

OMSTRUKTURERING AF SELSKABER

- MULIGHEDER, PROBLEMSTILLINGER, KONSEKVENSER OG LØSNINGER



KANDIDATAFHANDLING 2011/12

CAND.MERC.AUD - AALBORG UNIVERSITET

MADS MADSEN

OMSTRUKTURERING AF SELSKABER

- MULIGHEDER, PROBLEMSTILLINGER, KONSEKVENSER OG LØSNINGER

Uddannelse: Cand.merc.aud – kandidatafhandling

Uddannelsessted: Aalborg Universitet

Udarbejdet af: Mads Madsen

Vejleder: Henrik V. Andersen

Afleveringsdato: 2. januar 2012



Mads Madsen

EXECUTIVE SUMMARY

The subject of this thesis is to identify in which ways Danish companies can restructure their current corporate structure in accordance with the Danish tax legislation, and to identify the problems, consequences, and solutions that follow. The thesis both consists of a theoretical examination of the Danish tax legislation regarding restructuring of companies, and based on relevant legal cases it consists of an examination of the practical use of the different models in which Danish companies can be restructured.

There are four different ways to restructure companies in accordance with the Danish tax legislation. These are merger, demerger, addition of assets, and exchange of shares. The Danish tax legislation regarding restructuring of companies consists of two tracks. The first track is more or less a result of the European Council Directive 90/434/EEC and it is characterized by a) a requirement for permission, b) a requirement for valid commercial reasons, and c) the tax exemption depends on subjective criteria. The second track is characterized by a) no requirement for permission, b) no requirement for valid commercial reasons, and c) the tax exemption depends on objective criteria.

There are numerous ways in which Danish companies can restructure their corporate structure, because besides the fact, that they can choose to merge, demerge, add assets, or exchange shares, they can also choose to make the restructure taxable, tax free after the subjective rules or tax free after the objective rules. But no matter how you choose to restructure your company a number of consequences, problems and solutions follows, and you have to take them all into consideration before the restructuring is initiated in order to make the restructure successful. If you choose to make the restructure taxable, obviously you have to calculate taxable profits or tax deductible losses. If you choose to make the restructure tax free after the subjective rules you need to get a permission from the Danish tax authorities, and the permission is only granted if you can justify that the restructuring is based on valid commercial reasons, and that tax evasion or tax avoidance aren't the principal objective or one of the principal objectives. Finally if you choose to make the restructuring tax free after the objective rules you don't need permission from the Danish tax authorities, but instead you need to comply with an additional set of rules.

The objective rules were implemented to simplify and objectify the way Danish companies could restructure, in order make Danish companies able to adjust faster. The main key in achieving this purpose was by removing the requirement for a valid commercial reason. All things being equal this

change would make it simpler and faster to restructure, but instead of the requirement for a valid commercial reason, an additional set of rules were implemented. The purpose of the additional set of rules was to ensure, that the objective rules aren't used to evade taxes. In many ways the purpose was achieved, but at the same time the additional set of rules limits the manoeuvrability of the participants, as regards the restructuring itself and many subsequent actions. The number and complexity of the additional set of rules and the constraints they impose on the restructure vary depending on how you choose to restructure your company. It is however suggested in the thesis that in general the complexity regarding the different ways of restructuring increases the following way: Exchange of assets, merger, addition of assets and demerger.

There is no doubt, that the additional set of rules that follows when choosing a tax free restructuring after the objective rules seriously reduce the simplicity that should be characteristic of the objective rules. Combined with the fact that the restructuring becomes taxable if you fail to comply with the objective rules, it will reduce the incentives to use the objective rules, if there are any uncertainties regarding the restructuring. If you then take into consideration that valuation of assets and liabilities often will be subject to some degree of uncertainty, it won't be advisable in many cases to perform a restructuring after the objective rules, without a binding response from the Danish tax authorities. Because you often need to consult with the Danish tax authorities even if you choose to restructure after the objective rules, it is suggested in the thesis, that you could increase the usability of the objective rules, if you made it possible to "repair" the restructuring. For instance when the Danish tax authorities correct the valuation of assets and liabilities in a restructuring, and there is no suspicion of tax evasion, then it should be possible to correct the restructuring and still maintain the tax exemption.

The thesis shows that there are many ways to perform a restructuring in accordance with Danish tax legislation, and that you can't state that one way is better than the other, as it always depends on the specific circumstances. But no matter how you want to restructure your company, it will often require planning and due diligence, in order to optimize the restructuring as regards taxes.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	5
2. PROBLEMFORMULERING.....	7
3. AFGRÆNSNING	8
4. METODE OG STRUKTUR	9
5. DEN HISTORISKE BAGGRUND OG UDVIKLING	10
5.1. FØR 1962	10
5.2. AKTIONÆRBESKATNING.....	11
5.3. DEN FØRSTE EGENTLIGE FUSIONSSKATTELOV	12
5.4. HOVEDLOVEN	13
5.5. FUSIONSDIREKTIVET OG SKATTEUNDGÅELESKLAUSULEN	14
5.6. DE TO SPOR OG DEN NUVÆRENDE FUSIONSSKATTELOV	15
5.7. SKATTEUNDGÅELESKLAUSULEN I PRAKSIS.....	16
5.7.1. LEUR-BLOEM-SAGEN (SAG C-28/95).....	16
5.7.2. AUTOLAKERER-SAGEN (SKM 2007.806 LSR)	17
5.7.3. HANS MARKUS KOFOED-SAGEN (EFD AF 5/7 2007, C-321/05)	20
5.8. DELKONKLUSION	23
6. KRAVET OM GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER	25
6.1 GENERATIONSSKIFTE	25
6.2. UENIGHED MELLEM AKTIONÆRER.....	25
6.3. OPDELING AF ET PENGETANKSSELSKAB	28
6.4. BODELING (SEPARATION OG SKILSMISSE)	29
6.5. EFTERFØLGENDE FRASALG AF AKTIVITETER/AKTIER	30
6.6. RISIKOAFGRÆNSNING	31
6.7. TILLADELSE MED VILKÅR.....	31
6.8. DELKONKLUSION	31
7. FUSIONER	33
7.1. DEFINITION AF FUSION	33
7.2. SKATTEPLIGTIG FUSION	35
7.2.1. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB	35
7.2.2. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB.....	37
7.2.3. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE	38
7.2.4. FUSIONSDATOEN.....	38
7.3 SKATTEFRI FUSION	39
7.3.1. FUSIONSSKATTELOVENS ANVENDELSESOMRÅDE.....	39
7.3.2. VEDERLAGET.....	39
7.3.3. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB	40

7.3.4. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB	41
7.3.5. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE	43
7.3.6. FUSIONS DATOEN	44
7.3.7. FUSION MELLEM TO ADMINISTRATIONSELSKABER	45
7.3.8. FUSION MELLEM TO SAMBESKATTEDE SELSKABER	46
7.4. DELKONKLUSION	47
8. SPALTNINGER	49
8.1. DEFINITION AF SPALTNING	49
8.2. SKATTEPLIGTIG SPALTNING	51
8.2.1. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB	51
8.2.2. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB	52
8.2.3. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN	52
8.2.4. SPALTNINGS DATOEN	52
8.3. SKATTEFRI SPALTNING	53
8.3.1. VEDERLAGET	53
8.3.2. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB	53
8.3.3. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB	54
8.3.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN	55
8.3.5. SPALTNINGS DATOEN	56
8.3.6. SKATTEFRI SPALTNING MED TILLADELSE	56
8.3.6.1. GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER	56
8.3.6.2. TILLADELSE MED VILKÅR	56
8.3.7. SKATTEFRI SPALTNING UDEN TILLADELSE	57
8.3.7.1. UNDTAGELSER HVOR DER ALTID KRÆVES TILLADELSE	57
8.3.7.2. BETINGELSER OG KONSEKVENSER VED SKATTEFRI SPALTNING UDEN TILLADELSE	58
8.4. DELKONKLUSION	62
9. TILFØRSEL AF AKTIVER	63
9.1. DEFINITION AF TILFØRSEL AF AKTIVER	63
9.2. GRENKRAVET	64
9.2.1. SÆRLIGT VEDRØRENDE FAST EJENDOM	65
9.2.2. SÆRLIGT VEDRØRENDE KAPITALANDELE	65
9.2.3. SÆRLIGT VEDRØRENDE LÅN	66
9.2.4. ORGANISATORISK OG BÆREDYGTIG ENHED	68
9.3. SKATTEPLIGTIG TILFØRSEL AF AKTIVER	69
9.3.1. VEDERLAGET	69
9.3.2. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB	69
9.3.3. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGEENDE SELSKAB	69
9.3.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE	70

9.3.5. TILFØRSELSDATOEN	70
9.4. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER	70
9.4.1. VEDERLAGET	70
9.4.2. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB	72
9.4.3. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB	73
9.4.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE	73
9.4.5. TILFØRSELSDATOEN	73
9.4.6. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER MED TILLADELSE	74
9.4.6.1. GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER	74
9.4.6.2. TILLADELSE MED VILKÅR	75
9.4.7. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER UDEN TILLADELSE	75
9.4.7.1. BETINGELSER OG KONSEKVENSER VED SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER UDEN TILLADELSE	75
9.5. DELKONKLUSION	76
10. AKTIEOMBYTNING	78
10.1. DEFINITION AF AKTIEOMBYTNING	78
10.2. SKATTEPLIGTIG AKTIEOMBYTNING	79
10.2.1. VEDERLAGET	79
10.2.2. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVEDE SELSKAB	79
10.2.3. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVENDE SELSKAB	80
10.2.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN	80
10.2.5 OMBYTNINGSDATOEN	80
10.3. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING	80
10.3.1. SÆRLIGE REGLER VED SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING	81
10.3.2. VEDERLAGET	82
10.3.3. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVEDE SELSKAB	82
10.3.4. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVENDE SELSKAB	83
10.3.5. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN	83
10.3.6. OMBYTNINGSDATOEN	83
10.3.7. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING MED TILLADELSE	84
10.3.7.1. GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER	84
10.3.7.2. TILLADELSE MED VILKÅR	84
10.3.8. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE	85
10.3.8.1. BETINGELSER OG KONSEKVENSER VED SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE	85
10.4 DELKONKLUSION	88
11. SÆRLIGT OM OMSTRUKTURERINGER UDEN TILLADELSE	89
11.1. RANGORDNING	89

