selskaber der indgår i en fusion, der har anvendt to principper på porteføljeaktier (henholdsvis lager- kontra realisationsprincippet) skal behandles. Her er det skatteministeriets opfattelse at aktier fra et indskydende selskab, der har valgt realisationsprincippet, og hvor det modtagende selskab har valgt lagerprincippet, så skal der efter fusionen beskattes efter lagerprincippet. Det skyldes at betingelserne for at anvende realisationsprincippet er at den skattepligtige ikke tidligere har anvendt lagerprincippet, samt at det anvendes på samtlige porteføljeaktier der ikke er optaget til handel jf. ABL § 24 stk. 6, og de betingelser vil ellers ikke være opfyldt i denne situation.

3.6.2.4 Øvrige forhold

Det indskydende selskabs skattepligtige indkomst opgøres normalt frem til fusionsdatoen jf. FUL §7 stk. 1, hvorefter det modtagende selskab indtræder i den opgjorte skattemæssige position for det indskydende selskab. Det modtagende selskab indtræder jf. succesionsprincippet i det indskydende selskabs skattemæssige rettigheder og forpligtelser, herunder eventuelle skattekrav der evt. kunne være rejst (også forud for fusionen), ligesom det modtagende selskab kan anmode om genoptagelse af det (nu opløste) indskydende selskabs skatteangivelser for tidligere indkomstår i overensstemmelse med de almindelige regler herfor. Det modtagende fortsættende selskab indgiver endvidere selvangivelsen for det indskydende selskabs sidste skatteår frem til fusionsdatoen.

3.6.3 Underskud opstået før fusionsdatoen

Behandlingen af skattemæssige underskud er et af de områder der er meget væsentlig i forbindelse med omstrukturering generelt. Som hovedregel er det sådan at det

indskydende og det modtagende selskab fortaber retten til at fremføre underskud opstået i tiden forud for fusionsdatoen jf. FUL §8 stk. 6.

Formålet med denne bestemmelse er, at der ikke ved en fusion af et overskudsgivende selskab kan opnås skattemæssige fordele, når der fusioneres med et underskudsgivende selskab, der har oparbejdet et betydeligt skattemæssigt underskud.

Ovenstående betyder derfor at man skal være opmærksom på de skattemæssige underskud i selskaberne og overveje nøje inden en fusion gennemføres, da store underskud kan gå tabt.

Udgangspunktet jf. hovedreglen som beskrevet ovenfor fraviges dog i de tilfælde at der er tale om en fusion mellem sambeskattede selskaber. På den måde bliver selskaber der i forvejen er sambeskattet og har mulighed for underskudsoverførsel, ikke stillet dårligere såfremt de fusionerer. De tidligere års underskud (opstået mens der har været sambeskattet) i de sambeskattede selskaber vil kunne fradrages i ubegrænset omfang i sambeskatningsindkomsten. Disse regler gælder også såfremt underskuddet hidrører fra et søsterselskab i sambeskatningen. Undtagelsen fremgår af FUL §8 stk. 6, 2 pkt.

3.6.4 Underskud opstået i mellemprioroden

Jf. Ful §8 stk. 7, der supplerer FUL §8 stk. 6 beskriver begrænsningen i retten til at udnytte underskud i det fortsættende selskab fra den såkaldte mellempriorode. Mellemprioroden er prioroden fra fusionsdatoen til den dag fusionen vedtages. Derfor har denne bestemmelse kun betydning i de tilfælde hvor omstruktureringsdatoen og vedtagelsesdatoen ikke er ens, dvs. fusioner jf. FUL §5 stk. 1.

Hvis der er tale om en fusion mellem selskaber der ikke tidligere har været koncernforbundne i hele mellemprioroden, medfører FUL §8 stk. 7, at såfremt et evt. skattemæssigt underskud er opstået i mellemprioroden, kan dette underskud som hovedregel godt fradrages i anden indkomst, men der er en begrænsning i fremførelse af underskuddet jf. det følgende (gengivet fra FUL §8 stk. 7)

”Ved fusion kan underskud i et af de fusionerende selskaber fra fusionsdatoen og til den dag, hvor fusionen er vedtaget i alle de fusionerende selskaber, ikke nedbringe den skattepligtige indkomst i det modtagende selskab til et beløb mindre end selskabets positive nettokapitalindtægter med tillæg af indkomst fra udlejning af

afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe. Underskuddet opgøres før skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger. Endvidere kan et underskud for samme periode i et af de fusionerende selskaber ikke nedbringe den skattepligtige indkomst i det modtagende selskab, såfremt det eller de pågældende selskaber på tidspunktet for vedtagelsen af fusionen i det væsentlige er uden økonomisk risiko ved erhvervmæssig aktivitet eller ved erhvervmæssig aktivitet i et eller flere datterselskaber, hvori selskabet ejer mindst 25 pct. af aktiekapitalen.”

Denne bestemmelse minder om selskabslovens §12 stk. 7 og har altså til formål at forhindre at reglerne om skattefri fusion benyttes som skatteundgåelse.

Som endnu en undtagelse fremgår det af FUL §8 stk. 7, at hvis de i fusionen deltagende selskaber, der har underskud i mellemprioroden, er koncernforbundne fra fusionsdatoen og frem til vedtagelsesdatoen, vil man på trods af ovenstående alligevel have fradragsret for underskuddet. Der er altså tale om selskaber hvor samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere en 50 % af aktiekapitalen i hvert selskab eller direkte eller indirekte råder over mere end halvdelen af stemmerne i hvert selskab.

Der skal foretages en særskilt opgørelse af mellemprioroden for hvert selskab, for at kunne konstatere om der har været et skattemæssigt underskud eller overskud.

3.6.5 Kapitaltab

FUL §8 stk. 8 medfører at der ikke i det modtagende selskab kan ske fremførsel af kapitaltab som der er konstateret i det indskydende selskab, uanset bestemmelserne der fremgår af ABL, kursgevinstloven eller ejendomsavancebeskatningsloven. Denne bestemmelse vedrører kun for tab fra tidligere indkomstår, dvs. kun tab indtil den skattemæssige fusionsdato.

3.7 De skattemæssige konsekvenser af den skattefrie fusion

3.7.1 For aktionæren

Der kan frit vælges mellem vederlæggelse i form af aktier i det modtagende selskab eller kontanter eller en kombination heraf. Modtager aktionærene i det indskydende selskab andet end aktier i det modtagende selskab, beskattes vederlaget som udbytte jf. FUL §9.

Kontante udligningssummer omfatter ethvert vederlag som ikke er aktier i det modtagende/erhvervende selskab.

Som eneste undtagelse til ovenstående er at kontante udligningssummer behandles som en aktieafståelse efter ABL, hvis aktionæren helt udtræder af koncernen. Det vil være for selskaber betyde beskatning jf. ABL §§8 og 9 og for personer §12.

Selve beskatningsgrundlaget er værdien af vederlaget på fusionsdatoen, dog således at det er den faktiske værdi – altså det provenu, som aktionæren faktisk modtager. De modtagende aktier i det indskydende selskab anset for anskaffet på samme tidspunkt, til samme anskaffelsessum og med samme intensjon, som tilfældet var med de oprindelige aktier – dvs. med fuld skattemæssig succession jf. FUL §11.

Hvis et selskab har udstedt tegningsretter/warrants og selskabet deltager i en fusion eller spaltning (inden indehaveren udnytter den) vil indehaveren som udgangspunkt blive anset for at have afstået tegningsretten/warranten.

Fusioneres der med et selskab, hvor der er andre aktionærer, vil aktionærerne i det modtagende selskab endvidere ikke blive undergivet beskatning i forbindelse med den skattefrie fusion. Dette forudsætter at fusionen gennemføres til handelsværdier. Dvs. er der tale om en fusion mellem et selskab ejet af en far og et selskab ejet af en søn, vil en for lav værdiansættelse af faderens selskab kunne medføre skattemæssige og afgiftsmæssige konsekvenser for både faderen og sønnen.

3.8 Den skattepligtige fusion

Det vil sjældent være relevant at gennemføre en skattepligtig fusion, da det vil resultere i almindelig ophørsbeskatning jf. SEL §5, samt avancebeskatning i henhold til ABL. Der vil ikke indtræde øvrige særlige forhold i forbindelse med fusionen, da det indskydende selskabs skatteforhold bliver uden betydning for det modtagende selskab. Det modtagende selskabs eventuelle tidligere underskud kan frit fremføres i samme omfang som havde fusionen ikke fundet sted.

Som tidligere nævnt, kan det være en fordel at anvende skattepligtige fusioner hvis det indskydende selskab har underskud eller fremførte underskud fra tidligere år som kan anvendes i forbindelse med fusionen. Herudover kan det være relevant i de tilfælde hvor

avancen er så lav at det ikke vil betyde det store at lade sig beskatte, og derved vil fusionen være nemmere at håndtere i praksis, da der er færre betingelser der skal være opfyldt.

Ved fusioner med tilbagevirkende kraft, skal man være opmærksom på at fusionen er gældende fra vedtagelsestidspunktet jf. FUL § 8A. Det er dog muligt at opnå, at der tillægges skattemæssige retsvirkninger tilbage fra skæringsdagen (=fusionsdatoen i den skattefrie fusion), forudsat at denne dato er identisk med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

Hvis indkomsten i et af de i fusionen deltagende selskaber opgøres jf. SEL §31 stk. 3 som følge af koncernforbindelse jf. SEL §31 C, er ophørt eller etableret inden eller i forbindelse med fusionen, gælder der dog på tilsvarende vis som ved en skattefri fusion – at tidspunktet for ophøret henholdsvis etableringen af koncernforbindelsen i stedet skal anvendes som skæringsdato. I denne situation kræver man ikke at de fusionerede selskaber har samme skattemæssige skæringsdato.

3.9 Kort om de selskabsretlige forhold

Forudsætningen for at der skatteretligt overhovedet kan gennemføres en fusion (skattefri som skattepligtig), er at der i selskabsretlig forstand foreligger en fusion. Som oftest vil der være tale om fusioner mellem aktieselskaber og/eller anpartsselskaber (når der er tale om fusion mellem danske selskaber).

Der er i selskabsloven fastlagt en fast procedure for fusionens gennemførelse, en procedure der som en gyldighedsbetingelse skal overholdes for fusionens gennemførelse i selskabsretlig forstand, hvilket dermed også bliver gældende skatteretligt.

Denne selskabsretlige procedure er fastlagt i SL §237, og først når anmeldelsen er registreret hos Erhvervsstyrelsen, er fusionen selskabsretligt gennemført. Denne registrering er en forudsætning for at fusionen kommer til eksistens selskabsretligt, men den selskabsretlige gennemførelse af fusionen er samtidig en forudsætning for, at der kan blive tale om skatteretlige retsvirkninger.

Jf. SL §237, skal der udarbejdes en fusionsplan, indeholdende:

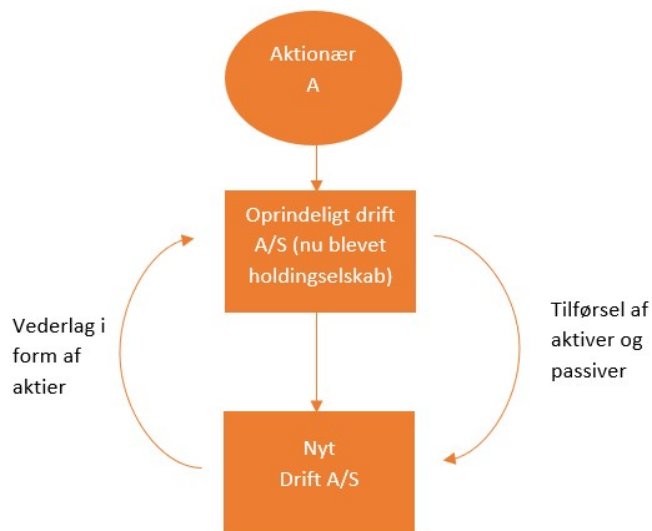
1. *kapitalselskabernes navne og eventuelle binavne, herunder om et ophørende kapital selskabs navn eller binavn skal indgå som binavn for det fortsættende kapital selskab,*
2. *kapitalselskabernes hjemsted,*
3. *vederlaget for kapitalandelene i et ophørende kapital selskab,*
4. *tidspunktet, fra hvilket de kapitalandele, der eventuelt ydes som vederlag, giver ret til udbytte,*
5. *de rettigheder i det fortsættende kapital selskab, der tillægges eventuelle indehavere af kapitalandele og gældsbreve med særlige rettigheder i et ophørende kapital selskab,*
6. *eventuelle andre foranstaltninger til fordel for indehavere af de i nr. 5 omhandlede kapitalandele og gældsbreve,*
7. *notering af eventuelle kapitalandele, der ydes som vederlag, samt eventuel udlevering af ejerbeviser,*
8. *tidspunktet, fra hvilket et ophørende kapital selskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået, jf. stk. 4,*
9. *enhver særlig fordel, der gives medlemmerne af kapital selskabernes ledelse, og*
10. *udkast til vedtægter, jf. §§ 28 og 29, hvis der ved fusionen dannes et nyt kapital selskab.*

De centrale ledelsesorganer i de i fusionen deltagende selskaber, opretter og underskriver i forening denne fusionsplan Hvis der dog alene deltager anpartsselskaber i fusionen, kan anpartshaverne i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en fusionsplan. I fusioner, hvor der altså indgår aktieselskaber skal fusionsplanen udføres. Fusionsplanen skal være underskrevet senest ved udløbet af det regnskabsår fusionens regnskabsmæssige virkning indgår. Overskrides fristen, anses fusionen for ikke at være vedtaget.