11.1.1. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE.....	89
11.1.2. SKATTEFRI FUSION UDEN TILLADELSE	92
11.1.3. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER UDEN TILLADELSE	93
11.1.4. SKATTEFRI SPALTNING UDEN TILLADELSEN.....	94
11.1.5. REPARATIONSMULIGHEDER	95
11.2. DELKONKLUSION	97
12. KONKLUSION.....	98
13. LITTERATURLISTE	101

FIGURER

FIGUR 1: LEUR-BLOEM-SAGEN	16
FIGUR 2: AUTOLAKERER-SAGEN	18
FIGUR 3: HANS MARKUS KOFOED-SAGEN.....	20
FIGUR 4: SKM 2008.134 LSR.....	26
FIGUR 5: UEGENTLIG FUSION	33
FIGUR 6: EGENTLIG FUSION.....	34
FIGUR 7: FUSION MELLEM TO SELSKABER MED FORSKELLIGE INDKOMSTÅR (SKM 2009.503)	42
FIGUR 8: FUSION MELLEM TO ADMINISTRATIONSELKABER.....	45
FIGUR 9: FUSION MELLEM TO SAMBESKATTEDE SELSKABER	46
FIGUR 10: GRENSPALTNING	50
FIGUR 11: GRENSPALTNING	50
FIGUR 12: TILFØRSEL AF AKTIVER	63
FIGUR 13: ANDERSEN OG JENSEN-SAGEN.....	66
FIGUR 14: AKTIEOMBYTNING.....	79
FIGUR 15: "OSTEKLOKKEN"	87

1. Indledning

Som titlen antyder, vil omdrejningspunktet for dette speciale være omstrukturering af selskaber. Ordet ”omstrukturering” anvendes i mange forskellige sammenhænge, der dog har det tilfælles, at der er tale om en forandring af en eksisterende struktur, hvad enten der er tale om omstrukturering af et samfund, en organisation eller et selskab.

Mange danske virksomheder opstår på baggrund af en ide, en passion eller iværksætterens ønske om selvstændighed. Ofte begynder iværksætteren med en personlig virksomhed eller med et selskab, hvor iværksætteren er den eneste aktionær og den eneste, der er ansat. Valg af virksomhedsform bør altid bero på de konkrete forhold, hvor udgangspunktet i opstartsfasen bør være de forretningsmæssige hensyn frem for skattemæssige hensyn. At de skattemæssige hensyn i opstartsfasen kun bør tillægges sekundær betydning begrundes med, at reglerne i virksomhedsskatteloven (VSL) muliggør beskatning efter virksomhedsordningen (VSO), hvorefter beskatningen af den personligt erhvervsdrivende på mange punkter ligner beskatningen af selskaber.¹

Efterhånden som virksomheden bliver ældre vil kravene til den – herunder dens struktur – ændre sig, og den oprindelige virksomhedsstruktur kan efterhånden blive uhensigtsmæssig. Med andre ord vil der være et behov for en omstrukturering. Det kan være den personlige virksomhed, der skal omdannes til et selskab, eller et selskab der skal omstruktureres, hvad enten der er tale om en fusion, spaltning, aktieombytning, tilførsel af aktiver eller en kombination heraf. I alle situationer er der mange aspekter, der skal overvejes, inden omstruktureringen gennemføres, hvad angår selskabsretlige, skatteretlige og menneskelige forhold. Sidstnævnte er i den henseende mindst lige så vigtig og måske vigtigere end de to første. For med de omstruktureringsmuligheder der findes indenfor selskabs- og skatteretten i dag, kan der stort set laves alle tænkelige konstruktioner, men succesen af omstruktureringen vil i mange tilfælde afhænge af, om de mennesker der skal arbejde sammen efter omstruktureringen trives i de rammer, der er skabt. De bløde værdier må således ikke negligeres, hvorfor man inden omstruktureringen gennemføres skal gøre sig klart, hvem der skal lede virksomheden fremadrettet, hvordan virksomheden skal ledes, hvordan virksomhedens fremtidsudsigter er, og hvad der er det overordnede formål med omstruktureringen for blot at nævne nogle af de mere bløde problemstillinger. Dette underbygges af forfatter og advokat Michael Serup, der i mere end tyve år har beskæftiget sig med omstruktureringer og generationsskifte. Han udtaler:

¹ Michelsen, Aage m.fl. (2009): s. 213-238

"Men 50 pct. af min opgave ender altid med at være strategi og psykologi. For oftest har en virksomhedsejer ikke gjort sig de nødvendige overvejelser om generationsskiftet, den dag han opsøger ekstern rådgivning. Men det er især disse overvejelser, som kræver arbejde." (Dalhoff, Maria (2005))

Når problemstillingerne og spørgsmålene omkring de menneskelige forhold og de bløde værdier er klarlagt, er tiden kommet til at håndtere de selskabsretlige og de skatteretlige problemstillinger. Såvel selskabsretligt som skatteretligt er der i dag mange muligheder, for at foretaget omstruktureringer, hvorfor det i langt de fleste tilfælde, vil være muligt at skræddersy en individuel løsning tilpasset den enkelte virksomhed og virksomhedsejers ønsker og behov. Dette er endnu en årsag til, at de skatteretlige aspekter ikke bør være de primære hensyn i opstartsfasen, da det er muligt for at foretage ændringer undervejs.

2. PROBLEMFORMULERING

Omstruktureringer er som det kort er skitseret ovenfor en kompleks blanding af menneskelige, selskabsretlige og skatteretlige forhold, der påvirker og påvirkes af hinanden. I praksis vil alle tre forhold således skulle inddrages i omstruktureringsprocessen, men omdrejningspunktet for dette speciale vil alene være de skatteretlige forhold samt de problemstillinger og løsninger, der knytter sig hertil. Specialet vil derfor blive bygget op omkring følgende problemformulering:

Hvilke muligheder har danske selskaber i henhold til den danske skattelovgivning for at omstrukturere deres nuværende selskabsstruktur, og hvilke problemstillinger, konsekvenser og løsninger er der forbundet hermed?

Formålet med specialet er dermed *for det første* at identificere de muligheder danske selskaber har for at omstrukturere deres virksomhed iht. den danske skattelovgivning, herunder hvordan de forskellige omstruktureringsmodeller kan kombineres, og *for det andet* at identificere de problemstillinger, konsekvenser og løsninger, der følger med valget af en eller flere omstruktureringsmodeller. Problemformuleringen og dermed besvarelsen vil således være relevant for enhver, der skal beskæftige sig med omstruktureringer, idet disse to steps bør analyseres og overvejes nøje inden en omstrukturering igangsættes.

3. AFGRÆNSNING

Problemformuleringen afgrænser i sig selv specialets indhold. Dels afgrænses der til omstruktureringer af danske selskaber i Danmark iht. dansk skattelovgivning. Dermed vil der ikke blive set på internationale omstruktureringer. Det er dermed ikke sagt, at der ikke vil blive inddraget udenlandske forhold, men det vil kun ske i det omfang, det har relevans i forhold til dansk skattelovgivning. Det er f.eks. tilfældet med fusionsdirektivet.

Derudover angiver problemformuleringen, at det er omstrukturering af selskaber, der vil være i fokus. Med selskaber menes der aktie- og anpartsselskaber, og når der i specialet anvendes terminologierne "selskab" eller "aktieselskab", menes der både aktie- og anpartsselskaber. Tilsvarende menes, der både "aktionær" og "anpartshaver", når der i specialet anvendes terminologien "aktionær". Da det er omstruktureringer af selskaber, der er i fokus, vil der ikke blive redegjort for omdannelse af personlig virksomhed til selskab, idet en sådan omdannelse ligger uden for problemformuleringen. I stedet vil besvarelsen tage udgangspunkt i følgende fire omstruktureringsmodeller: 1) Fusion, 2) spaltning, 3) tilførsel af aktiver og 4) aktieombytning.

Det primære fokus vil blive lagt på de skatteretlige forhold. Det vil sige, at de menneskelige forhold (bløde værdier) og de selskabsretlige forhold, kun vil blive inddraget i det omfang, de er relevante for de skatteretlige forhold. Det er klart, at en sådan afgrænsning ikke vil være mulig i praksis, hvis omstruktureringen skal være en succes, men under hensyntagen til specialets omfang, anses denne afgrænsning for at være en nødvendighed, hvis det skal være muligt at behandle skattemæssige aspekter ved omstruktureringer med den fornødne dybde og detaljeringsgrad. Af samme årsag vil specialet heller ikke behandle generationsskiftemodeller.

Slutteligt afgrænses der fra lovforslag, der er blevet fremsat eller vedtaget efter d. 15. november 2011.

4. METODE OG STRUKTUR

Specialet begynder med indledningen, der er en kort introduktion til begrebet omstruktureringer, og herefter følger problemformuleringen, hvor omdrejningspunktet for opgaven formuleres. Da ”omstruktureringer af selskaber” er et vidt begreb, følger dernæst en afgrænsning, der har til formål dels at specificere problemformuleringen og dels at specificere hvilke teorier og modeller, der behandles i specialet. Herefter følger dette kapitel, hvis hovedformål er at redegøre for og begrunde, hvorledes besvarelsen af problemformuleringen er struktureret.