4. Tilførsel af aktiver

Tilførsel af aktiver jf. FUL, er hvor et selskab uden at blive opløst, tilfører den samlede virksomhed, eller en del af virksomheden, til et andet selskab. Det selskab der indskyder aktiver og passiver i det modtagende selskab, modtager vederlag i form af aktier eller anparter i det modtagende selskab.

Dette er skitseret nedenfor:



Kilde: Egen tilvirkning

Ovenstående transaktion vil som udgangspunkt betyde afståelsesbeskatning i det indskydende selskab, eftersom der er tale om salg af aktiver der medfører kapitalgevinstbeskatning, men ifølge fusionsskattelovens regler er det muligt at udskyde beskatningen, ved hjælp af at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige værdier vedrørende de indskudte aktiver.

Tilførsel af aktiver kan både ske til et nystiftet selskab og et allerede bestående selskab. Selskabsretligt sker der apportindskud jf. SL § 35 (ved nystiftelse) og §160 (ved indskud i allerede bestående virksomhed).

Tilførsel af aktiver kan sammenlignes med en skattefri virksomhedsomdannelse, eftersom der i begge tilfælde sker indskud af en allerede igangværende virksomhed i et selskab hvor der samtidig sker skattemæssig succession, uden at der selskabsretligt sker succession –

modsat hvad der er gældende for fusion og spaltning. De væsentlige forskelle mellem skattefri virksomhedsomdannelse og tilførsel af aktiver er dog gennemgået i det følgende.

Skattefri tilførsel af aktiver kræver i visse situationer SKATs forudgående tilladelse, hvorimod skattefri virksomhedsomdannelse altid sker uden godkendelse. En skattefri virksomhedsomdannelse kan alene ske til et nystiftet selskab eller et skuffeselskab, hvor tilførsel af aktiver kan ske til et nystiftet som et allerede eksisterende selskab der driver erhvervsmæssig virksomhed.

Ved en skattefri virksomhedsomdannelse er der endvidere et krav om at ejerkredsen af den hidtidige virksomhed tillige ejer 100% af det ved omdannelsen etablerede selskab. Der er ikke sådan et krav når der er tale om tilførsel af aktiver, derfor kan det modtagne selskab, således fra tilførselstidspunktet godt have en bredere aktionærkreds end det selskab der hidtidig har drevet den indskudte virksomhed.

Efter ændringerne til FUL i 2009, blev der indført et tostrengt system, således at aktionæren frit kan vælge mellem at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse jf. FUL §15 c, stk. 1, 1. og 2. pkt., eller uden tilladelse jf. §15 c, stk. 1. 4.-8. pkt.

Retsgrundlaget for tilførsel af aktiver følger reglerne i fusionsskattelovens §15 c og d, som er baseret på fusionsdirektivet. Men regelsættet kan være lidt vanskeligt at forstå alene ved at læse bestemmelserne, så derfor er områdets udstedte cirkulærer, vejledninger, bindende ligningssvar, administrativ praksis, domstolsafgørelser og styresignaler væsentlige for håndtering og forståelse af regelsættet.

4.1 Skattefri tilførsel af aktiver – de grundlæggende betingelser

I de kommende afsnit vil de grundlæggende betingelser for skattefri tilførsel af aktiver blive gennemgået.

4.1.1 Hvilke selskaber er omfattet

Ligegyldigt om der er tale om en skattefri tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse, er det en grundlæggende betingelse, at det indskydende og det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i henhold til direktiv 2009/133EF, artikel 3. Der er bestemte typer af selskaber der er opremset i et bilag til direktiv 2009/133EF. Når vi taler om Danmark, er aktie- og anpartsselskaber omfattet af begrebet. Forholdene

der bliver lagt vægt på i forhold til hvor vidt der er tale om et selskab er jf. SKM2009.410SR følgende:

- Selskabskapitalen skal altid vær fuldt indbetalt i forbindelse med selskabets stiftelse
- Selskabet skal have fast kapital
- Selskabet skal have en struktur svarende til et aktieselskab.

Transparente enheder er ikke omfattet, dvs. interessentskaber og kommanditselskaber kan ikke anvende regelsættet. Herudover er der nævnt helt specielle konkrete angivne selskaber som umiddelbart godt vil kunne anvende regelsættet jf. FUL §15 c stk. 3-6, herunder DSB, beskattede elselskaber, vand- og spildevandsforsyningsselskaber m.v. Disse specifikke regler er ikke nærmere gennemgået.

4.1.2 Materielle krav, overordnet

Grundlæggende kræver regelsættet at der er tale om tilførsel af en samlet virksomhed. Dette krav kan imødekommes både ved at hele virksomheden indskydes eller en gren der kan betegnes som en selvstændig virksomhed i den hidtil drevne virksomhed indskydes.

Det modtagende selskab skal endvidere efter gennemførelsen af tilførslen kunne udgøre en selvfungerende enhed, både i organisatorisk og økonomisk forstand. Ved økonomisk forstand forstås at det modtagne selskab skal kunne fungere ved egne midler.

Desuden må det indskydende selskab alene modtage aktier/anparter som vederlag for den indskudte virksomhed.

Hvis der er manglende iagttagelse eller efterfølgende tilsidesættelse af ovenstående kan det i værste tilfælde medfører at der selskabsretlig er foretaget en tilførsel af aktiver (apportindskud) hvor der skatteretlig er tale om en skattepligtig afståelse af aktiver.

4.1.3 Hvornår foreligger der en samlet virksomhed

I forlængelse af ovenstående skal der altså være tale om en samlet virksomhed, og det er en betingelse at, en sådan virksomhed foreligger i det indskydende selskab forud for tilførslen til det modtagne selskab.

Der vil som udgangspunkt altid være tale om en samlet virksomhed hvis alle aktiver og passiver overdrages. Dog med de undtagelser, at hvis det indskydende selskabs aktiver og passiver ikke kan siges at udgøre en selvstændig virksomhed, eller hvis der i det modtagende selskab er nogle aktiver, der i sammenhæng med de tilførte aktiver vil udgøre en virksomhed. På den måde vil der ikke være tale om tilførsel af en virksomhed – men alene nogle aktiver, der sammen med det modtagne selskabs aktiver/passiver udgør en virksomhed.

Det fremgår tydeligt at FUL §15c, stk. 2, 1. pkt., at det indskydende selskabs virksomhed tilføres et nyt selskab, hvilket forudsætter, at der består en sådan virksomhed i det tilførende selskab senest på tilførelstidspunktet.

4.1.4 Hvornår foreligger der en gren af en samlet virksomhed

Det er det materielle i modsætning til det formelle der er afgørende for, hvorvidt en del af virksomheden i fusionsskattelovens forstand kan betragtes som en gren af en samlet virksomhed. Det er ikke afgørende at grenen har haft selvstændig adresse, har aflagt selvstændigt internt regnskab, haft selvstændig bogholderifunktion m.v., men det er stærke indikationer for at kravet er opfyldt. Det udelukker dog ikke at der alligevel kan være tale om en selvstændig gren af en virksomhed.

Jf. TfS1996.899DEP er der beskrevet en række vejledende kriterier der kan inddrages, uden at opfyldelsen af enkeltkriterier i sig selv vil være udslagsgivende for den samlede vurdering. Gruppen af aktiver og passiver skal udgøre et eller flere afgrænsede forretningsområder i forhold til den samlede virksomhed, det kan eksempelvis være forskellige emneområder, forskellige geografiske områder eller lignende. På den måde kan en division eller en afdeling, der arbejder på tværs af flere divisioner anses som en virksomhedsgren. Det er dog ikke nødvendigt at denne gren er en decideret afdeling/filial af virksomheden eksempelvis med egen bogholderifunktion.

Der er altså igen tale om en konkret vurdering, hvis resultat skal afspejle de faktuelle forhold og evt. tilsvarende de formelle forhold i det modtagende selskab forud for tilførslen.

4.1.5 Hvilke aktiver og passiver kan/skal indgå

Der er dels et krav om, at der skal foreligge (en gren af) en selvstændig virksomhed og dels et krav om at samtlige aktiver og passiver der naturligt tilhører denne virksomhed omfattes af tilførslen. Det er derfor ikke kun de aktiver og passiver der er nødvendige for den pågældende virksomhed, men dem som der naturligt tilhører denne virksomhed.

Såfremt aktivet ikke i sig selv udgør en selvstændig virksomhed eller ikke hører til nogen virksomhed i det indskydende selskab, vil aktivet enten udgøre en naturlig del af virksomheden der indskydes eller den virksomhed der forbliver i det indskydende selskab, uagtet at aktivet er nødvendigt eller ej. Dette fremgår af FUL §15 c stk. 2, 1. pkt.

Der er mange problemstillinger i forhold til denne bestemmelse, hvorfor jeg vil gennemgå nogen af disse i det følgende. Der er dog ikke tale om en udtømmende liste.

Som overvejende hovedregel er det ikke svært at placere driftsmidler, goodwill samt medarbejdere i det selskab hvor de naturligt hører til driften. Men i nogle tilfælde tjener et driftsmiddel måske ikke den erhvervsmæssige virksomhed. Det kan eksempelvis være privat bolig, bil eller lignende til hovedaktionæren og eventuelle ledende medarbejdere.

Vedrørende debitorer, gælder det, at de skal følge den gren de udspringer fra, da varedebitorer udgør en integreret del af virksomheden jf. TfS1996.821LR. Det betyder samtidig at kontraktfinansierede debitorer heller ikke nødvendigvis kan forblive i det indskydende selskab, selvom de måske er overgået til et aktiv af finansiell karakter.

Det vil dog i nogle tilfælde være muligt at lade det indskydende selskab agere finansieringsselskab på de på tilførselstidspunktets debitorportefølje (vedrørende de længerevarende finansierede kontraktvilkår – ikke på de debitorer som betales inden for normal kredittid). Dette fremgår af TfS1998.199LR.

Fast ejendom har en speciel status i forhold til tilførsel af aktiver. Udgangspunktet er at fast ejendom frit kan placeres enten i det indskydende eller det modtagende selskab. Det fremgår dog af den juridiske vejledning 2018-1, punkt C.D.6.2.3.1 med henvisning til TfS1997.661 LR, at fast ejendom i nogle tilfælde ikke kan adskilles fra virksomhedsgrenen, og at vurderingen skal bero på en konkret vurdering. Praxis vises at være forholdsvis lempelig i relation til placering af fast ejendom henholdsvis i det indskydende/det

fortsættende selskab. Det er dog også muligt med selskabers sameje over fast ejendom jf. TfS2001.74LR, hvis ejendommen skal bruges af begge selskaber.

Selskabers besiddelse af aktier eller anparter i andre selskaber, kan ikke i sig selv udgøre en selvstændig virksomhed jf. SKM2006.145SKAT, og kan jf. SKM2011.90SR ikke betragtes som en gren af en virksomhed. Som konsekvens heraf skal aktierne enten følge den gren af virksomheden, som de naturligt er tilknyttet, eller såfremt de ikke findes tilhørende nogen gren af en virksomhed, skal de forblive i det indskydende selskab. Dette vil endvidere ligeledes bero på en konkret vurdering. Det vil derfor normalt heller ikke være muligt at tilføre eventuelle børsnoterede aktier, eftersom sådanne aktier ikke har nogen tilknytning til det indskydende selskabs virksomhedsaktiviteter. Besiddelse af ejerandele i interessentskaber eller kommanditselskaber anses ikke for selvstændig virksomhed, men kan overdrages hvis der sker tilførsel af en hel virksomhed.

Partnerselskaber vil kunne bruge regelsættet om tilførsel af aktiver jf. SKM2009.410SR, hvor en omdannelse af partnerselskab (P/S) til aktieselskab (A/S) skattemæssigt kunne blive betragtet som en tilførsel af aktiver jf. FUL, hvorved der opnås fuld succession i forbindelse med omdannelsen. Dog skal samtlige aktiver og passiver vedrørende den overdragne virksomhed være at finde i det modtagende selskab efter tilførslen.

Ovenstående har primært omhandlet aktiver, men det gælder ligeledes passiver. Jf. FUL §15C, stk. 2 skal alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed tilføres til det modtagende selskab. Eksempelvis medarbejderforpligtelser der passiveres i det modtagende selskabs åbningsbalance, både til dækning af løn, fratrædelsesgodtgørelse og feriepengeforpligtelse. Det er dog vigtigt at bemærke at der er tale om aktualiserede forpligtelser, ikke latente opsigelsesforpligtelser, medmindre de må anses for at blive realiseret.

I forhold til lån i det indskydende selskab, og det derved fremkomne låneprovenu og låneforpligtelse, giver i praksis anledning til problemstillinger. Låneprovenu og tilbagebetalingsforpligtelsen skal som udgangspunkt placeres i samme gren af en virksomhed, men der har dog også været undtagelser hertil. Lån kan man jo som udgangspunkt ikke knytte til en bestemt gren af virksomhed, det har typisk været en del af den totale finansiering. Enten skal lånet tilføres det modtagende selskab eller forblive i

det indskydende selskab, alt afhængig af hvilken gren af virksomheden lånet tilhører, hvilket dog i praksis er en svær størrelse.

4.1.6 Krav for at der er tale om en selvstændig bæredygtig enhed (organisatorisk)

FUL § 15 c, stk. 2, fastlægger at der foreligger en gren af en virksomhed, når alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler. Dette krav skal naturligvis være opfyldt forud for tilførslen finder sted.

Den fremtidige virksomheds økonomiske grundlag skal ligeledes i organisationsmæssig henseende også udgøre en samlet enhed af aktiver og passiver. Fastlæggelsen vil bero på en konkret vurdering, og det er ikke nødvendigvis et krav, at der skal være en fysisk afgrænset afdeling, filial eller lignende.

At et selskab skal kunne fungere ved egne midler, betyder dels at selskabet skal opfylde kapitalkravene jf. selskabsloven, og at det modtagende selskab ikke skal være afhængig af det indskydende selskab for at kunne fungere. SKAT foretager i disse tilfælde en konkret vurdering heraf, og i sidste instans skal denne vurdering også foretages af de danske domstole.

Hvis det modtagende selskab fremtidige eksistens er baseret på fortsat finansiering fra det indskydende selskab, vil der som udgangspunkt ikke være tale om at selskabet fungerer ved egne midler. Dette kan udledes af TfS1996.167LR, hvor det nye selskab ikke ansås for levedygtigt i kraft af egne midler, da selskabet skulle finansieres ved lån fra moderselskabet og banklån med kaution fra moderselskabet. Den afgørelse var på baggrund af det objektive kriterium i 1996, men sagen vurderes ikke have været anderledes efter det senere anvendte subjektive kriterium.

Det er ikke afgørende om hvor vidt det modtagende selskab stiller lån, kreditfaciliteter m.v. til rådighed, men derimod om forholdet er på markedsmæssige vilkår. Jf. TfS1997.941 LR, fremgår det at SKAT ikke konkret stiller krav om en markedsbestemt rente på den koncerninterne finansiering, så det antages således primært at vedrøre datterselskabets mulighed for lån hos tredjemand, herunder især i relation til kreditvurdering. Kaution eller anden sikkerhedsstillelse vil ligeledes være af betydning i forhold til at vurdering om selskabet er i stand til at fungere for egne midler.

EU-domstolens udtalelse i TfS2002.211 om netop ovenstående sikkerhedsstillelse beskrives således: *”Den omstændighed, at et modtagende selskab benytter en kredit på normale markedsvilkår fra et pengeinstitut, kan ikke i sig selv udelukke, at den tilførte bedrift er af selvstændig karakter, selv når der stilles sikkerhed for kreditten fra aktionærerne i det modtagende selskab, idet de benytter deres aktier i selskabet som sikkerhed for den indrømmende kredit”*

Som dokumentation både i relation til lån og sikkerhedsstillelser, kan drifts- og likviditetsbudget, sammenlignelige branche(finansierings)tal, dokumentation for mulig alternativ 3-mands finansiering, dokumentation for egen mulighed for sikkerhedsstillelse, anvendes. Dette er alle stærke beviser der kan løfte dokumentationskravet for virksomhedens selvstændige evne til at fungere.

4.1.7 Det indskydende selskabs vederlag

Det er ingen mulighed for at foretage nogen form for kontantvederlæggelse af det indskydende selskab i forbindelse med tilførslen af aktiver. Vederlaget skal således 100% bestå af aktier eller anpartar i det modtagende selskab. Dette adskiller sig fra henholdsvis aktieombytning, fusion og spaltning, hvor der ikke er nogen begrænsning i muligheden for delvis kontant vederlæggelse.

I praksis kan det give udfordringer at vurdere om der er tale om et vederlag udelukkende bestående af ejerandele. Dette skyldes, at den periode hvor der kan siges at være tale om vederlag til det modtagende selskab for tilførslen også kan omfatte perioden efter tilførselstidspunktet. Det betyder at efterfølgende udlodninger i form af udbytte, kapitalnedsættelser m.v. samt vedtægtsmæssige ændringer kan være i strid med vederlagskravet. På samme måde er egentlige kontantvederlag eller mellemregninger i forbindelse med tilførslen også i strid hermed. Som konsekvens af foranstående, sker der fortsat en tilførsel civilretligt, forskellen er ”blot” at tilførslen bliver skattepligtig, medmindre det efterfølgende bliver tilladt til omgørelse til en skattefri tilførsel af aktiver.

Det er et ubetinget krav at vederlæggelse i ejerandele sker til kursværdien/indre værdi. Det vil derfor ikke være muligt at gennemføre tilførslen til nominel værdi kombineret med en mellemregning, hvilket er understøttet af TfS1997.661LR, hvor der blev stillet krav om at lån til det indskydende selskab udgik af tilførslen.

Særligt om køberetter i forbindelse med aflønning af medarbejdere er der nogle bestemte særlige problemstillinger. I det omfang at der er tale om rettigheder indrømmet medarbejdere, hvis ansættelsesforhold er overført til det modtagende selskab i forbindelse med tilførslen, tillades der konvertering af de oprindelige køberetter til køberetter i det modtagende selskab. På samme måde medfølger medarbejderne og medarbejderforpligtelserne, hvorfor det giver mening af køberetterne ligeledes, medfølger disse medarbejdere. Dette har man dog i afgørelserne begrundet ud fra en formålsbetragtning, hvilket er vigtigt at bemærke, idet der som udgangspunkt/hovedregel er tale om afståelse, når man ændre genstanden for udøvelsesretten fra det indskydende til det modtagende selskab.

Men hvornår må der så foretages udlodning af udbytte efter tilførslen, fra det modtagende til det indskydende selskab, således det ikke er i strid med FUL §15 c stk. 2? Det forhold at der efterfølgende bliver foretaget en udlodning, medfører ikke i sig selv at udlodningen betragtes som kontantvederlæggelse.

Der er igen tale om en konkret vurdering, og en afgrænsning der er baseret på både beløbs og tidsmæssig afgrænsning. Såfremt udlodningen er en integreret del af tilførslen, står det evt. beskrevet i tilladelsen at dette er planen allerede inden tilførslen, så er der tale om kontantvederlag, som gør at tilførslen skal gennemføres som en skattepligtig omstrukturering. Dette fremgår af SKM 2011.501HR.

Omvendt kan det nævnes med udgangspunkt i SKM2006.403SKAT, at SKAT ud fra en konkret vurdering ikke fandt at en udlodning ville være i strid med FUL § 15c, selvom den oversteg årets resultat. Dette begrundet med at udlodningen hidrørte fra en ikke bunden egenkapital fra tiden inden tilførslen. Der var således i denne konkrete sag ikke tale om kontantvederlag.

SKAT fastlægger i forbindelse med en afgørelse (SKM2001.342TSS) et princip, der fortæller at det indskydende selskabs midler alene kan udloddes som udbytte i det omfang, de er optjent i det modtagende selskab efter tilførslen af aktiver.

Ovenstående omhandler efterfølgende udbetaling af udbytte samt evt. kapitalnedsættelsesprovenu, men problemstillingen kan også vedrøre tilbagesalg af aktier som kunne betegnes som vederlag i denne sammenhæng.

Ovenstående eksempler omhandler den beløbsmæssig afgrænsning, men i forhold til den tidsmæssige afgrænsning, så kan forbuddet ikke være gældende til al evighed i ethvert selskab, der er etableret ved tilførsel af aktiver. I praksis er det blot en udfordring at vurdere hvor denne tidsmæssige grænse går, og det er svært at konkretisere det yderligere, end at det beror på en konkret vurdering i hver sag.

4.1.8 Tilførselsdato

Tilførselsdatoen fastlæggelse som udgangspunkt efter FUL §5 stk. 1-3, jf. SEL §31 stk. 3, og det betyder at den skæringsdato, der vælges for tilførsels gennemførelse, skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

Ved tilførsel af aktiver til et nystiftet selskab etableres der en koncernforbindelse (omfattet af SEL §31 c) anvendes FUL § 5 stk. 3 som oftest, således at dato for etableringen af koncernforbindelsen ligeledes anvendes som skattemæssig tilførselsdato for det pågældende selskab. De involverede selskaber behøver ikke have samme skattemæssig tilførselsdato.

4.1.9 Anmeldelse

Hvis der foretages en skattefri tilførsel af aktiver, skal det anmeldes til SKAT senest 1 måned efter at vedtagelsen er sket i alle involverede selskab jf. FUL §15 d, stk. 2, jf. § 6 stk. 2 og 3. Der skal ligeledes indsendes oplysninger for at skattefriheden er gyldig jf. lovens regler, se afsnit 3.5.1.8 i denne afhandling.

4.2 Tilførsel af aktiver med tilladelse (det subjektive regelsæt)

Jf. FUL § 15 c, stk. 1 kan man gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver efter forudgående indhentet tilladelse fra SKAT. SKAT vil ligesom ved aktieombytning lægge grundlæggende vægt på, hvorvidt der er tale om en forretningsmæssigt begrundet tilførsel. Derfor er formålsbetragtningerne fra aktieombytnings afsnittet også relevant/gældende her. Er der tale om tilførsel af aktiver med skatteundgåelse/skatteunddragelse til formål, vil der ikke blive givet tilladelse. Ansøgninger begrundet i eksempelvis hensigtsmæssig koncernstruktur eller muliggørelse af fremtidigt generationsskifte er ikke tilstrækkelige.

4.2.1. Vilkår – anmeldelse - klage

SKAT har mulighed for at stille vilkår, for at sikre at tilførslen sker med forretningsmæssige formål. I praksis bliver ejertidsvilkår eller anmeldelsesvilkår meget sjældent anvendt, kun i de tilfælde hvor der sker tilførsel til et allerede eksisterende selskab til en væsentlig overkurs. Når SKAT anvender ejertidsvilkår eller anmeldelsesvilkår i denne situation, sikre de, at der ikke kan realiseres en skattefri gevinst på de aktier, det indskydende selskab har i det modtagende selskab forud for tilførslen af aktiver.

På grund af ændring ved lov nr. 525 af 12. juni 2009, hvor FUL §15d, stk. blev ændret, vil SKAT formodentlig fremover anvende anmeldelsesvilkåret på tilsvarende vis som ved skattefrie aktieombytninger, da aktier som det indskydende selskab modtager ligeledes skal opgøres til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver, og altså ikke til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver.

Efter denne praksis vil der derfor ligeledes blive stillet krav om, at eventuelle efterfølgende ændringer skal anmeldes til SKAT senest 3 måneder forud for den påtænkte disposition gennemførelse, såfremt der er tale om en viljesbestemt/forudsigelig disposition, og senest 1 måned efter at forholdet er kommet til ansøgers kundskab, hvis der er tale om en uforudsigelig disposition. Manglende overholdelse af vilkår vil medføre bortfald af tilladelsen, dog vil det på baggrund af en konkret vurdering, analyseres hvorvidt de ændrede forhold er væsentlige i forhold til tilladelsens gyldighed.

Det gælder som ved ansøgning om aktieombytning og spaltning, at ansøgningen til SKAT skal være begrundet og konkret i relation til det forretningsmæssige formål.

Hvis skatteyder ikke får tilladelse til at gennemføre tilførslen eller hvor tilladelsen er behæftet med nogen (efter skatteydere vurdering) urimelige vilkår, kan der klages til landsskatteretten jf. skatteforvaltningsloven §11.

4.3 Tilførsel af aktiver uden tilladelse (det objektive regelsæt)

Der er jo som beskrevet ved lov nr. 343 af 18. april 2007, åbnet op for at tilførsel af aktiver kan ske skattefrit uden tilladelse. Regelsættet har hjemmel i FUL §15c stk. 1, 4 pkt. Loven fra 2007 blev igen ændret ved lov nr. 525 af 12. juni 2009. De grundlæggende betingelser er ligeledes gældende for tilførsel af aktiver uden tilladelse, se afsnit 4.1. Herudover er der yderligere betingelser der skal være opfyldt for anvendelse af det objektive regelsæt.