Selve besvarelsen af problemformuleringen begynder i kapitel 5. Kapitlet begynder med et afsnit om den historiske baggrund for omstruktureringer. Begrundelsen herfor er, at den historiske baggrund belyser den udvikling omstruktureringsmodellerne har været igennem frem til i dag, hvilket giver en bedre forståelse af hensigten med de nuværende regler. Den viden og forståelse, der opbygges i dette afsnit, skal bruges i de efterfølgende seks kapitler. I kapitel 6 redegøres der for, hvad kan karakteriseres som gyldige forretningsmæssige årsager. Begrebet er et så centralt element i de subjektive regler, at det bliver behandlet særskilt i et kapitel for sig. Fra kapitel 7 til kapitel 10, bliver de fire omstruktureringsmodeller behandlet i relation til problemformuleringen i hver deres kapitel. Dernæst følger kapitel 11, hvor der vil blive lagt et særskilt fokus på de objektive regler, herunder hvor komplicerede de fire omstruktureringsmodeller er at anvende i praksis efter de objektive regler. I hvert kapitel fra kapitel 5 til kapitel 11, vil der dels være en redegørelse og dels en diskussion af de skatteretlige regler med inddragelse af relevante domme og små eksempler. Hvert kapitel afsluttes med en delkonklusion, hvor afsnittenes væsentligste hovedpunkter med relevans for problemformuleringen fremhæves. De syv delkonklusioner danner afslutningsvist baggrund for den samlede konklusion i sidste kapitel, hvor der vil være en samlet besvarelse af problemformuleringen.

5. DEN HISTORISKE BAGGRUND OG UDVIKLING

Omstruktureringsreglerne, som vi kender dem i dag, er resultatet af en lang udvikling, der strækker sig over en periode på mere end 50 år. Kendetegnende for udviklingsforløbet har været et ønske om, dels at gøre skattefrie omstruktureringer mulige og dels at gøre adgangen hertil lettere, samtidig med at man har forsøgt at forhindre skatteundgåelse. Skillelinjen mellem skatteudskydelse og skatteundgåelse er ikke altid lige klar, hvorfor det er væsentligt at få en forståelse for reglernes historiske udvikling samt domstolspraksis.

5.1. FØR 1962

Den nuværende fusionsskattelov (FUSL) har sin oprindelse i Lov nr. 647 af 19. december 1975, men denne lov var imidlertid ikke den første lov, der behandlede fusionsbeskatning, idet der ved Lov nr. 256 af 11. juni 1960 blev indført nye regler om aktionærbeskatning d. 1. januar 1962. Forud for 1962 var der ingen særlige regler for fusionsbeskatning. I stedet skete der beskatning af det ophørende selskab ved en afsluttende ansættelse, der dels omfattede selskabets indtægter i den afsluttende skattepligtsperiode frem til fusionsdagen, og dels omfattede en opgørelse af den skattepligtige avance ved afhændelse af formuegoder opgjort ud fra disses handelsværdier. I tillæg hertil kunne der ske såkaldt pønalsbeskatning efter Statsskatteoven (SL) § 1, stk. 3, hvorefter selskaberne kunne opnå skattelempelse for den del af selskabets skattepligtige indkomst, der blev henlagt til reserve for at dække fremtidige uvisse tab. Et eventuelt forbrug af disse reserver i strid med det nævnte formål medførte pønalsbeskatning, hvorefter en del af de forbrugte reserver, blev medregnet i den skattepligtige indkomst. Det kunne f.eks. ske ved udlodning til aktionærerne i forbindelse med selskabets ophør. Dog skete der ikke pønalsbeskatning efter Landsskatterettens praksis, hvis der skete fuldstændig overdragelse af selskabets aktiver og passiver til et andet selskab ved selskabets ophør i form af en vandret fusion, hvilket er fusioner mellem selskaber, der har hver sin aktionærkreds og dermed ikke er forbundet i et moder-/datterselskabsforhold. Den manglende pønalsbeskatning var under forudsætning af, at aktionærerne i det ophørende selskab som vederlag for deres aktier, modtog aktier i det fortsættende selskab til samme pålydende værdi, og forudsat at reserverne i det ophørende selskab ubeskåret overgik til det fortsættende selskab. I sådanne tilfælde ansås reserverne ikke for at være disponeret i strid med henlæggelsens formål, hvorfor der ikke skulle ske pønalsbeskatning. Ved en lodret fusion, hvor aktiver og passiver overdrages fra et datterselskab til et moderselskab, kunne man også undgå udlodningsbeskatning af aktionærerne og pønalsbeskatning af datterselskabet, såfremt moderselskabet ejede alle aktierne i datterselskabet. Det krævede dog samtidig en erklæring fra moderselskabet om, at alle datterselskabets reserver ubeskåret blev sammenlagt med moderselskabets tilsvarende reserve, og at disse reserver kunne behandles, som var de opstået i moderselskabet. Eksempelvis kunne moderselskabet ikke fritages

for beskatning, hvis moderselskabet havde erhvervet aktierne i datterselskabet til en kurs, der lå over pari, idet der ved fusionen ville ske et forbrug af de samlede reserver, og moderselskabet ville blive beskattet af et beløb, svarende til den del af aktiernes anskaffelsessum, der lå over pari. Ligeledes kunne der heller ikke ske fritagelse af udlodnings- og pønalbeskatning ved blot at afgive en erklæring i det tilfælde, hvor datterselskabet havde udtømt sit formål og afhændet sine aktiver. I sådan en situation ville der ske pønalbeskatning, ligesom aktionæren blev beskattet af en udlodning svarende til den del af aktiernes værdi, som var over den pålydende værdi, uanset aktiernes anskaffelsessum.²

5.2. AKTIONÆRBESKATNING

Med virkning fra d. 1. januar 1962 trådte nye regler om aktionærbeskatning i kraft ved Lov nr. 256 af 11. juni 1960, hvorefter de lempelige beskatningsregler ved fusioner faldt bort. Skattemyndighedernes principielle opfattelse af skattepligten ved fusioner blev ikke ændret, men eftersom aktionærbeskatning efter de nye regler blev en selvstændig beskatning hvilende på et avancesynspunkt frem for at være knyttet til udlodning af reserver, medførte det beskatning af både selskaberne og deres aktionærer efter de nye regler. Det ophørende selskab blev fortsat betragtet som ophørt, og der skulle som ved likvidation ske en normal afsluttende ansættelse efter selskabsskatteoven (SEL) § 5. Ansættelsen omfattede perioden fra den sidste ordinære ansættelse til fusionsdatoen, og samtlige indtægter og udgifter ved den normale drift skulle medtages. I tillæg hertil skulle ansættelsen indeholde den skattepligtige avance på de enkelte aktiver opgjort efter de særlige regler i lov om særlig indkomstskat. Aktivernes afhændelsessummer skulle således fastsættes til handelsværdien, uanset om den faktiske overdragelse til det fortsættende selskab var sket til en lavere værdi. Såfremt det ophørende selskab havde et skatemæssigt underskud, der ikke var bragt til fradrag indenfor rammerne af Ligningslovens (LL) § 15, kunne dette ikke overføres til det fortsættende selskab. Hvad angik det fortsættende selskab, skulle der ikke ske nogen beskatning i anledning af fusionen, idet man i stedet betragtede fusionen som en normal overtagelse af det ophørende selskabs aktiver og passiver, og det fortsættende selskab havde således adgang til at foretage afskrivning på baggrund af de overtagne aktivers handelsværdi, ligesom der ikke skete indskrænkninger i det fortsættende selskabs adgang til underskudsfræmførsel. Hvad angik aktionærene i det ophørende selskab, så blev fusionen betragtet som en likvidation med udlodning af selskabets aktiver til følge. Aktionærene skulle derfor opgøre fortjenesten eller tabet på de af dem afleverede aktiver på grundlag af handelsværdien af de aktiver og passiver, der blev indskudt i det fortsættende selskab. Udlodningsprovenuet kunne dog reduceres med den skat, der fra ophørsåret blev pålignet det ophørende selskab, uanset om denne skat rent faktisk blev betalt af det

² Serup, Michael (2008): s. 32-33

fortsættende selskab. Den afsluttende ansættelse skulle også foretages i de tilfælde, hvor fusionen skete i moder-/datterforhold, hvorefter det ophørende selskab (datterselskabet) blev ophørsbeskattet, og moderselskabet blev beskattet af likvidationsprovenuet.³

5.3. DEN FØRSTE EGENTLIGE FUSIONSSKATTELOV

En egentlig fusionsskattelov blev første gang vedtaget i 1967, ved Lov nr. 143 af 2. maj 1967, om beskatning ved sammenslutning af aktieselskaber m.v., jf. SEL § 1 stk. 1, nr. 2, og loven byggede på successionsprincippet, hvor det fortsættende selskab skulle indtræde i det eller de indskydende selskabers skattemæssige stilling.⁴ Hvad angik aktionærerne i det ophørende selskab, blev de fritaget for beskatning, hvis deres aktier i det ophørende selskab blev ombyttet med aktier i det nye selskab. Ved et eventuelt senere salg af de nye aktier, ansås de for anskaffet til samme pris og på samme tid som de ombyttede aktier. Dvs. der var tale om et successionsprincip, som vi kender det fra i dag. Den skattefrie fusion krævede, at der blev søgt om tilladelse hertil, samtidig med at der blev opstillet to absolutte betingelser, jf. lovens § 2, stk. 2 og 3: 1) Minimum 90 % af værdien af aktierne i det ophørende selskab skulle vederlægges med aktier i det fortsættende selskab og 2) beslutningen om fusionen skulle gennemføres og anmeldes til aktieselskabsregisteret senest otte måneder efter registrering af anmeldelsen af fusionsbeslutningen. Selvom der ikke var et direkte forbud mod skattefrie fusioner i 1967-loven, så medførte de to betingelser i § 2 stk. 2 og 3, at der ikke kunne opnås skattefrihed i tilfælde, hvor et moderselskab opslugte et datterselskab. Bestemmelsen om 90 % aktievederlæggelse blev i praksis fortolket således, at enhver gensidig aktiebesiddelse mellem deltagende selskaber var udelukket, og en eventuel besiddelse skulle bringes til ophør, inden fusionen kunne gennemføres. Lovens andet krav i § 2 stk. 3 skulle hindre, at en vandret fusion udviklede sig til en lodret fusion. Det kunne blive konsekvensen, for når aktionærerne i det ophørende selskab, fik ombyttet deres aktier med aktier i det fortsættende selskab, var det ophørende selskab blevet til et datterselskab i det fortsættende selskab, indtil det ophørende selskab var endeligt afmeldt. Såfremt der forløb længere tid mellem anmeldelsen af fusionsbeslutningen til aktieselskabsregisteret og den endelige afmeldelse af det ophørende selskab, ville fusionen kunne udvikle sig til en lodret fusion. Udover de to ufravigelige krav havde Finansministeren lov til opstille særlige vilkår for meddelelse af tilladelse i hver enkelt fusion. 1967-loven omhandlede kun vandrette fusioner, og loven havde ifølge forarbejderne til formål at sørge for, at erhvervslivet ikke mødte skattemæssige forhindringer, når der var behov for strukturrationaliseringer.⁵ Med baggrund i lovens formål, kan man derfor også sige, at der i de givne tilladelser implicit var en forudsætning om, at fusionen var strukturrationaliserende, og netop det

³ Serup, Michael (2008): s. 33-34

⁴ Michelsen, Aage m.fl. (2009): s. 936

⁵ Serup, Michael (2008): s. 35-37

element, at det var de enkelte fusioners konkrete forhold, der skulle vurderes i den oprindelige fusionslov, er et element, der i høj grad stadig er gældende i dag, når der søges om omstrukturering med tilladelse, jf. kapitel 6. Det samme gør sig gældende for det faktum, at det af forarbejderne til 1967-loven bemærkes, at myndighederne skal vurdere, hvorvidt den konkrete fusion måtte anses for at medføre utilsigtede skattemæssige fordele for de deltagende selskaber eller aktionærer. I tilfælde hvor fusionen i overvejende grad måtte siges at være båret af skattemæssig spekulation, skulle tilladelse til fusion nægtes. Denne bekymring og tankegang har været et bærende element i den senere lovgivning inklusiv den gældende lovgivning, jf. nedenfor. I de tilfælde hvor myndighederne blev opmærksomme på, at de deltagende selskaber eller aktionærer opnåede skattemæssige fordele, selvom det ikke havde været bevæggrunden for fusionen, så havde myndighederne mulighed for og til opgave at opstille vilkår, der sikrede at de skattemæssige virkninger af fusionen blev begrænset til den udskydelse af skatten, som det ifølge forarbejderne var formålet med loven. Forarbejdernes bekymring for skattespekulation udmøntede sig i flere tilfælde til fast praksis bl.a. eksemplificeret ved følgende tilfælde:

- 1) For at undgå overførsel af store underskud i fusionssåret fra det ophørende selskab til det fortsættende selskab, kunne der gives afslag på den valgte fusionsdato eller stilles krav om, at der skete selvstændig beskatning af det ophørende selskab.
- 2) Der kunne stilles krav om at de deltagende selskaber skulle skaffe sig ens regnskabsår med henblik på at imødegå ligningsmæssige periodiseringsvanskeligheder.
- 3) Det fortsættende selskab hæftede for eventuelle skattekrav mod det ophørende selskab.⁶

5.4. HOVEDLOVEN

I 1975 blev Lov nr. 647 af 19. december 1975 indført, og denne lov kan karakteriseres som den nuværende fusionsskattelovs hovedlov.⁷ 1975-loven videreførte en række af 1967-lovens regler, og loven havde til formål at udvide området for skattefrie fusioner til også at gælde lodrette fusioner, hvilket er fusioner mellem moder-/datterselskaber, samtidig med at det blev muligt at foretage skattefrie fusioner, uden at der skulle søges om tilladelse hertil, idet vilkårene herfor blev indarbejdet i lovteksten.⁸ Dermed brød man med det strukturrationaliseringsprincip, som var et af hovedelementerne i 1967-loven, idet man ifølge forarbejderne ønskede at gøre op med dette subjektive bevillingssystem, og i stedet indføre et mere objektivt system med indbyggede værnsregler. Det førte til, at kun i tilfælde hvor der var lavet formuetransaktioner forinden en fusion, der kunne have til formål at undgå skat, skulle der søges om tilladelse til en skattefri fusion.⁹

⁶ Serup, Michael (2008): s. 38

⁷ Den juridiske vejledning (2011-2): C.D.5.2.1

⁸ Michelsen, Aage m.fl. (2009): s. 936

⁹ Serup, Michael (2008): s. 39-40

5.5. FUSIONSDIREKTIVET OG SKATTEUNDGÅELSESKLAUSULEN

Danmarks stigende integration i EU-samarbejdet medførte, at de skatteretlige regler indenfor omstruktureringer blev påvirket. I 1990 blev Direktiv 90/434/EØF vedtaget, og direktivet blev implementeret i dansk lov ved Lov nr. 219 af 3. april 1992, der havde virkning fra d. 1. januar 1992. Loven medførte, at den tidligere anvendte terminologi i form af ophørende selskab, fortsættende selskab, aktionærer og formuegoder blev ændret til den nugældende terminologi i form af indskydende selskab, modtagende selskab, selskabsdeltagere samt aktiver og passiver. Dog var den største ændring ved lovens indførelse, at der kom særskilte regler for spaltninger (FUSL §§ 15a og 15b) og tilførsel af aktiver (FUSL §§ 15c og 15d), hvilket der ikke havde været tidligere. Lovens vedtagelse medførte kun få ændringer ved fusioner mellem danske selskaber, idet den danske lovgivning på daværende tidspunkt i høj grad var i overensstemmelse med fusionsdirektivet. I stedet blev reglerne for fusion mellem danske og udenlandske selskaber ændret (FUSL § 15). Indførelsen af fusionsdirektivet i dansk lovgivning medførte, der blev skabt mulighed for at fortolke de danske regler iht. EU-retten.¹⁰ Det er her værd at bemærke, at bekymringen vedrørende skatteundgåelse, som man ser i 1975-loven, ligeledes er at finde i direktivet i form af artikel 11, stk. 1, litra a):

En medlemsstat kan afslå helt eller delvis at anvende bestemmelserne i afsnit II, III og IV eller inddrage adgangen til at anvende dem, såfremt en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier: a) som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en af de i artikel 1 omhandlende transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen kan dette skabe formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skattesvig eller skatteunddragelse... (Rådets direktiv af 23. juli 1990 (90/434/EØF))

Den ovenstående skatteundgåelsesklausul blev videreført i ændringsdirektiv 2005/19, der bl.a. medførte at også grenspaltninger blev omfattet af fusionsdirektivet. Skatteundgåelsesklausulen er ligeledes videreført i det nuværende fusionsdirektiv 2009/133/EF, hvor klausulen er flyttet til artikel 15, stk. 1, litra a), og lyder som følger:

En medlemsstat kan nægte at anvende eller kan tilbagekalde anvendelsen af alle eller enkelte bestemmelser i artikel 4-14, hvis en af de i artikel 1 nævnte transaktioner: a) som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som f.eks. omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, som deltager i transaktionen, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. (Rådets direktiv af 19. oktober 2009 (2009/133/EF))

¹⁰ Serup, Michael (2008): s. 40-41

På trods af at ordlyden er ændret fra ”forsvarlige økonomiske betragtninger” til ”gyldige forretningsmæssige årsager”, er der ikke ændret på det materielle indhold, og hensigten er således stadig, at man vil forhindre skattesvig og skatteundgåelse. Dermed ligger der samtidig indirekte i skatteundgåelsesklausulens ordlyd, at såfremt en ansøgning ikke begrundes med gyldige forretningsmæssige årsager, så er der en formodning om, at omstruktureringen bunder i et ønske om netop skattesvig eller skatteundgåelse. De gyldige forretningsmæssige begrundelser i den danske tilladelsespraksis behandles nærmere i kapitel 6.

5.6. DE TO SPOR OG DEN NUVÆRENDE FUSIONSSKATTELOV

Med indførelsen af EU-direktiverne i dansk skatteret blev der således skabt en praksis, hvor der skulle ansøges om tilladelse til omstruktureringer med begrundelse i gyldige forretningsmæssige årsager. Men med vedtagelse af Lov nr. 343 af 18. april 2007 fik Danmark imidlertid to spor at vælge mellem ved omstruktureringer: Et spor der i større eller mindre grad bliver styret af Direktiv 90/434, og som er kendetegnet ved a) krav om tilladelse, b) krav om forretningsmæssig begrundelse og c) subjektive kriterier for transaktionens skattefrihed. Et andet spor, der er rent dansk, og som er præget af a) fravær af et krav om tilladelse, b) fravær af et krav om forretningsmæssig begrundelse og c) objektive kriterier for transaktionens skattefrihed.¹¹ Ud fra pkt. c kan det samtidig udledes, at såfremt de objektive regler ikke kan overholdes, kan det være et argument for ikke at vælge dette spor. Det skal samtidig nævnes, at efter vedtagelsen af Lov nr. 202 af 28. maj 2009 skal der aldrig søges tilladelse ved skattefrie fusioner. De to spor gælder således kun ved spaltninger, tilførsel af aktiver og aktieombytninger.