4.3.1 Betingelser for tilførsel af aktiver uden tilladelse

Jf. FUL §15c stk. 1, 5 pkt. er det en betingelse, at det indskydende selskab ikke må afstå aktier i det modtagende selskab i en 3-årig periode fra vedtagelsen af tilførslen. Manglende overholdelse heraf, betyder at tilførslen bliver skattepligtig, og det vil sige at det indskydende selskab bliver skattepligtig af de avancer og genvundne afskrivninger, der kan konstateres ved tilførslen.

På samme måde som ved en skattefri aktieombytning (som beskrevet tidligere) skal man være særligt opmærksom på hvilke dispositioner der kan medføre, at datterselskabsaktierne anses for at være afstået. Det skal dog også her fremhæves at FUL §15 c, stk. 1, 6 pkt. fremhæver at det ikke forhindrer, at aktierne indgår i forbindelse med en skattefri omstrukturering.

Såfremt der efter en skattefri tilførsel uden tilladelse gennemføres en skattefri omstrukturering jf. FUL §15 st. 1, 4 pkt., vil kravet vedrørende 3 års ejertid (FL § 15 stk. 1, 5 pkt.) i sin restløbetid blive videreført og således henført til selskabsdeltageren og det/de deltagende selskaber i den efterfølgende omstrukturering.

Der er ifølge ændringerne ved lov i 2009, ikke længere udbyttebegrænsninger indenfor den 3-årige periode i forhold til det objektive regelsæt, men der gælder stadig at efterfølgende udlodninger ikke må være en del af vederlæggelsen til det modtagende selskab jf. de grundlæggende betingelser (som beskrevet tidligere ovenfor).

4.4 De skattemæssige konsekvenser af en skattefri tilførsel af aktiver

Retstillingen fastlægges i overensstemmelse med fusionsskattelovens gældende bestemmelser, herunder særbestemmelserne i FUL §15d.

4.4.1 Det indskydende selskab

Ved en tilførsel af aktiver bliver aktionæren i det indskydende selskab ikke berørt af tilførslen, men det indskydende selskab har der imod afstået aktiver til det modtagende selskab. Det modtagende selskab vil derfor succedere i det indskydende selskabs skattemæssige stilling.

Da tilførsel af aktiver jf. FUL er baseret på successionsprincippet, betyder det jf. FUL §15 d, stk. 1, at afståelsen af aktiver fra det indskydende selskab ikke udløser nogen form for

beskatning i det indskydende selskab, da skattebyrden overføres til det modtagende selskab, der således indtræder i den skattemæssige position jf. FUL §8.

Ovenstående forudsætter at der er tale om, at det modtagende selskab er undergivet fuld dansk beskatningsret, altså tilførsel til enten et i Danmark hjemhørende selskab eller til et udenlandsk selskabs faste driftssted eller faste ejendom i Danmark. Hvis der derimod sker tilførsel til et selskab hjemmehørende i udlandet, vil der være tale om en skattepligtig afståelse med deraf følgende konsekvenser (opgørelse – og beskatning af avance og tab).

Det indskydende selskab ophører ikke ved tilførslen, hvorfor selskabets eventuelle skattemæssige underskud ikke bliver påvirket af tilførslen, men bevares fuldt ud. Ved fusion og spaltning fortabes underskud fra tidligere år, men det gælder ikke for det indskydende selskab i en omstrukturering med tilførsel af aktiver.

På den måde kan underskuddet således også kun fradrages i forhold til det indskydende selskabs skattepligtige indkomst og ikke i det modtagende selskabs indkomst. En undtagelse hertil er dog i de tilfælde, hvor der sker tilførsel til et allerede eksisterende selskab, der forud for tilførslen allerede er sambeskattet med det indskydende selskab. Her vil underskud i sambeskatningen opstået før tilførslen kunne fradrages i indkomst opstået også efter gennemførelsen af tilførslen.

Ejerandelen som det indskydende selskab modtager som vederlag for den tilførte gren af en virksomhed, i form af eksempelvis aktier, skal opgøres jf. FUL §15d, stk. 4. Denne opgørelse er ændret ved lov i 2009, hvor værdien skal opgøres til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver, og altså ikke længere til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver.

Da aktierne ved en tilførsel typisk vil falde under ABL §8, vil aktierne kunne afstås umiddelbart efter tilførslen af aktiver uden beskatning. Det har derfor betydet at der ved tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver bliver givet et anmeldelsesvilkår, således at lige præcis salg/tilbagealg af datterselskabsaktier skal anmeldes til SKAT, inden tilførslen gennemføres, idet tilladelsen i modsat fald kan tilbagekaldes.

4.4.2 Det modtagende selskab

Som nævnt ovenfor indtræder det modtagende selskab i den skattemæssige position vedrørende de fra det indskydende selskabs tilførte aktiver og passiver jf. FUL § 15 d, stk.

2, jf. §8. Det modtagende selskab indtræder derfor i det indskydende selskabs anskaffelsessum, anskaffelsestid, og det indskydende selskabs intention eksempelvis vedrørende næringsintention.

Der vil i tilfælde af en opsplitning af det indskydende selskabs hidtidige beskatningsgrundlag, ske en fordeling af det fremtidige beskatningsgrundlag, mellem det indskydende henholdsvis det modtagende selskab. Der vil altså ske en forholdsmæssig fordeling baseret på konkrete og relevante kriterier, herunder især baseret på de respektive selskabers fremtidige ejerskab af det pågældende aktiv.

Fremførte underskud i det indskydende selskab, kan ikke fradrages ved det modtagende selskabs indkomstopgørelsen, uanset om disse underskud relaterer sig til den drift der er tilført det modtagende selskab. Dette kan kun det indskydende selskab anvendes ligesom beskrevet ovenfor. Her gælder som beskrevet ovenfor undtagelsen i forhold til hvis de to selskaber var sambeskattet forinden tilførslen, dette kan udledes af SKM2011.588LSR.

Retten til underskudsfræførsel er kompliceret ligesom ved skattefri fusion, derfor er det meget vigtigt at gøre sig klart, hvorvidt tilførslen vil blokere for en optimal anvendelse af et eventuelt større fremført underskud.

4.5 Tilførsel af aktiver efter de subjektive regler (med tilladelse) eller de objektive regler (uden tilladelse)

Man har jo som sagt mulighed for at vælge mellem de to regelsæt, henholdsvis med eller uden tilladelse. Der er ikke den store forskel i processen for at kunne gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse, da det giver det samme om man søger tilladelse og afventer myndighedens svar på dette, eller bruger det objektive regelsæt og eventuelt afventer myndighedernes bindende ligningsvar på, at man opfylder betingelserne herfor.

Den store forskel ligger dog særligt i at man nu kan gennemføre en tilførsel af aktiver uanset om det kan forretningsmæssig begrundes. Som oftest er der dog tale om situationer hvor der er en forretningsmæssig begrundelse, det er primært kun aktieombytning og spaltninger der vedrører rene pengetankselskaber – hvor der kan gives afslag på omstruktureringen.

Fordelen ved at anvende det subjektive regelsæt, er muligheden for ved efterfølgende ændringer i de oprindelige forudsætninger – primært ved salg inden for 3 år – at få SKATs tilladelse til at opretholde skattefriheden, dette vil ikke være muligt ved brug af det objektive regelsæt uden tilladelse.

Det objektive regelsæt er bedst egnet ved ukomplicerede omstruktureringer, hvor der ikke foreligger en subjektiv forretningsmæssig begrundelse, men hvis man har forudset et salg indenfor 3 år – bør man anvende det subjektive regelsæt men forudgående tilladelse.

4.6 Skattepligtig tilførsel af aktiver

Skattepligtig tilførsel af aktiver er reguleret i FUL §15 C, hvorfor der sker beskatning af salg af aktiver. Som der også er tilfældet ved aktieombytning, modtager selskabet kapitalandele som vederlag, og hvis der er stor gevinst og dermed en større beskatning, kan den skattepligtige metode derfor være mindre attraktiv at anvende. Hvis man derimod har tab fra tidligere år der kan modregnes i gevinsten eller hvis der generelt er tale om en minimal beskatning, kan den skattepligtige metode være fordelagtig, især i de tilfælde hvor man ikke har andre muligheder for at anvende sit underskud fra tidligere.

4.7 Civilretlig gennemførelse af tilførsel af aktiver

Ved gennemførelse af en tilførsel af aktiver skal man være opmærksom på at overdragelsen af en gren af virksomheden eller virksomheden fra det indskydende til det modtagende selskab i formueretlig henseende sidestilles med enhver anden form for virksomhedsoverdragelse til 3. mand.

Det vil sige at man skal have styr på flere forhold, herunder: kontraktpartners tiltrædelse, berigtigelse af gældsovertagelse/debitorskifte, indhentelse af eventuelle offentlige godkendelser vedrørende den indskudte virksomhed, afklaring af medarbejdernes retsforhold, omregistrering af biler, ændring af forsikringer m.v.

4.8 Selskabsretligt gennemførelse af tilførsel af aktiver

Der findes ikke særlige regler om gennemførelse af tilførsel af aktiver selskabsretligt. Er der tale om apportindskud (stiftelse af nyt selskab) sker det efter regelsættet i SEL §§ 35-38, mens kapitalforhøjelse (til eksisterende selskab) sker efter regelsættet i SEL §160. Her

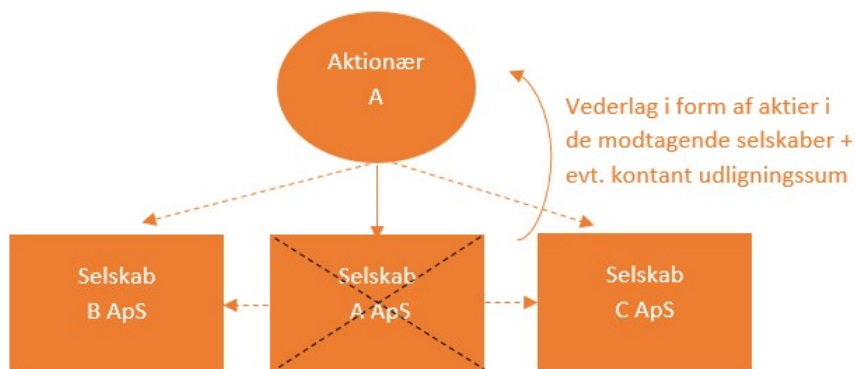
skelner man ikke mellem skattefri eller skattepligtig tilførsel og henholdsvis med eller uden tilladelse er også irrelevant selskabsretligt.

5. Spaltning

Ved spaltning sker der en opdeling af et selskabs aktiviteter, hvorefter en eller flere af de opsplittede aktiviteter overgår til et eller flere andre selskaber. Aktionærerne i det indskydende selskab modtager vederlag i form af aktier i det modtagende selskab, alternativt vederlag i form af kontanter.

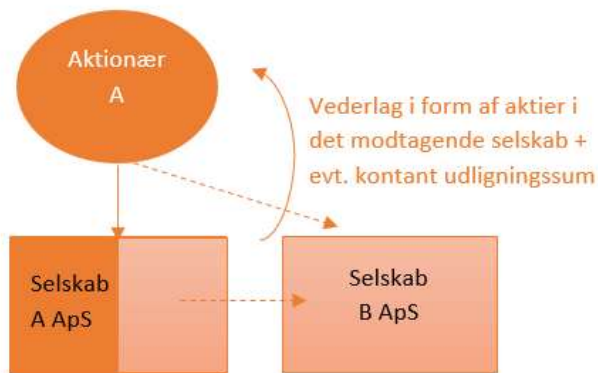
Det er muligt at gennemføre en spaltning både skattepligtigt og skattefrit i skatteretlig henseende, hvor sidstnævnte er særlig relevant i praksis. Der skelnes mellem to typer af spaltning enten ophørsspaltning (egentlig spaltning) eller grenspaltning (uegentlig spaltning).

Ophørsspaltning er i det tilfælde hvor der i forbindelse med spaltningen gennemføres en opløsning af det spaltede selskab med deraf følgende overdragelse af samtlige aktiver til to eller flere selskaber. Det kan være såvel allerede bestående eller (i forbindelse med spaltningen) nystiftede selskaber der kan være modtagende selskaber. Det er skitseret nedenfor:



Kilde: Egen tilvirkning

Grenspaltning er i de tilfælde hvor der i forbindelse med spaltningen sker en opdeling af det indskydende selskabs hidtidige aktiviteter, hvor det indskydende selskab bevares og dermed ikke opløses. I disse tilfælde sker der et indskud af en samlet virksomhedsgren af aktiviteter i det modtagende selskab. Det kan være såvel allerede bestående eller (i forbindelse med spaltningen) nystiftede selskaber der kan være modtagende selskaber. Grenspaltning er skitseret nedenfor:



Kilde: Egen tilvirkning

Hvis der er tale om en skattepligtig spaltning, vil der være tale om afståelse af aktiver med deraf følgende skattemæssige konsekvenser, dvs. normal afståelsesbeskatning både hos aktionæren samt hos det indskydende selskab.

Hvis der er tale om en skattefri spaltning kan den på tilsvarende vis som aktieombytning og tilførsel af aktiver ske både med (subjektive regler) og uden (objektive regler) tilladelse. I det objektive regelsæt er det direkte forudsat, at der kan gennemføres flere på hinanden følgende omstruktureringer, uden at det vil være i strid med anvendelsen af regelsættet.