Med vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009, blev der endnu engang foretaget ændringer i reglerne for omstruktureringer. Det medførte bl.a. en ophævelse af de såkaldte udbyttebegrænsningsregler, der knyttede sig til spaltninger og tilførsel af aktiver, der blev gennemført uden tilladelse. Indtil udbyttebegrænsningsreglernes ophævelse, måtte et selskab ikke udlodde udbytte i tre år efter en spaltning eller efter en tilførsel af aktiver. I stedet blev udbyttebegrænsningsreglerne med virkning fra og med indkomståret 2010 afløst af et krav om en ejerperiode på tre år for aktierne i de selskaber, der før var underlagt udbyttebegrænsning. Derudover blev reglerne om tilførsel af aktiver ændret, hvorefter de aktier, der modtages ved en tilførsel af aktiver, ikke længere skal anses for anskaffet til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver, idet de modtagne aktier nu anses for anskaffet til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver, jf. FUSL § 15d.

¹¹ Werlauff (2010^a): s. 435

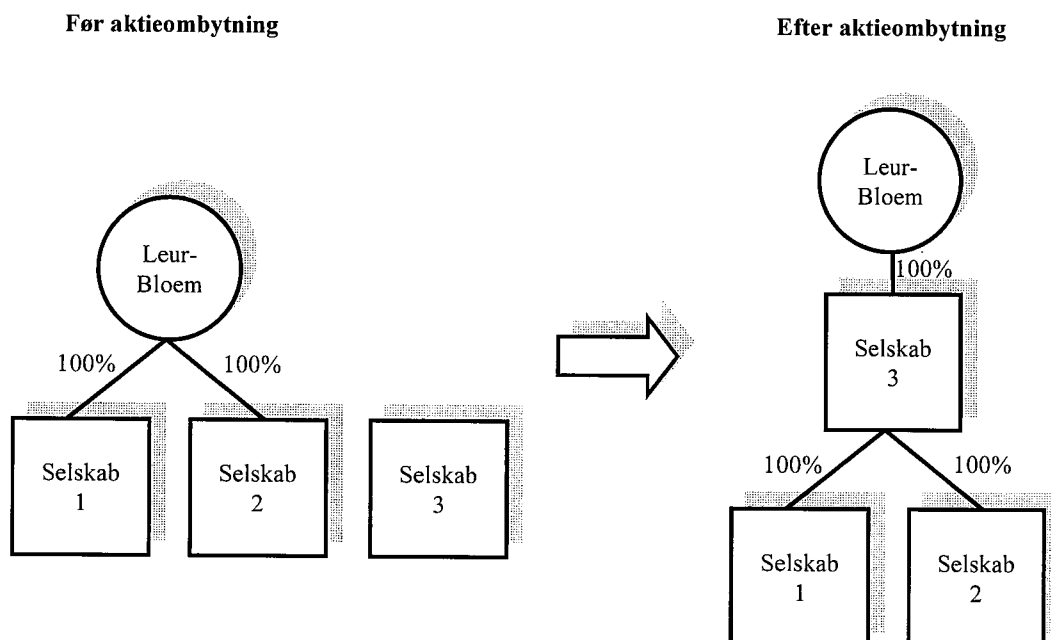
Dette fører frem til den nuværende fusionsskattelov; Lov nr. 1260 af 3. november 2010 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver m.v. som er ændret ved Lov nr. 254 af 30. marts 2011 på baggrund af Lovforslag 84 2010/2011-1. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget var formålet med ændringerne bl.a. at lukke muligheden for omgåelse af kildebeskatning af udbytter, til selskaber, der ikke er hjemmehørende i EU, og hvor Danmark ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst, samt at beskatning af porteføljeaktier ikke omgås ved at anvende reglerne om skattefri fusion og reglerne om beskatning af egne aktier. En udførlig redegørelse for indholdet af fusionsskatteoven inklusiv de seneste ændringer som følge af Lovforslag 84 2010/2011-1 fremgår af de enkelte kapitler om de forskellige omstrukturingsmuligheder nedenfor.

5.7. SKATTEUNDGÅELSESKLAUSULEN I PRAKSIS

I henhold til fusionsdirektivet skal der gives tilladelse til en skattefri omstrukturering, såfremt omstruktureringen ikke er begrundet i skatteundgåelse. En forståelse af skatteundgåelsesklausulen i direktivet er derfor af særdeles stor betydning, hvis man ønsker at foretage en skattefri omstrukturering med tilladelse. Nedenfor redegøres der for tre udvalgte domme, der alle har fået en afgørende betydning for, hvordan skatteundgåelsesklausulen skal fortolkes.

5.7.1. LEUR-BLOEM-SAGEN (SAG C-28/95)

En dom der har fået afgørende betydning for den nationale skatteret hvad angår omstruktureringer, er *Leur-Bloem-sagen* (SU 1997.257) fra Holland. Sagen er illustreret nedenfor:



Figur 1: Leur-Bloem-sagen

I den pågældende sag tog EF-domstolen stilling til forståelsen af fusionsdirektivet, herunder særligt forståelsen af direktivets bestemmelser om aktieombytning og begreberne skattesvig og

skatteunddragelse.¹² Sagen vedrørte A. Leur-Bloem, der var den eneste selskabsdeltager i to anpartsselskaber. Han ønskede at erhverve anparterne i et tredje selskab mod vederlag i form af anparter i de to første anpartsselskaber (aktieombytning), hvorefter det tredje selskab ville blive holdingselskab. Inden omstruktureringen anmodede Leur-Bloem de hollandske skattemyndigheder om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning. Det blev afslået af skattemyndighederne med den begrundelse, at transaktionen efter myndighedernes opfattelse ikke tilsigtede at sammenslutte Leur-Bloem's to anpartsselskaber til en større enhed i finansiell og økonomisk henseende, idet en sådan enhed allerede var eksisterende i kraft af Leur-Bloem's status som direktør og eneanpartshaver. Sagen blev rejst ved EF-Domstolen, der dømte imod de hollandske skattemyndigheder. Med EF-Domstolens dom blev det fastslået, at domstolen også kunne træffe afgørelse i rene nationale forhold.¹³ Dommen fik dermed direkte konsekvenser i det danske lovgrundlag og i den danske administrative praksis. Med dommen stod det nemlig klart, at der som udgangspunkt kan foretages en skattefri omstrukturering efter fusionsdirektivet, uanset om begrundelsen for transaktionen er af finansiell, økonomisk og/eller skattemæssig karakter. Kun i de tilfælde hvor transaktionen har karakter af skattesvig eller skatteunddragelse, kan skattemyndighederne nægte de skattemæssige fordele som direktivet indeholder. For at afgøre hvorvidt transaktionen har karakter af skattesvig eller skatteunddragelse skal skattemyndighederne foretage en samlet undersøgelse af den konkrete situation. Det forhold, at konstruktionen ikke forventes at være varig, er i sig selv ikke et forhold, der kan legitimere et afslag fra myndighedernes side. I de tilfælde hvor transaktionen har karakter af skattesvig eller skatteunddragelse, skal myndighederne før de nægter omstrukturering, og hvor det er muligt, opstille vilkår, der kan modvirke den del af transaktionen, der har karakter af skattesvig eller skatteunddragelse. Sammenfattende har dommen således medført, at skattemyndighederne skal have relativt stærke beviser for skatteunddragelse, før der kan nægtes tilladelse eller opstilles vilkår.

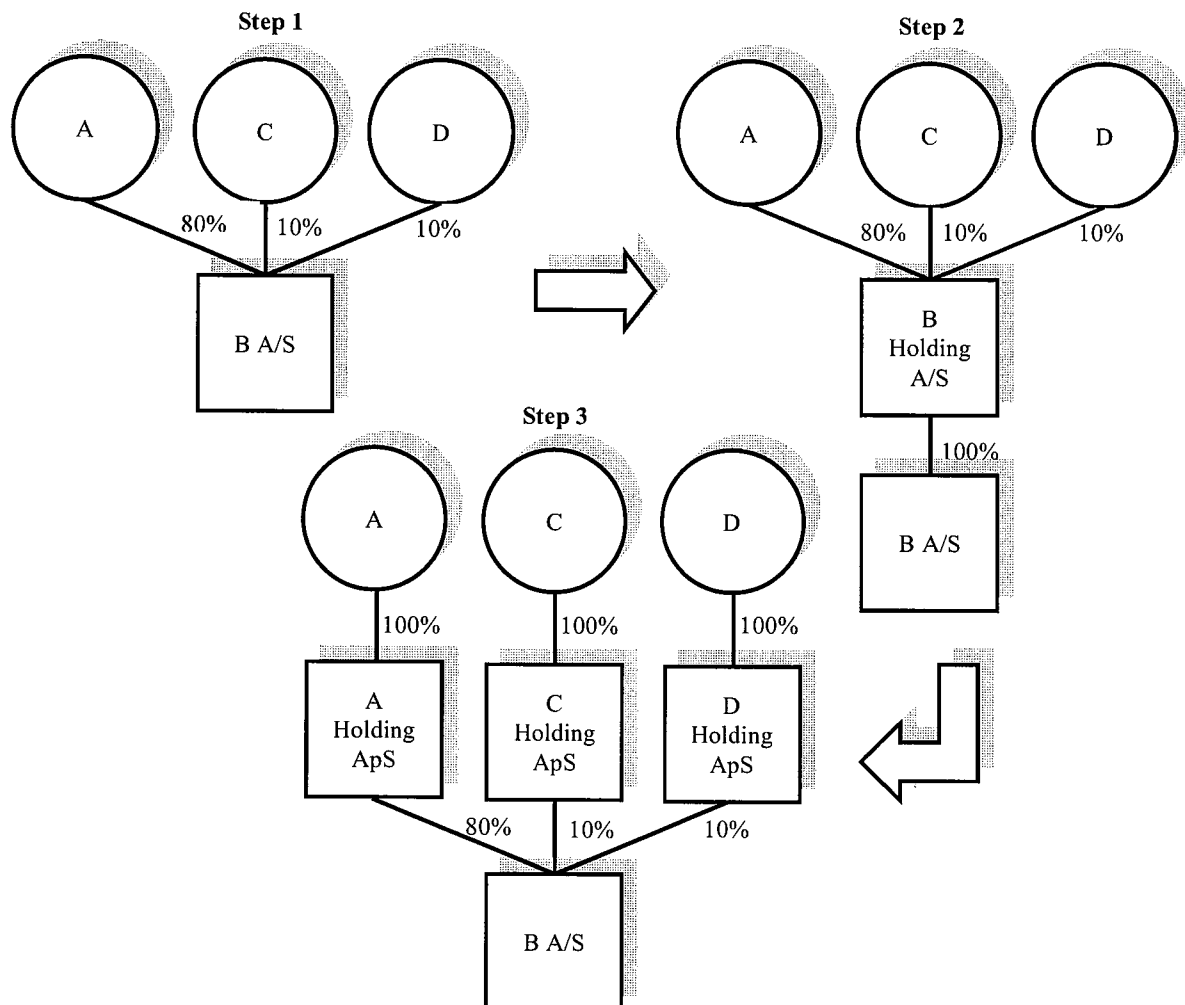
5.7.2. AUTOLAKERER-SAGEN (SKM 2007.806 LSR)

Autolakerer-sagen er en atypisk sag, der giver et vigtigt fortolkningsbidrag til skatteundgåelsesklausulen i fusionsdirektivet, idet Skatteministeriet sidenhen har anerkendt, at Landsskatterettens kendelse var forkert. Sagen vedrører en autolakerer A, der drev sin virksomhed A i personligt regi indtil 2002, hvor han i generationsskifteøjemed etablerede et interessentskab B I/S og overdrog en andel af virksomheden til sine to medarbejdere C og D. Herefter ejede A 80 % mens C og D hver ejede 10 %. I tilknytning til dannelsen af interessentskabet underskrev parterne

¹² Serup (2003): s. 242-246

¹³ TFS 2007.256: Werlauff, Erik

en samlet generationsskifteaftale, hvor generationsskiftets vilkår, forudsætninger og videre forløb var nøje beskrevet. Det videre forløb er vist i nedenstående figur:



Figur 2: Autolakerer-sagen

I 2003 blev B I/S omdannet til B A/S under anvendelse af reglerne om skattefri virksomhedssomdannelse med A, C og D som aktionærer efter de samme ejerandele som de havde i B I/S. Planen var at A, C og D skulle eje B A/S gennem deres egne holdingselskaber, således at der blev dannet en egentlig koncernstruktur. Denne koncernstruktur skulle dannes i to steps, jf. figuren.

Først skulle der laves en skattefri aktieombygning med A, C og D's aktier i B A/S, således at der blev dannet et fælles holdingselskab, (B Holding A/S) der ejede hele kapitalen i driftsselskabet B A/S. Aktionærerne skulle alene vederlægges med anparten i det modtagende selskab ifm. aktieombygningen.

Dernæst skulle der foretages en skattefri ophørsspaltning af B Holding A/S til tre nye holdingselskaber (A Holding ApS, C Holding ApS og D Holding ApS). A skulle herefter eje alle anparter i A Holding ApS, og det samme skulle gøre sig gældende for C og D i henholdsvis C Holding ApS og D Holding ApS, jf. TFS 2008.36.

Baggrunden for omstruktureringen var et ønske om at etablere en egentlig koncernstruktur med efterfølgende glidende generationsskifte. Ved at etablere en koncernstruktur ville det være muligt at udlodde skattefrit udbytte til holdingselskaberne af den egenkapital, der var overflødig i forhold til datterselskabets drift, og dermed ville der opstå en hæftelsesbegrænsning og uafhængig virksomhedsdrift i datterselskabet. Det ville således skabe en betydelig fleksibilitet i forhold til den fremtidige planlægning af virksomhedens udvikling, herunder i relation til eventuel overtagelse af andre virksomheder, opstart af nye forretningsområder m.v. Derudover ville der blive skabt en konsekvent opdeling imellem A, C og D's formueforhold, således at hver især kunne råde over deres respektive andele af den opsparede formue uden at være afhængig af enighed om investerings- og udbyttepolitik m.v. Udover den ovenfor beskrevne omstrukturering var der ikke planer om indenfor en periode på tre år, at foretage ændringer vedrørende den del af aktiekapitalen i B A/S som B Holding A/S erhvervede ifm. aktieombytningen.

Told- og Skattestyrelsens afslog anmodningen om den skattefrie omstrukturering, under henvisning til, at omstruktureringen manglede et forretningsmæssigt formål som forudsat i ABL og FUSL. Afslaget blev bragt for Landsskatteretten, der erklærede sig enig med Told- og Skattestyrelsen. A fremhævede herefter, at han kunne overdrage aktierne i B A/S med skattemæssig succession til C og D efter aktieavancebeskatningslovens (ABL) § 36. A opfordrede samtidig Skatteministeriet til at redegøre for, hvilke konkrete skattemæssige fordele, man mente, at A ville opnå ved den ønskede generationsskiftemodel, som A ikke ville kunne opnå ved en direkte successionsoverdragelse. I den forbindelse fremlagde A nogle taleksempler, der viste, at A ikke ville opnå en gunstigere skattemæssig stilling ved den ønskede omstrukturingsmodel end ved en direkte successionsoverdragelse til B og C. På baggrund heraf indgik parterne et forlig i Vestre Landsret, hvor skatteministeriet anerkendte at afslaget var ugyldigt, jf. TFS 2008, 21.

Det mest interessante ved sagen er den efterfølgende udtalelse fra Skatteministeriet Departementet:

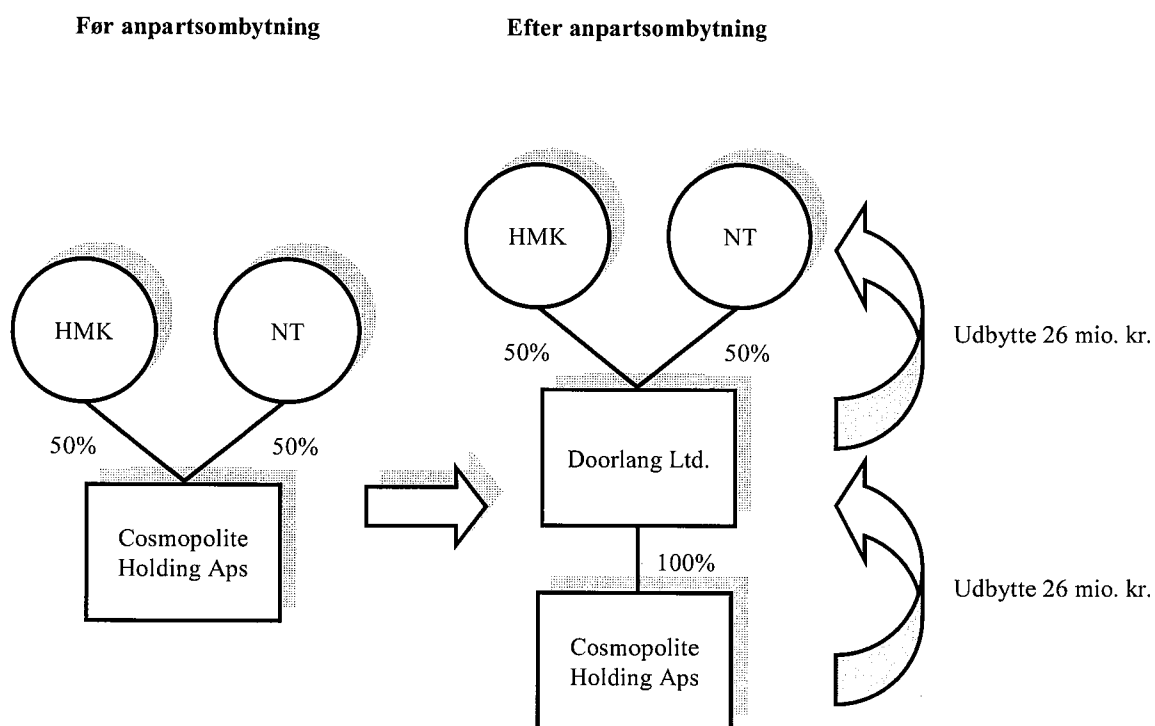
“Det er Skatteministeriets vurdering, at der ikke kan nægtes tilladelse til at gennemføre skattefrie selskabsmæssige omstruktureringer, hvis blot parterne ved beslutningen om transaktionens gennemførelse har lagt vægt på, at den giver mulighed for at undgå eller udskyde en beskatning. Der må i den henseende lægges vægt på fusionsdirektivets

grundlæggende formål, nemlig at de i direktivet omhandlede transaktioner skal kunne gennemføres, uden at det udløser en kapitalgevinstbeskatning, når transaktionerne er forretningsmæssigt velbegrundede. En formålsfortolkning fører derfor til, at skatteundgåelse kun kan anses for at være "et af hovedformålene" med en omstrukturering, hvis hensynet til at opnå en skattemæssig fordel reelt har været den væsentligste årsag til ønsket om at gennemføre den pågældende selskabsmæssige omstrukturering." (SKM 2007.807 DEP (TFS 2008, 46))

Betydningen af denne udtalelse er væsentlig, idet den giver et vigtigt bidrag til fortolkningen af skatteundgåelsesklausulen, idet en transaktion kun kan anses at have skatteundgåelse som hovedformål, "hvis hensynet til at opnå en skattemæssig fordel reelt har været den væsentligste årsag til ønsket om at gennemføre den pågældende selskabsmæssige omstrukturering", jf. citatet ovenfor. Det bryder med den hidtidige praksis, hvor tilladelse blev nægtet såfremt skatteundgåelse var et af flere formål. Med ovenstående udtalelse in mente, er det således ikke tilstrækkeligt at nægte tilladelse, hvis skatteundgåelse kun er et af flere ligeværdige formål.