Spaltning er jf. FUL §15 a, stk. 2, defineret som et selskab der overfører en del af eller samtlige 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 forskellige krav til ophørsspaltning kontra grenspaltning. Men i begge tilfælde sker der en overførsel af aktiver og passiver fra det indskydende til det modtagende selskab, og aktionærerne i det indskydende selskab modtager vederlag i form af enten aktier i det modtagende selskab og/eller kontanter.

Dette er derfor også en af de grundlæggende forudsætninger for spaltning, hvilket kan udledes af TfS1999.257LR, hvor der blev givet afslag på anmodning om tilladelse til gennemførelse af en skattefri spaltning, idet aktiverne i det indskydende selskab blev overført til aktionærerne uden vederlag i forbindelse med spaltning.

Ligesom ved aktieombytning og tilførsel af aktiver, kan der alene ske skattefri spaltning efter forudgående tilladelse, såfremt formålet ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Herudover skal der ved forudgående tilladelse konkret være en forretningsmæssig begrundelse, men dette påses af SKAT i forbindelse med behandling af ansøgningen. Der er efterhånden en del praksis på området, hvilket gør vurderingen nemmere fremover.

Sidst er det vigtigt at bemærke, at der ved gennemførelse af en skattefri spaltning, ikke kan opstå nye aktiver eller passiver. Det betyder at der ikke i forbindelse med spaltning kan ske etablering af mellemregning mellem det indskydende og de modtagende selskaber, ligesom der ej heller kan etableres en mellemregning blandt de nystiftede selskaber ved en ophørsspaltning.

Lovgrundlaget for gennemførelse af skattefri spaltning findes i fusionsskattelovens kapitel 4, §15 a og b, herudover er der en del praksis samt få vejledninger og cirkulærer på området, som danner grundlag for den skattemæssige behandling af skattefri spaltning.

Herudover finder ligningslovens §3 anvendelse ved omstrukturering, der har et grænseoverskridende element, hvilket der er afgrænset for i denne afhandling.

5.1. De grundlæggende betingelser for en skattefri spaltning

Ligesom ved de øvrige foranstående emner, starter jeg først med en gennemgang af de grundlæggende betingelser for en skattefri spaltning.

5.1.1 Hvilke selskaber er omfattet

Ligegyldigt om der er tale om en skattefri spaltning med eller uden tilladelse, er det en grundlæggende betingelse, at det indskydende og det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i henhold til direktion 2009/133EF som tidligere beskrevet. Transparente enheder er ikke omfattet, dvs. interessentskaber og kommanditselskaber kan ikke anvende regelsættet.

Herudover er der nævnt helt specielle konkrete angivne selskaber som umiddelbart godt vil kunne anvende regelsættet jf. FUL §15 c stk. 3-6, herunder DSB, beskattede elselskaber, vand- og spildevandsforsyningsselskaber m.v. Disse specifikke regler er ikke nærmere gennemgået.

5.1.2 Betingelser for ophørsspaltning/egentlig spaltning

Der gælder ingen særlige betingelser vedrørende fordeling af aktiver og passiver i forbindelse med ophørsspaltning, men aktionærerne skal vederlægges forholdsmæssigt i forhold til deres aktiebesiddelse i det ophørende selskab jf. FUL §15 a, stk. 2, 1 pkt. Der stilles ikke krav til karakteren af det spaltede, og der er således ikke noget krav om at der skal være en samlet gren af en virksomhed, som er tilfældet ved grenspaltning, se nedenfor.

5.1.3 Betingelser for grenspaltning/delvis spaltning

Ved grenspaltning er der krav om, at de aktiver og passiver der tilføres samlet udgør en selvstændig gren af en virksomhed. Der skal være tale om en selvstændig organisatorisk enhed, der kan fungere ved brug af egne midler jf. tidligere beskrivelse i afsnit 4.1.4 under tilførsel af aktiver. Der kan dog vurderes på noget retspraksis i henhold til spaltning jf. de følgende eksempler.

SKM2012.321SKAT omhandlede et selskab der drev grusgravningsvirksomhed dels fra egen ejendom og dels på lejebasis ved graveindvindingsaftaler fra eksterne ejendomme. Grenkravet ansås for at være opfyldt, ved spaltning af ejendom og råstof til et modtagende søsterselskab, hvor det indskydende selskab skulle omfatte udvinding og afsætning.

SKM2011.90SR omhandlede en spaltning af et selskab, hvor den primære aktivpost bestod i aktier i et andet selskab. Grenspaltningen blev ikke godkendt, da kapitalandele ikke ansås for at være en gren af en virksomhed.

5.1.4 Krav til vederlaget og dets form

Jf. FUL §15 a, stk. 1, skal der ske vederlæggelse i form af aktiver og en eventuel kontant udligningssum. I forbindelse med spaltning uden tilladelse, er der dog et forbud mod kontantvederlæggelse i visse situationer.

Vederlæggelsen til aktionærerne i det indskydende selskab er med udgangspunkt i værdien af deres hidtidige ejerbesiddelse i det indskydende selskab. Uanset om der er tale om en ophørsspaltning eller en grenspaltning, må der dog ikke ske en forrykkelse af ejerforholdet mellem aktionærerne.

Eksempel, hvis to aktionærer A og B ejer et selskab M, der ophørsspaltes hvor der bliver stiftet to nye selskaber M1 og M2. I dette tilfælde er der ikke noget til hinder for at A ejer 100% af M1 og B 100% af M2, eller en kombination heraf. Herudover kan vederlæggelsen frit kombineres med kontantvederlæggelse (både helt eller delvist) af en eller flere aktionærer.

Ved ophørsspaltnings hvor der frit kan ske en fordeling af aktiver og passiver i de nye selskaber, vil der i langt størstedelen af tilfældene ikke være noget problem i henhold til forrykkelse af ejerforholdet, da der via overflytning af likvider m.v. kan ske en regulering.

Ved grenspaltnings, kan der ikke frit ske en fordeling af aktiver og passiver, fordi der i stedet skal være tale om en gren af en virksomhed. Det vil derfor ikke være muligt at foretage forskellige overførsler, med det formål at udligne værdierne til de modtagende selskaber, da det ville være i strid med kravet om at alle omfattende aktiver- og passiver naturligt skal tilhører grenen af virksomheden.

Som hovedregel kan en eller flere aktionærer udelukkende vederlægges i form af kontanter, forudsat at der udstedes mindst én aktie i det modtagende selskab/de modtagende selskaber, og forudsat at vederlæggelsen ikke er omfattet af FUL §15a, stk. 2. Ved kontantvederlæggelse vil der ske udbyttebeskatning eller alternativt aktieavancebeskatning jf. ABL §§8, 9 og 12.

Når der er krav til at parterne skal vederlægges i forhold til deres aktiebesiddelse, rejser der sig et nyt spørgsmål omkring værdiansættelse, hvilket derfor også bliver interessant i spaltningssammenhænge. Er aktionærkredsen interesseforbundne parter (lodret forbundne, eks. far og søn) træder værdiansættelsescirkulærerne/vejledninger i kraft. Vandret forbundne, dvs. søskende er som udgangspunkt ikke interesseforbundne parter. Værdiansættelse er jf. afgrænsningen ikke analyseret yderligere i denne afhandling.

5.1.5 Spaltningsdatoen

Fastsættelse af spaltningsdatoen følger FUL §5 stk. 1-3, jf. SEL §31 stk. 3. Udgangspunktet i regelsættet er at den skæringsdato, der vælges for gennemførelse af en spaltning, skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår alternativt ved nystiftet selskab åbningsstatussen (startdatoen).

Hvis indkomsten i et af de i spaltningen deltagende selskaber opgøres efter SEL §31, stk. 3, som følge af koncernforbindelse, anvendes tidspunktet for ophøret henholdsvis etableringen af koncernforbindelsen som skattemæssig spaltningsdato. Der kræves ikke samme skattemæssig spaltningsdag. Ved spaltning af et ultimativt moderselskab, som kun har ét direkte ejet datterselskab, og det pågældende indkomstår ikke har haft anden erhvervsmæssig aktivitet end af eje datterselskabsaktier, vil koncernetableringen kunne anses for sket med virkning fra start af indkomståret. Dette kun i de tilfælde hvor der ikke etableres/ophører koncernforbindelse med andre selskaber.

I forbindelse med fastlæggelse af spaltningsdato, skal man således være opmærksom på om der i forbindelse med omstruktureringen etableres eller ophører en koncernforbindelse eller i øvrigt falder ind under undtagelsesbestemmelserne i SEL §31 stk. 3, 6-9. pkt.

Da der er dette kombinerede regelsæt mellem FUL §5 stk. 1-3 og SEL §31, stk. 3, 1.-4. pkt. og 6-9. pkt. kan det være svært at fastlægge spaltningsdatoen, men her vil et bindende ligningssvar fra SKAT være løsningen i nogle tilfælde.

5.1.6 Anmeldelse

Når der gennemføres en skattefri spaltning, skal det indberettes til SKAT senest 1 måned efter gennemførelsen, hvilket fremgår af FUL §6, hvor skatteministeren har udnyttet bemyndigelsen til at fastsætte nærmere regler herfor via bekendtgørelse nr. 1003 af 6. september 2014 § 1, der henvises til afsnit 3.5.1.8 i denne afhandling. Indberetningen og indsendelse af de respektive dokumenter er en gyldighedsbetingelse for, at lovens regler kan anvendes.

5.2 Skattefri spaltning med tilladelse

Skattefri spaltning med forudgående tilladelse fra SKAT sker efter reglerne i FUL §15 a, stk. 1, 2. pkt. Ligesom ved skattefri aktieombytning og tilførsel af aktiver efter forudgående tilladelse, forudsætter tilladelsen fra SKAT, at der er tale om en forretningsmæssig begrundelse.

5.2.1 Forretningsmæssig begrundelse

Spaltninger er særdeles relevant i forbindelse med forberedelse af generationsskifte, fx i situationer hvor der er et flerejet holdingselskab og det ønskes opsplittet således at hver af de hidtidige ejere fremover får hver deres eget holdingselskab – dog med den forudsætning, at der er en forretningsmæssig begrundelse. Der gives som nævnt tidligere ikke tilladelse, såfremt der er tale om skatteundgåelse eller skatteunddragelse, og kan der være risiko for, at det ville kunne forekomme, knytter SKAT vilkår til tilladelsen.

Man skelner mellem skatteundgåelse og en gyldig forretningsmæssig begrundelse. Skatteudskydelse er ikke omtalt i fusionsdirektivet, fordi alle former for omstrukturering vil indebære et element af skatteudskydelse, selvom formålet er forretningsmæssig begrundet eller ikke. Man kan dog sige at de dispositioner hvis hovedformål er undgåelse af beskatning ikke accepteres. Vurderingen beror på en konkret vurdering af de faktiske forhold. Jeg vil dog i de følgende gennemgå nogle af de typesituationer, der er fremkommet i praksis med spaltning vedrørende den forretningsmæssige begrundelse.

5.2.1.1 Generationsskifte

I forbindelse med generationsskifte, kan det udledes af praksis, at der oftest stilles krav til, at generationsskifte reelt er forretningsmæssig begrundet og ikke begrundet i at undgå en skat ved en aktionærs udtræden. Derfor vil et påtænkt salg/tilbagesalg efter gennemførelsen af spaltningen, hvorved en af de oprindelige aktionærer udtræder, blive anset for at være skatteundgåelse. Se hertil SKM2005.26TSS og SKM2004.73TSS.

5.2.1.2 Uenighed mellem aktionærerne

Hvis der er uenighed mellem aktionærerne, anvendes spaltning også som værktøj. Praksis herfor viser dog, at der stilles strenge krav til dokumentationen af, at der foreligger en egentlig uoverensstemmelse der kan påvirke selskabets drift, og dermed en forretningsmæssig begrundelse. Det kræver god (ekstern) dokumentation, fx at det ene selskab i koncernen skaber så meget dårlig omtale, at det går ud over de øvrige selskaber i koncernen (eksempel på dokumentation: artikler i aviser, udtalelser, aftaler m.v.) Det skal kunne dokumenteres tydeligt hvilke forskellige holdninger der er, og hvorfor der er uenighed blandt aktionærerne, for at der er tale om en forretningsmæssig begrundelse.

5.2.1.3 Efterfølgende frasalg

Det er muligt at et efterfølgende frasalg af aktivitet eller aktier vil kunne foretages skattefrit. Det vil dog som hovedregel medføre avancebeskatning, og spaltning med henblik på frasalg vil medføre en likviditetsbesparelse i forbindelse med at beskatningen udskydes, derfor vil SKAT være særligt opmærksomme på, at spaltningen er forretningsmæssigt begrundet. Når spaltningen foretages med henblik på et frasalg af en aktivitet, vil der blive foretaget en meget konkret vurdering af lige netop hvor vidt formålet reelt set er skatteundgåelse/unddragelse eller om der faktisk er en forretningsmæssig begrundelse bag omstruktureringen.