5.7.3. HANS MARKUS KOFOED-SAGEN (EFD AF 5/7 2007, C-321/05)

Hans Markus Kofoed (HMK) og Niels Toft (NT) ejede hver 50 % af selskabskapitalen i et dansk selskab, Cosmopolite Holding ApS. Den 26. oktober 1993 erhvervede de et irsk kapitalselskab, Dooralong Ltd. Den 29. oktober 1993 ombyttede Hans Markus Kofoed og Niels Toft alle deres anparter i Cosmopolite Holding ApS med alle aktierne i Dooralong Ltd. Efter denne ombytning ejede de hver 50 % af aktierne i Dooralong Ltd., der ejede hele selskabskapitalen i Cosmopolite Holding ApS, jf. figuren nedenfor:



Figur 3: Hans Markus Kofoed-sagen

Den 1. november 1993 umiddelbart efter aktieombytningen modtog Dooralong Ltd. et udbytte på 2.742.616 IEP (ca. 26.000.000 DKK) fra det nyerhvervede datterselskab Cosmopolite Holding ApS, hvis egenkapital dermed blev reduceret til 1.709.806 DKK. Den 3. november 1993 besluttedes det på generalforsamlingen i Dooralong Ltd. at udlodde et udbytte på 26.000.000 DKK til HMK og NT. Ved indkomstskatteansættelsen for 1993 angav HMK i sin selvangivelse, at ombytningen af anparter i Cosmopolite Holding ApS med nyudstedte aktier i Dooralong Ltd. skulle være fritaget for beskatning. De danske skattemyndigheder var imidlertid af en anden opfattelse og tilsidesatte dette, da de mente, at udlodningen af udbytte burde anses for at indgå som et led i ombytningen af selskabsandele. Skattemyndighederne betragtede således udbyttet som en del af den kontante udligningssum, og ud fra denne betragtning havde man ved aktieombytningen overskredet den maksimale grænse for en eventuel kontant udligningssum iht. fusionsdirektivet på 10 % af den pålydende værdi af de udleverede værdipapirer¹⁴. Efter skattemyndighedernes opfattelse kunne ombytningen af selskabsandele derfor ikke fritages for beskatning iht. dette direktiv.

På baggrund heraf indbragte HMK herefter skattemyndighedernes afgørelse for Landsskatteretten, der stadfæstede afgørelsen, hvorefter Hans Markus Kofoed anlagde sag ved Østre Landsret. Østre Landsret valgte at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål til EF-Domstolen:

"Skal art. 2, litra d, i [...] direktiv 90/434/EØF [...] fortolkes således, at der ikke foreligger en ombytning af aktier i fusionsbeskatningsdirektivets forstand, hvis deltagerne i aktieombytningen samtidig med aftalen om ombytning af aktierne på retlig uforpligtende vis tilkendegiver som deres fælles hensigt, at de på den førstkomende generalforsamling efter ombytningen i det erhvervende selskab agter at stemme for at udlodde et udbytte, der er større end 10 pct. af den pålydende værdi af de værdipapirer, som blev udleveret i forbindelse med aktieombytningen, og et sådant udbytte faktisk udloddes?" (EFD af 5/7 2007, C-321/05, præmis 22.)

EF-Domstolens afgørelse var klar og gik imod skattemyndighedernes afgørelse, idet den brede danske fortolkning af den kontante udligningssum ikke kunne begrundes i fusionsdirektivet ifølge EF-Domstolen. I dommens præmis 28 lyder det således, at *"begrebet "kontant udligningssum" ... omfatter pengeydelse, der har karakter af en egentlig modydelse til gengæld for erhvervelsen, dvs. ydelser, der er bindende aftalt som et tillæg til selskabsandelene i det erhvervende selskab, uafhængigt af de eventuelle motiver for transaktionen."* I forlængelse heraf står der i præmis 29, at *"den kontante udligningssum og erhvervelsen er led i en og samme transaktion. Udligningssummen udgør således en integrerende del af den modydelse, som det erhvervende selskab erlægger til selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab med henblik på at erhverve majoriteten i dette."* At

¹⁴ Ved Lov nr. 313 af 21. maj 2002 ophævede man reglen om, at den kontante udligningssum ved fusion og spaltning maksimalt måtte udgøre 10 %.

skattemyndighederne ikke har hjemmel til omkvalificere efterfølgende udbytte efter en omstrukturering, påpeges eftertrykkeligt i præmis 31, idet *"en pengeydelse, som et erhvervende selskab erlægger til selskabsdeltagerne i det erhvervede selskab, [kan] ikke kvalificeres som en »kontant udligningssum« som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434 alene på grund af en vis tidsmæssig eller anden form for forbindelse med erhvervelsen eller en eventuel svigagtig hensigt. Det er derimod nødvendigt at undersøge i hvert enkelt konkret tilfælde, om den omhandlede ydelse, henset til samtlige foreliggende omstændigheder, har karakter af en bindende aftalt modydelse, som skal erlægges til gengæld for erhvervelsen.*

Som det fremgår af ovenstående præmisser er dommen ganske klar, idet fusionsdirektivets transaktionsformer er defineret ved objektive karakteristika, der ikke kan fortolkes bredt ud fra formåls-, helheds- eller realitetsbetragtninger. Eventuelle efterfølgende forhold – i dette tilfælde udbytteudlodning - kan kun tages i betragtning såfremt, såfremt de er direkte bindende aftalt som en del af transaktionen. Se i denne forbindelse, Werlauff og Rønfeldt i TFS 2007.592, der på baggrund af Hans Markus Kofoed-sagen simpelt men rammende konkluderer, at udbytte er udbytte.

Hvorvidt efterfølgende forhold kan anses for bindende aftalt som en integreret del af den pågældende transaktionen, vil naturligvis bero på en konkret bedømmelse. Der hersker ingen tvivl om, at HKM og NT havde planlagt aktieombytningen med efterfølgende udlodning alene med henblik på, at udnytte den lempelige irske udbyttebeskatning. Men der var ikke bevis for at, transaktionerne var en direkte del af aftalegrundlaget, og selvom det er uundgåeligt at tænke på "skatteunddragelse" i den konkrete sag, var det således ikke nok til at nægte tilladelse. Specielt ikke fordi Danmark på tidspunktet for transaktionens gennemførelse endnu ikke havde implementeret skatteundgåelsesklausulen i artikel 11 i dansk ret. Domstolen har med Hans Markus Kofoed-sagen sat overliggeren højt, hvilket også fremgår af præmis 37, hvoraf det fremgår, at *"I medfør af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 kan medlemsstaterne undtagelsesvis og i særlige tilfælde afslå helt eller delvis at anvende dette direktivs bestemmelser eller inddrage adgangen til at anvende dem, bl.a. såfremt en ombytning af aktier som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse. I samme bestemmelse er det endvidere præciseret, at den omstændighed, at en transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen, kan skabe formodning om, at transaktionen har et sådant formål...* Dommen lægger således op til at skatteundgåelsesklausulen kun "undtagelsesvis" og "i særlige tilfælde" kan bringes i spil, ligesom

formodningen skal være meget stærk og der skal være tale om retsmisbrug, jf. præmis 38 og Leur-Bloem-sagen.

Hans Markus Kofoed-sagen har dermed givet et vigtigt bidrag til fortolkningen og forståelsen af skatteundgåelsesklausulen i fusionsdirektivet. Men selvom den konkrete sag vedrører aktieombytning, kan den også overføres til fusioner, spaltninger og tilførsel af aktiver. Med EF-domstolens afgørelse er det således fastslået, at efterfølgende transaktioner ikke umiddelbart kan kædes sammen med skattefrie omstruktureringer, og der skal meget stærke formodninger om skatteundgåelse samt retsmisbrug til, før skattemyndighederne kan nægte tilladelse. Som følge heraf kan der samtidig stilles spørgsmålstegn ved skattemyndighedernes tidligere praksis, hvor der er nægtet tilladelse pga. efterfølgende forhold.¹⁵

5.8. DELKONKLUSION

Med den første egentlige fusionsskattelov i 1967 var kimen lagt til de omstruktureringsregler, vi kender i dag. Loven byggede på et successionsprincip, hvor formålet var, at give selskaber mulighed for at udskyde skatten ved fusioner. Det er således vigtigt at pointere, at når man i dag taler om skattefrie omstruktureringer, så er der tale om skatteudskydelse. At der netop er tale om skatteudskydelse og ikke skatteundgåelse var en problematik, man var meget opmærksom på ved forarbejderne til loven, og det er en problematik, der fortsat er stor opmærksomhed på i dag, hvilket fusionsdirektivet, den nuværende fusionsskattelov og antallet af retssager vidner om. Det kan dog undre, at man netop i FUSL har særlig stor fokus på risikoen for at succession anvendes til skatteunddragelse, når man tænker på de muligheder, der ellers er i skattelovgivningen for succession. Her tænker jeg f.eks. på successionsmulighederne i virksomhedsskatteloven (VSL), virksomhedsomdannelsesloven (VOL) og pensionsbeskatningsloven (PBL).