5.2.1.4 Skilsmisse

Spaltningsværktøjet kan også anvendes i forbindelse med separation eller skilsmisse, hvor betydelige værdier i et selskab skal fordeles mellem de nu tidligere ægtefæller. Jf. SKM2002.407TSS fremhæves det faktum at der ikke nødvendigvis skal være uenighed om driften i selskabet, men den forretningsmæssige begrundelse i de mulige samarbejdsvanskeligheder, der ville kunne opstå ved samlivets ophør, altså det faktum at der kunne opstå uenighed om den fremtidige drift, var nok til at få tilladelse. I dette tilfælde var halvdelen af anparterne blevet udlagt til den tidligere ægtefælle i forbindelse med skilsmissen, hvorfor udfaldet blev som det blev, se modsat nedenfor.

Modsat blev der ikke givet tilladelse i forbindelse med et selskab (indtil separationen) 100% ejet af den ene ægtefælle. Jf. SKM2005.284TSS, gav SKAT afslag på anmodningen, da der var tale om en eneejer med fuldstændig kontrol over koncernen, og at der ikke var risiko for ledelsesmæssige konflikter. SKAT fandt således spaltningen begrundet i skattemæssig fordelagtig bodeling for at undgå udbyttebeskatning, hvilket ikke ansås for at være en forretningsmæssig begrundelse.

Forskellen i forhold til ovenstående er således at i sagen ovenfor modtog den ægtefælle der indtil skilsmissen ikke ejede anparter i selskabet, en andel af alle aktiver og passiver, for at muliggøre en fortsat drift af selskabet, var spaltningen nødvendig. I Sag 2 ønskede man at anvende spaltningsmodellen som et alternativ til udlodning af udbytte og fordelagtig bodeling, hvilket ikke var godkendt af SKAT.

5.2.1.5 Opdeling af pengetankselskab

Det er endvidere muligt at anvende reglerne om spaltning i forbindelse med opdeling af et pengetankselskab. Der er igen tale om skærpede krav til begrundelsen for, at hovedformålet bag spaltningen er forretningsmæssigt begrundet, når aktivmassen primært består af likvider og/eller finansielle aktiver (obligationer/aktier).

Her skal det kunne dokumenteres, at der er konkrete planer for at opstarte en aktivitet med midlerne fra et pengetankselskab, for at der kan være tale om en forretningsmæssig begrundelse. Spaltningen må naturligvis ikke begrundes i personaktionærernes privatøkonomiske interesser. Der kunne også være tale om at to aktionærer kunne være uenige om placeringen/anvendelse af midlerne, men igen her vil SKAT stille strenge krav til dokumentationen heraf.

5.2.2 Fastlæggelse af vilkår

SKAT kan ligeledes ved spaltning fastsætte vilkår til tilladelsen for at sikre, at spaltningen har et forretningsmæssig formål. I praksis har det typisk været vilkår omkring ejertiden, herudover har vilkår omkring grenspaltning blot til formål at sikre at grenkravet overholdes.

5.3. Skattefri spaltning uden tilladelse

Der kræves ikke dokumentation for, at spaltningen er forretningsmæssigt begrundet, hvis man anvender regelsættet uden forudgående tilladelse fra SKAT. Til gengæld er der opstillet nogle yderligere (objektive) betingelser, der skal sikre at spaltninger uden tilladelse ikke effektueres med formål som skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

De grundlæggende betingelser for skattefri spaltning er ligeledes gældende for spaltninger uden tilladelse, se afsnit 5.1. De yderligere betingelser for gennemførsel af spaltning uden tilladelse er gennemgået i de følgende værnsregler.

5.3.1 Efterfølgende salg af aktier

Der blev indført en del værnsregler i 2007, hvor nogle af dem imidlertid er ophævet igen i 2009. Dette skete i forbindelse med indførelse af det objektive regelsæt i ABL §36 a og FUL §15 a, stk. 1, 4 pkt., og § 15 c, stk. 1, 4 pkt. Hovedformålet med det indførte objektive regelsæt var, at afståelse ikke måtte ske indenfor en periode på 3 år på omstrukturings-

tidspunktet. Den udskudte skat på aktierne i det modtagende selskab vil komme til beskattning for aktionærerne, såfremt der bliver afstået indenfor 3 år, hvorimod aktierne ville kunne sælges skattefrit efter 3 år.

I forbindelse med ændringen af dette regelsæt, hvorefter at skattefriheden ikke hænger sammen med ejertid, men derimod aktiebesiddelsens størrelse, er der blevet indsat en ny værnsregel, gældende for visse selskabsaktionærer (ikke personaktionærer).

Denne værnsregel fremgår af FUL §15 a stk. 1, 5 pkt., hvoraf det fremgår at selskaber, der efter spaltningen minimum ejer 10% af kapitalen i et af de deltagende selskaber, ikke må afstå aktier i det eller de pågældende selskaber i en periode på 3 år efter vedtagelsen af spaltningen. Ejertidskravet gælder ikke personaktionærer, da afståelsen i disse tilfælde vil være skattepligtig jf. ABL, også for afståelse indenfor den 3-årige periode.

Ejertidskravet gælder heller ikke for selskabsaktionærer med en ejerandel under 10%, medmindre der er tale om skattefrie porteføljeaktier jf. ABL §4c. Skattefrie porteføljeaktier kan ikke afstås skattefrit indenfor den 3-årige periode. Manglende opfyldelse af værnsreglen betyder naturligvis at spaltningen går fra udgangspunktet skattefri til skattepligtig.

Det betyder samtidig at man ligesom ved aktieombytning skal gøre sig klart, hvornår der rent skattemæssigt er tale om afståelse. Der henvises til gennemgangen under afsnit 2.5.2.2.

Jf. FUL §15a, stk. 1, 6 pkt. er det beskrevet, at kravet om afståelse ikke forhindre en eventuel yderligere efterfølgende skattefri omstrukturering som led i en større omstrukturering, dog vil det 3-årige ejertidskrav blive videreført og finde anvendelse på det/de deltagende selskaber i den efterfølgende omstrukturering.

5.3.2 Flere selskabsdeltagere

En anden værnsregel som betingelse for opfyldelse af objektive regelsæt, er at der ikke kan gennemføres en skattefri spaltning uden tilladelse, hvis det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år uden at have haft råderet over flertallet af stemmerne, og samtidig er eller ved spaltningen bliver selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de til

sammen råder over flertallet af stemmerne. Dette skal forhindre spaltninger, hvor formålet er at frasælge en del af selskabet skattefrit.

I de situationer hvor der er lavet en overdragelse af aktier med succession efter ABL §34, vil børnene succedere i forældrenes ejertid og dermed opfylde ejertidsbetingelsen. Dette har der været konkrete sager på, hvor skatterådet skriver at ejertiden i disse konkrete sager optjent ved succession kan medregnes ved opgørelsen af, om aktionærerne i selskabet har været selskabsdeltagere i mere end tre år.

5.3.3 Næringsdrivende

En selskabsdeltager må ikke være næringsdrivende ved køb og salg af aktier og samtidig modtage skattefrit udbytte af disse aktier, hvilket også er en værnsregel for det objektive regelsæt.

5.3.4 Selskabsdeltagere hjemmehørende uden for EU/EØS

Det objektive regelsæt kan ikke anvendes, hvis en selskabsdeltager der har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab jf. LL §2, har hjemsted i en stat udenfor EU/EØS, eller en stat som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

5.3.5 Balancen – forholdet mellem aktiver/passiver

Jf. FUL §15 a, stk. 2, 3 pkt., er der krav om at forholdet mellem aktiver og gæld, der overføres til det modtagende selskab, svarer til forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab. Dette skal forhindre at der i stedet for et skattefrit salg af aktiver, sker en udspaltning til et modtagende selskab og samtidig overføres gæld (der overstiger forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab) og dermed reducere den skattepligtige avance ved senere afståelse i det modtagende selskab.

Ligeledes forhindre denne bestemmelse at det indskydende selskab via en skattefri spaltning bliver tømt for værdier, ved at selskabet bliver efterladt med gæld, der overstiger det hidtidige aktiv/gæld forhold, således den skattepligtige avance ved et salg reduceres.

Denne bestemmelse vanskeliggøre kravene i forbindelse med en grenspaltning, da dette krav skal være opfyldt, samtidig med at grenkravet skal være opfyldt. Hvis forholdet mellem aktiver og gæld ikke svarer til forholdet i det indskydende selskab, kan det

tilpasses i form af ikke-grenrelaterede likvide midler. Dette har i praksis givet anledning til en del bindende ligningsvar.

5.3.6 Kontantvederlæggelse

Endelig er der en værnsregel om kontantvederlæggelse, der begrænser således at der i forbindelse med skattefri spaltning ikke kan tildeles kontantvederlag til selskaber, der ved spaltningen ejer minimum 10% af kapitalen i det indskydende selskab. Denne begrænsning gælder også for aktier omfattet af ABL §4 b og skattefri porteføljeaktier jf. ABL §4 c.

5.4. De skattemæssige konsekvenser af skattepligtig spaltning

Ved en ophørsspaltning vil aktionæren have afstået hele aktieposten, hvor der ved en grenspaltning er afstået en del af aktieposten. Begge situationer vil medføre beskatning. Ved ophørsspaltning som avance og ved grenspaltning som udbytte.

Det ophørende/udspaltede selskab vil anses for at afstået aktiver og passiver, der ved spaltning udskilles til et nyt/eksisterende selskab. Det afføder således afståelsesbeskatning både for de involverede aktionærer samt for selskabet. For aktionærer vil der ske beskatning jf. ABL, og for selskaber jf. KGL, ABL, EABL, AL m.v.

Men anvendes regelsættet i FUL §15a, udløses der som udgangspunkt ikke skat hverken for aktionæren eller selskaberne, til gengæld gælder succesionsprincipperne, hvilket er uddybet i næste afsnit.

5.4.1 Hvorfor anvende skattepligtig spaltning

Skattepligtig spaltning er naturligvis også en mulighed, og bør/kan anvendes i de tilfælde hvor beskatningsbeløbet er uvæsentligt. Det kan ligeledes være i de tilfælde hvor de skattemæssige nedskrevne værdier svarer til handelsværdierne eller hvor der er store underskud fra tidligere år. Ved at anvende skattepligtig spaltning får man betalt skatten med det samme og man er ikke afhængig af at opfylde værnsregler eller at formålet skal være forretningsmæssigt begrundet.

5.5 De skattemæssige konsekvenser af skattefri spaltning

5.5.1 For selskaberne

Det ophørende/udspaltede selskab medføres ikke beskattning, da successionsprincippet anvendes. Det modtagende selskab indtræder i det ophørende selskabs skattemæssige stilling på de enkelte aktiver, både i forhold til anskaffelsessum, -tid, og hensigt, ligesom der indtrædes i de foretagne af- og nedskrivninger.

Skattemæssige underskud følger FUL §8 stk. 6, hvor hovedreglen er at underskud ikke fradrages ved det eller de modtagende selskabers indkomster. Det vil det dog være sådan, at underskud i et indskydende selskab, der ikke ophører i forbindelse med spaltning, kan fradrage underskuddet i det indskydende selskabs egen indkomstopgørelse jf. SEL §12. Det er relevant i forhold til grenspaltning, hvor 100% af underskuddet fra tidligere år kan fratrækkes i den ikke frasolgte grens indkomst.

I forbindelse med spaltning fra et moderselskab til dets datterselskaber kan underskud opstået mens de har været sambeskattet fradrages jf. FUL §8 stk. 6 2. og 3. pkt. Herudover er der en begrænsning i FUL § 8stk. 8, der begrænser muligheden for fremførsel af tab i det modtagende selskab.

5.5.2 For aktionærene

Kontantvederlag til aktionærer beskattes jf. FUL §15 b, stk. 4, 3 pkt., der henviser til FUL §9, hvor kontantvederlaget beskattes enten som udbytte eller aktieavance efter ABL.

Aktier i det indskydende selskab, der ikke er afhændet, er ombyttet med aktier/anparter i det/de modtagende selskaber efter forholdet mellem kursværdien af aktierne/anparterne i hvert af de modtagende selskaber på spaltningstidspunktet. Findes der flere kategorier af aktier i det indskydende selskab, sker der en forholdsmæssig fordeling.

Hvis aktionæren ombytter sine aktier med aktier i det modtagende selskab, sker der succession som tidligere beskrevet. Anskaffelsessummen for aktierne i det indskydende selskab fordeles forholdsmæssig ud fra handelsværdien i de enkelte selskaber på spaltningstidspunktet, heri indgå også underskud der kan fremføres jf. SEL §12 samt fradragsberettigede tab efter ABL, EABL, KGL i det indskydende selskab (forudsat at det indskydende selskab ikke ophører i forbindelse med spaltningen).

5.6 Hvornår skal man vælge med og uden tilladelse

Spaltning med tilladelse vil være relevant ved grenspaltninger, hvor det kan være svært at opfylde både grenkravet og kravet om at forholdet mellem aktiver og passiver skal være det i samme i det indskydende selskab som i det modtagende selskab.

Spaltning uden tilladelse er relevant i de tilfælde hvor et pengetankselskab eller holdingselskab skal spaltes, her vil fordelingen af aktiver og passiver ofte være relativ ukompliceret, og samtidig vil der sjældent foreligge den nødvendige forretningsmæssige begrundelse for at kunne anmode om tilladelse.

5.7 Kort om de selskabsretlige forudsætninger for spaltning

For at der kan foretages en spaltning skattemæssigt, skal der foreligge en spaltning i selskabsretlig forstand jf. SL §254:

”Ved spaltningen overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nystiftede aktie- eller anpartsselskaber mod vederlag til det indskydende kapitalselskabs kapitalejere. Overdragelserne kan gennemføres uden kreditorernes samtykke.”

Der sker universalsuccession i rettigheder og forpligtelser, da kreditorerne ikke behøver at give samtykke, hvilket ellers normalt ville være nødvendigt. Dette gælder ligeledes for fusioner, men ikke for tilførsel af aktiver, her vil kreditorernes samtykke være nødvendigt. Men derfor er der indsat solidarisk hæftelse, jf. beskrivelse nedenfor: (SL §254 stk. 2)

”Såfremt en kreditor i et kapitalselskab, der har deltaget i spaltningen, ikke bliver fyldestgjort, hæfter hvert af de øvrige deltagende kapitalselskaber solidarisk for forpligtelser, der bestod på tidspunktet for spaltningsplanens offentliggørelse, dog højst med et beløb svarende til den tilførte eller resterende nettoværdi i det enkelte kapitalselskab på dette tidspunkt.”

Hele systemet omkring registrering mv. følger samme system som for fusion. Når erhvervsstyrelsen har registreret anmeldelsen, er spaltning selskabsretligt færdiggjort og gældende. Denne selskabsretlige registrering er naturligvis nødvendig for at der selskabsretlig er tale om en spaltning, men altså også nødvendig for at der kan forekomme skatteretlige retsvirkninger.

6. Eksempler på anvendelse

I det følgende vil jeg komme ind på nogle fiktive eksempler, hvor der naturligvis vil være flere løsninger, men jeg vil præsentere den løsning jer ser der er mest hensigtsmæssig ud fra de givne fiktive forhold.

6.1 Eksempel 1 – Entreprisekontrakter og mindre kunder

Jens Jensen ejer et anpartsselskab ved navn Jensen El-teknik ApS. Som årene er gået, har Jens fået flere entreprisekontrakter, og virksomheden er vokset fra 10 til 50 ansatte på bare 5 år. Der er store udsving i dækningsgraden på de enkelte entreprisekontrakter, dels fordi kalkulationerne omkring tidsforbrug og materialeforbrug er for optimistiske og i nogle tilfælde er Jens presset på prisen i forhold til konkurrenter m.v. På samme måde er Jens presset likviditetsmæssigt, da de store kunder vil have lang kredittid, og her må Jens tilpasse sig hvis han vil have opgaven.

Til gengæld ligger dækningsgraden rimelig konstant på omkring 50-60 % på de mindre og simple el-opgaver, samtidig med at kredittiden er 14-30 dage på disse opgaver. Dette kan Jens se ud fra de interne regnskaber og de efterkalkulationer der bliver lavet på de enkelte projekter.

Jens overvejer muligheden for at opdele selskabet i to, henholdsvis et selskab der tager sig af entreprisekontrakter, og ét selskab der tager sig af de mindre almindelige el-opgaver. Desuden har Jens et ønske om at starte en lampebutik på et senere tidspunkt.

6.2 Løsning til eksempel 1

Ud fra ovenstående beskrivelse tænker jeg som udgangspunkt, at det ville være en fordelagtig løsning først at foretage en aktieombytning efterfulgt af en spaltning. De grundlæggende betingelser for aktieombytning er opfyldt, herunder at der er tale om et dansk anpartsselskab, at det nye holdingselskab vil opnå 100% ejerskab (flertalskravet) over driftsselskabet, og ejerandelene kan indgå fordi der er tale om anparter jf. ABL §1.

For ikke at udløse beskatning vil jeg som udgangspunkt foretage en skattefri aktieombytning enten med eller uden tilladelse. På den måde sker der succession i både anskaffelsestidspunkt, anskaffelsessumme og anskaffelseshensigt. De øvrige krav der er til skattefri aktieombytning, er ligeledes opfyldt, da selskabet er fuld skattepligtig til

Danmark og vederlaget består af anparter i driftsselskabet. Desuden er fristen herfor, at ombytningen skal være gennemført indenfor 6 måneder fra første ombytningsdag

Jeg kan endvidere ikke se, at der kunne være noget til hinder for, at man foretager omstruktureringen med tilladelse, da man således er på den sikre side i forhold til afståelse indenfor 3 år, og da jeg godt mener, at der kan argumenteres for en forretningsmæssig begrundelse i dette tilfælde.

Den forretningsmæssige begrundelse kunne i hovedtræk beskrives som følgende:

Der ønskes at foretage en skattefri aktieombytning efterfulgt af en skattefri grenspaltning af det nuværende driftsselskab Jensen El-teknik ApS. Hovedformålene bag omstruktureringen er at etablere en enkel selskabsstruktur med et holdingselskab og flere datterselskaber. Ligeledes ønskes der en risikoafgrænsning da man har nogle risikofyldte entreprisekontrakter, som man ønsker at adskille fra den mindre risikofyldte "afdeling" med små og mellemstore el-opgaver. Desuden vil omstruktureringen være med til at forberede et generationsskifte på længere sigt, samt skabe mulighed for etablering af selvstændige datterselskaber, herunder skabe mulighed for stiftelse af nyt selskab i forbindelse med opstart af lampebutik.

Ud fra ovenstående vil min overbevisning være at SKAT godkender anmodningen ud fra en helhedsvurdering, dog eventuelt med et ejertidsvilkår på 3 år. Men det vil naturligvis ikke kunne siges med 100% sikkerhed, dog kan man ud fra de afgørelser der er fremhævet i denne afhandling kunne argumentere for at ovenstående begrundelse ville være fyldestgørende.

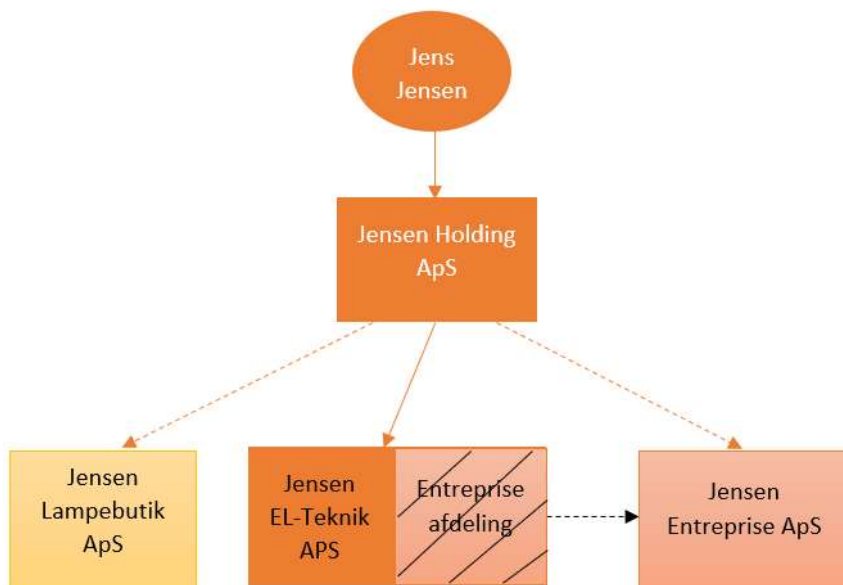
I forhold til den skattefrie spaltning, er de grundlæggende krav også opfyldt, herunder at der er tale om et dansk anpartsselskab samt at vederlæggelsen sker i form af aktiver og en eventuel kontant udligningssum. I forhold til grenspaltning er der krav om, at de aktiver og passiver der tilføres samlet udgør en selvstændig gren af en virksomhed. Der skal være tale om en selvstændig organisatorisk enhed, der kan fungere ved brug af egne midler. Jeg antager ud fra beskrivelsen, at der er tale om en gren af en virksomhed, primært på baggrund af oplysningen om interne regnskaber og efterkalkulationer, samt forskellige kredittider og risikoafgrænsning m.v. Men et bindende ligningsvar fra SKAT kunne være en løsning herpå.

Der er som udgangspunkt ikke noget anmeldelseskrav i forhold til skattefri aktieombytning med tilladelse (med mindre det fremgår af tilladelsen), men når der gennemføres en skattefri spaltning, skal det indberettes til SKAT senest 1 måned efter gennemførelsen.

I forhold til selskabsretten, er det således at når der sker nystiftelse af et selskab, skal det ske i henhold til reglerne i selskabslovens kapitel 3, efter reglerne om apportindskud (SL §35-38). Der skal naturligvis ske anmeldelse inden for de gældende frister, og sker dette ikke er konsekvensen at aktieombytningen er bortfaldet. Desuden er det vigtigt at få tilpasset ejerftaler, ejerbøger m.v.

Udover ovenstående skal man sørge for at registrere den efterfølgende spaltning selskabsretligt. Denne selskabsretlige registrering er naturligvis nødvendig for at der selskabsretlig er tale om en spaltning, men altså også nødvendig for at der kan forekomme skatteretlige retsvirkninger.

Løsningen kan skitseres således:



Kilde: Egen tilvirkning

6.3 Eksempel 2 – Sammenlægning for at blive størst på markedet

Antikvitets-selskabet Antik og Retro ApS (ejet af Per Hansen) har sammen med Retro Interiør ApS (ejet af Bent Jakobsen) længe ønsket at sammenlægge sig, for at blive størst på det nordjyske marked for retro antikmøbler og interiør. Nu er begge parter endelig blevet enige om forskellige konditioner, herunder hvad navnet skal være og hvordan rollerne skal fordeles, hvorfor de nu ønsker at slå sig sammen som en enhed.

6.4 Løsning til eksempel 2

I forhold til løsning af ovenstående problemstilling, vil jeg klart anbefale regelsættet om fusion. I dette tilfælde vil der være tale om en vandret fusion, hvor der er to muligheder. Enten skal begge selskaber ophøre, ellers skal et af selskaberne bestå, hvor det andet selskab overdrager samtlige aktiver og passiver til det første selskab.

Da begge parter er store aktører på det nordjyske marked, er der dermed ikke tale om en direkte overtagelse (opkøb) af ét af selskaberne, men derimod en fusion af ligeværdige, hvorfor jeg umiddelbart tænker at begge selskaber skal ophøre, for at stifte et nyt selskab sammen. Det udelukker dog ikke den anden mulighed for at overføre samtlige aktiver og passiver fra et af selskaberne til det andet.

Det kræver ikke en forudgående tilladelse fra SKAT at gennemføre en skattefri fusion, og der skal ikke søges om tilladelse hertil. Der er dog nogle betingelser der skal være opfyldte. For det først er kravet om danske selskaber opfyldt, vederlæggelsen skal være i form af ejerandele i det nye eller fortsættende selskab, plus et eventuelt kontant vederlag som vil blive beskattet som udbytte. Kravet om at udstede til mindst én aktionær er ligeledes opfyldt. Ombytningsforholdet skal svare til handelsværdien, ellers vil den ikke være omfattet af fusionsskattelovens regelsæt. Fusionsdatoen vil være datoen for den i forbindelse med fusionen udarbejdede åbningsstatus, i forbindelse med nystiftelse vil det være selskabets åbningsstatus, og ved fortsættende selskab, er fusionsdatoen sammenfaldende med åbningsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.

Der etableres eller ophøres ikke koncernforbindelse, ligeledes anvendes der ikke skuffeselskaber i denne løsning, hvorfor disse regler er irrelevante.

Den skattefri fusion skal anmeldes senest 1 måned efter gennemførelsen, herudover er der nogle krav jf. BEK nr 1003 af 06/09/2014, hvor SKAT skal vide hvilken type

omstrukturering der er gennemført, hvilket selskab der indskydende henholdsvis modtagende osv. Disse oplysninger skal indsendes til SKAT senest 1 måned efter fusionen er vedtaget.

Der udløses ikke beskatning i forbindelse med skattefri fusion, hverken hos aktionæren eller hos selskaberne. Derfor sker der en succession i to led som følge af fusionen, altså både hos aktionæren der modtager ejerandele som vederlag og hos det modtagende selskab der modtager aktiverne. Det er ikke i alle tilfælde at det modtagende selskab succederer i aktiverne, eksempelvis ikke i relation til skattemæssige underskud fra tidligere år.

Der er i opgaven ikke nogen oplysning om de skattemæssige underskud, men det er helt klart noget man skal have for øje i forbindelse med fusionen. Hvis der er skattemæssige underskud i begge selskab, vil disse gå tabt i forbindelse med fusionen, hvorfor man inden gennemførelse af en fusion skal forsøge at minimere tabet der går tabt hvis muligt.

7. Konklusion

De 4 omstrukturingsmuligheder kan som udgangspunkt anvendes af danske selskaber (anpartsselskaber og aktieselskaber), de skal som udgangspunkt være fuld skattepligtige til Danmark, og vederlaget skal bestå af ejerandele og/eller i nogle tilfælde en kontant udligningssum.

Helt overordnet har man mulighed for at gennemføre omstrukturering skattepligtigt, og dermed lade sig beskatte med det samme i forbindelse med omstrukturering. På den måde udskydes skatten ikke via succession, til gengæld er det relevant i de tilfælde hvor skattebetalingen er meget lav, eller alternativt hvis der er tidligere års tab der kan modregnes i avancen og dermed mindske skattebetalingen.

Herudover har man altså mulighed for at foretage skattefri omstrukturering i alle 4 metoder, hvor der altså sker succession, hvor det modtagende selskab indtræder i det overdragerende selskabs skattemæssige stilling på de enkelte aktiver, både i forhold til anskaffelsessum, -tid, og hensigt, ligesom der indtrædes i de foretagne af- og nedskrivninger.

I de tre af tilfældene (ikke i forbindelse med fusion) er der ydermere to muligheder, henholdsvis skattefri omstrukturering med og uden tilladelse. Med tilladelse kræver en forretningsmæssig begrundelse som er meget styret af retspraksis, og kræver at man i en periode skal anmelde alle ændringer af bl.a. ejerforhold. Ved omstrukturering uden tilladelse skal selskabet hverken have en begrundelse, eller anmelde ændringer, derimod må selskabet ikke afstå kapitalandelene i de første tre år efter omstruktureringen.

I en aktieombytning ombytter aktionæren sine aktier i et selskab med aktier i et andet allerede eksisterende eller nystiftet selskab. Ved at gennemføre en aktieombytning etableres der en koncernstruktur, hvor der vil være mulighed for at opspare likvid kapital i holdingselskabet, og samtidig slanke balancen i datterselskabet.

En fusion er når to eller flere virksomheder sammenlægges og herefter fremstår som en samlet juridisk enhed. En fusion foreligger når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette. Der kan være tale om både lodrette og vandrette fusioner, herunder også de omvendt lodrette fusioner.

En vandret fusion er hvor to eller flere selskaber enten overdrager deres samlede aktiver og passiver til et nystiftet tredje selskab for derefter begge at ophøre, eller hvor et selskab overdrager samtlige aktiver og passiver til et andet selskab, med sidstnævnte som det fortsættende, og førstnævnte som det ophørende selskab.

En lodret fusion forstås ved at et moderselskab erhverver et datterselskabs aktiver og passiver, hvorefter datterselskabet ophører med at eksistere. En omvendt lodret fusion er i de tilfælde hvor moderselskabet ophører og datterselskabet erhverver moderselskabets aktiver og passiver og er det fortsættende selskab, og her anvendes regelsættet for vandrette fusion

Fusioner bliver udover foranstående typisk anvendt til at "rydde op" i forskellige selskabskonstruktioner, hvor der måske ikke længere er behov for det samme antal selskaber mere, eller i generationsskifteøjemed.

Tilførsel af aktiver er hvor et selskab uden at blive opløst, tilfører den samlede virksomhed, eller en del af virksomheden, til et andet selskab. Grundlæggende kræver regelsættet at der er tale om tilførsel af en samlet virksomhed. Dette krav kan imødekommes både ved at hele virksomheden indskydes eller en gren der kan betegnes som en selvstændig virksomhed i den hidtil drevne virksomhed indskydes. Det modtagende selskab skal endvidere efter gennemførelsen af tilførslen kunne udgøre en selvfungerende enhed, både i organisatorisk og økonomisk forstand. Ved økonomisk forstand forstås at det modtagne selskab skal kunne fungere ved egne midler.

Ved spaltning sker der en opdeling af et selskabs aktiviteter, hvorefter en eller flere af de opsplittede aktiviteter overgår til et eller flere andre selskaber. Aktionærerne i det indskydende selskab modtager vederlag i form af aktier i det modtagende selskab, alternativt vederlag i form af kontanter. Der skelnes mellem to typer af spaltning enten ophørsspaltning (egentlig spaltning) eller grenspaltning (uegentlig spaltning).

Ophørsspaltning er i det tilfælde hvor der i forbindelse med spaltningen gennemføres en opløsning af det spaltede selskab med deraf følgende overdragelse af samtlige aktiver til to eller flere selskaber. Grenspaltning er i de tilfælde hvor der i forbindelse med spaltningen sker en opdeling af det indskydende selskabs hidtidige aktiviteter, hvor det

indskydende selskab bevares og dermed ikke opløses. Også her kræver det, at der er tale om en gren af virksomhed, der kan fungere ved egne midler m.v.

I forhold til hvilken omstruktureringsmodel der er bedst, kan således ikke afgøres med mindre der er tale om konkret situation. Det er altid med udgangspunkt i en konkret vurdering at man analyserer hvilken metode der er mest hensigtsmæssig i den givne situation. I gennem afhandlingen er der givet eksempler på hvornår de enkelte omstruktureringsmetoder er bedst egnet og hvornår de oftest bliver anvendt.

8. Perspektivering – sælgerfinansiering herunder Earn-out

I forbindelse med en omstrukturering er der ofte tale om forberedelse af et senere generationsskifte eksempelvis til sønnen, men det kan også være, at man er helt parat til at lade virksomheden blive overdraget til tredje mand. I denne situation skal man beslutte om sælger skal have hele købesummen udbetalt på én gang, og hvordan det i givet fald skal ske.

Det er en mulighed at køber afdrager købesummen via udbytte, men det kræver at sælger har råd til at vente på en andel af købesummen. Sælger skal endvidere sikre sin betaling via pantsætning af kapitalandele eller via anden sikkerhed hos køber personligt eller hos eventuelle andre selskaber.

Herudover er der den mulighed at man forinden virksomhedsoverdragelsen slanker selskabet gennem udbytteudlodning. Sælger kan i dette tilfælde udlodde maksimalt udbytte inden overdragelsen, hvorefter købesummen fastsættes i overensstemmelse hermed. På denne måde betales der ikke penge for penge, og hvis driftsselskabet der overdrages, er ejet af et holdingselskab er udbyttet skattefrit.

Endvidere er der mulighed for opdeling i forskellige aktieklasser i den solgte virksomhed. Køber kan i dette tilfælde indskyde ny aktiekapital ofte til kurs 100, mens sælger beholder sine "egne" aktier helt eller delvist med ret til forlods udbytte og evt. rentetillæg eller indlæsning ved selskabets køb af egne aktier, når likviditeten er til rådighed. Størrelsen af de fremtidige betalinger skal alt andet lige svare til købesummens størrelse kombineret med et risikotillæg. I dette tilfælde har sælger medindflydelse og medindsigt på de samlede dispositioner i handelsaftalens løbetid.

Desuden er der en mulighed i form af en earn-out-ordning, hvor betalingen af købesummen sker over tid og er afhængig af eksempelvis omsætningen. Det har den skattemæssige fordel, at en eventuel beskatning af sælgers avance ved salget udskydes.

Rent praktisk sker der det, at man etablerer en escrow-account, hvor en del af købesummen henstår til udbetaling på forskellige tidspunkter, som er betinget af at sælger lever op til de løfter der er afgivet m.v. På den måde er der også en sikkerhed for køber for, at sælger har afgivet korrekte garantier om selskabets drift m.v.

Selve escrow-aftalen kan indgås med banken, der således regulerer, hvornår frigivelse af de enkelte udbetalinger sker. Dette er en naturlig god aftale for begge parter i handelsøjemed, der kan sikre begge veje i en aftale. Derfor er denne løsning en relevant løsning i praksis, der helt sikkert er væsentlig at have for øje i virksomhedsoverdragelsessituationer.¹

Earn-out anvendes også hvis der er usikkerhed eller uenighed om virksomhedens værdi, hvor sælger og køber indgår en foreløbig pris for virksomheden, som udbetales til sælger. Herudover indgår man en aftale om vederlag til sælger der er indkomstafhængig i en årrække. Det skal besluttet hvor stor en del af overskuddet der skal betales til sælger og i hvor mange år, og sidst skal det vurderes hvor stor en indflydelse sælger skal have i virksomheden de pågældende år.²

Earn-out kaldes også sælgerfinansiering, men det er dog oftest købers ønske og mulighed for at tilvejebringe den nødvendige likviditet til gennemførelse af virksomhedskøbet. I praksis kan det være nødvendigt med en virksomhedsmægler, da det kan være en udfordring at finde en løsning der både er realistisk og som tilgodeser begge parter i handlen.

Sælgerfinansieringen udgør op til 25% af den samlede købesum, og køber giver typisk personlig kaution jf. normal praksis på lige fod med vilkår i banken. Andelen kan være betinget af mange forhold, som eksempelvis størrelsen af goodwill, forskel mellem køber og sælgers prisforventninger, varierende/ustabile indtjeningsforhold, soliditetsgrad, sælgers garantier og sikkerhed herfor, branchefafhængighed, afhængighed af sælger, kundeforhold m.v. Løbetiden for sælgerfinansiering/Earn-out ligger typisk på 3-5 år.

Sælger kender ved Earn-out metoden ikke den endelige købesum, og sælger må i løbetiden fortsat have interesser og indsigt i virksomhedens udvikling, men også eksterne forhold gør sig gældende i den sidste ende. Det vil sige, at hvis det går det godt i den solgte virksomhed, kan provenuet øges og omvendt.

Det er et kompliceret beregningsgrundlag at lave og jo længere nede i resultatopgørelsen beregningen baserer sig på, des større risiko løber sælger. Derfor råder man typisk sælger

¹ <http://www.forumadvokater.dk/content/betaling-af-k%C3%B8besum>

² <https://www.revision-plus.dk/earn-out/>

til at vælge en løsning hvor beregningsgrundlaget har udgangspunkt i omsætning eller dækningsbidrag eller EBITDA (resultat før renter, skat og afskrivninger)

Sælger skal beskattes af den samlede salgssum, og earn-ouden skal i salgsåret kapitaliseres til nutidsværdi, hvorved en høj earn-out tillige medføre en samlet høj beskatning hos sælger i forbindelse med købers overtagelse. Hvis sælger er usikker på værdien, vil sælger have interesse i at få en lav værdi, så beskatningen i salgsåret bliver lav, da en høj forventning om værdien af selskabet i praksis kan betyde at salget giver et likviditetsmæssigt underskud. Sælger har dog mulighed for at trække tabet fra, hvis det efterfølgende viser sig, at den realiserede indtjening ligger lavere end den forventede indtjening i earn-ouden.

Der skal kapitaliseres når betalingerne rækker ud over aftaleåret, hvis der er mere end en milestone-betaling eller hvis der er usikkerhed om størrelsen af udbetalingerne. Og de tre kriterier er typisk altid opfyldt i forbindelse med Earn-outs. Normalt bruger man DCF-modeller som beregningsmodeller. Den kapitaliserede værdi aftales af køber og sælger og de skal selvangive den kapitaliserede værdi i salgsåret.

Der er mange muligheder for finansiering af overdragelse af virksomheder, men det må altid anbefales at søge råd og vejledning hos en virksomhedsmægler, der arbejder med disse beregninger og udfordringer til dagligt. ³

³ <http://www.virksomhedsborsen.dk/saelgerfinansiering-ved-virksomhedssalg/>

9. Kildeliste

Litteratur:

- Generationsskifte og omstrukturering – det skatteretlige grundlag, 5 udgave, af Birgitte Sølvkær Olesen, Jurist- og økonomforbundets forlag 2017.
- SKAT – den juridiske vejledning 2018-1

Hjemmesider:

- <http://www.forumadvokater.dk/content/betaling-af-k%C3%B8besum>
- <https://www.revision-plus.dk/earn-out/>
- <http://www.virksomhedsborsen.dk/saelgerfinansiering-ved-virksomhedssalg/>

Lovgivning:

- Fusionsskatteloven LBK nr 1017 af 24/08/2015
- Aktieavancebeskatningsloven LBK nr 1148 af 29/08/2016
- Selskabsloven LBK nr 1089 af 14/09/2015
- Selskabsskatteloven LBK nr 1164 af 06/09/2016
- Ligningsloven LBK nr 1162 af 01/09/2016
- Bekendtgørelse om oplysningspligter efter fusionsskatteloven BEK nr 1003 af 06/09/2014
- Ejendomsavancebeskatningsloven LBK nr 1200 af 30/09/2013
- Kursgevinstloven LBK nr 1283 af 25/10/2016
- Afskrivningsloven LBK nr 1147 af 29/08/2016

Retskilder/retspraksis:

- De retskilder/retspraksis der løbende er henvist til i afhandlingen.