Den nuværende fusionsskattelovs hovedlov er 1975-loven, der i vid udstrækning videreførte 1967-lovens bestemmelser, men med 1975-loven indførtes samtidig muligheden for at foretage skattefrie fusioner uden tilladelser på baggrund af nogle på forhånd bestemte objektive vilkår. Dermed ønskede man skabe et alternativ til det subjektive bevillingssystem.

Indførelsen af fusionsdirektivet i dansk ret i 1992, medførte en stigende tendens til, at den danske fusionsskattelov blev udformet i overensstemmelse med de EU-retlige regler, ligesom tilladelsespraksis tilpassede sig fusionsdirektivet. Det kan bl.a. ses ved indførelsen af særskilte regler i fusionsskatteloven for spaltninger og tilførsel af aktiver, ligesom fusionsskatteloven

¹⁵ Serup (2008): s. 65-70

anvender terminologien fra fusionsdirektivet i form af indskydende selskab, modtagende selskab, selskabsdeltagere samt aktiver og passiver. Som reglerne er nu kan der i Danmark vælges mellem to spor. Et spor der i større eller mindre grad bliver styret af Direktiv 90/434 og som er kendetegnet ved a) krav om tilladelse, b) krav om forretningsmæssig begrundelse og c) subjektive kriterier for transaktionens skattefrihed. Et andet spor, der er rent dansk, og som er præget af a) fravær af et krav om tilladelse, b) fravær af et krav om forretningsmæssig begrundelse og c) objektive kriterier for transaktionens skattefrihed. De to spor gælder dog kun ved spaltninger, tilførsel af aktiver og aktieombytninger, idet der hverken kan eller skal søges om tilladelse ved skattefrie fusioner.

En væsentligt del ved fusionsdirektivet er skatteundgåelsesklausulen, der giver mulighed for undtagelsesvist og i særlige tilfælde at nægte tilladelse til skattefri omstrukturering, såfremt omstruktureringen ikke er forretningsmæssigt begrundet men i stedet har skatteundgåelse eller skatteunddragelse som hovedformål eller et af hovedformålene. Hvornår der er tale om skatteundgåelse eller skatteunddragelse er ikke helt tydeligt. EF-Domstolens afgørelser i Leur-Bloem-sagen, Autolakerer-sagen og Hans Markus Kofoed-sagen er helt centrale afgørelser, der giver et vigtigt bidrag til forståelsen af skatteundgåelsesklausulen.

Leur-Bloem sagen viste, at der var klageret til EF-Domstolen, og den efterfølgende dom viste klart, at en ansøger har krav på en konkret vurdering af de faktiske forhold og hensigter, frem for en afgørelse baseret på objektive kriterier. Autolakerer-sagen og udtalelsen fra Skatteministeriets Departement viste, at kun hvis hensynet til at opnå en skattemæssig fordel reelt har været den væsentligste årsag til ønsket om at gennemføre den pågældende selskabsmæssige omstrukturering, kan en transaktion anses at have skatteundgåelse som hovedformål. Det er således ikke tilstrækkeligt at nægte tilladelse, hvis skatteundgåelse kun er et af flere ligeværdige formål. I Hans Markus Kofoed-sagen gik EF-domstolen mod de danske skattemyndigheders afgørelse om, at en efterfølgende udlodning af udbytte reelt var en omgåelse af det dengang gældende forbud mod en kontant udligningssum på mere end 10 %, hvorfor omstruktureringen i stedet skulle være skattepligtig. Begrundelsen var at udlodningen ikke var en direkte del af omstruktureringsplanen. Dermed fastslog EF-domstolen at efterfølgende begivenheder kun kan klassificeres som skatteundgåelse, såfremt de er bindende aftalt inden transaktionen gennemføres.

Sammenfattende viser dommene, at skattemyndighederne skal have relativt stærke beviser for at skatteundgåelse eller skatteunddragelse er hovedformålet, før der kan nægtes tilladelse eller opstilles vilkår. Det er således ikke nok, at skattetænkning er ét blandt flere ligeværdige forhold.

6. KRAVET OM GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER

Som redegjort for i kapitel 5, har lovgiver haft fokus på at forhindre, at omstruktureringer bliver anvendt til skatteundgåelse og skatteunddragelse. Det fremgår bl.a. af fusionsdirektivet artikel 15 stk. 1, litra a, at såfremt transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. SKAT's vurdering er således en subjektiv vurdering, og det er derfor vigtigt at få klarlagt, hvad der betragtes som gyldige forretningsmæssige årsager.

6.1 GENERATIONSSKIFTE

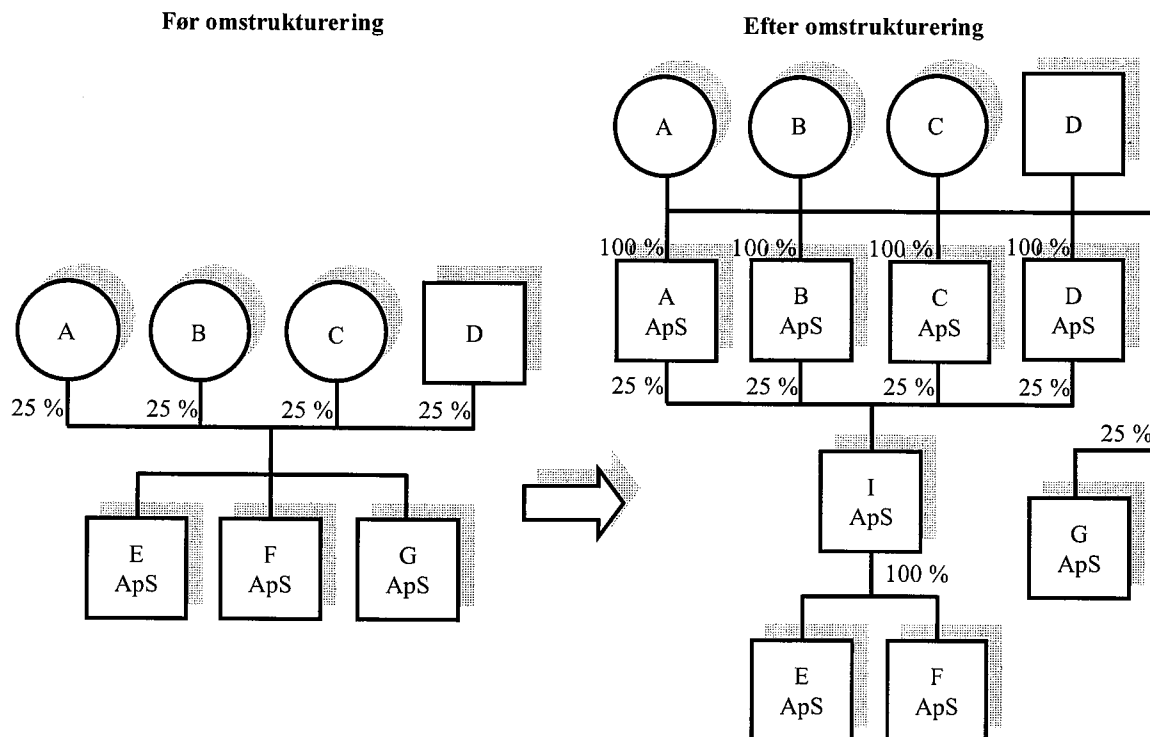
Skatteministeriets Departement udtaler i TFS.1996.899 DEP, at generationsskifteplaner er en gyldig forretningsmæssig årsag, og en tilsvarende konklusion kommer Skatteministeren frem til i bilag 69 til Lovforslag 99 2001/2002. Det er dog nødvendigt at generationsskifteplanerne konkretiseres, således at det fremgår, hvordan generationsskiftet ønskes gennemført i praksis. Det vil ligeledes tale for en tilladelse, hvis generationsskiftet er begrundet i et ønske om virksomhedens videreførelse frem for aktionærens udtræden, og nødvendigheden af den pågældende omstrukturering skal begrundes. Ud fra praksis kan man generelt sige, at hvis generationsskiftet begrundes i et ønske om senere afhændelse til tredjemand, vil man få afslag, men hvis omstruktureringen i stedet er en forberedelse til et glidende generationsskifte, hvor aktionæren fortsat deltager i en årrække efter omstruktureringen, så vil man ofte opnå tilladelse. Der henvises i øvrigt til redegørelsen for Autolakerer-sagen i afsnit 5.7.2., hvor der netop var tale om et glidende generationsskifte.

6.2. UENIGHED MELLEM AKTIONÆRER

Et ellers konstruktivt samarbejde mellem aktionærer kan med tiden udvikle sig så negativt, at det ikke længere er i deres eller selskabets interesse at fortsætte samarbejdet. Det har medført, at SKAT jævnligt har modtaget ansøgninger om tilladelse til skattefri spaltning begrundet i uenighed mellem aktionærene. Uenighed i aktionærkredsen har dog oftest blot været én af de forretningsmæssige begrundelser i de forelagte sager.¹⁶ Tidligere blev der stillet forholdsvis stærke krav til dokumentationen af uenigheden.¹⁷ Det var på trods, af at det fremgår af forarbejderne til Lov nr. 313 af 21. maj 2002, at samarbejdsvanskeligheder kan være en gyldig årsag til at dele et selskab mellem sig. Landsskatteretten har imidlertid også lempet praksis efter SKM 2007.807 DEP vedrørende Autolakerer-sagen. Et eksempel herpå er SKM 2008.134 LSR, der kan bruges som illustration på samspillet mellem flere forskellige forretningsmæssige begrundelser i form af risikoafgrænsning, spaltning af pengetanke og ikke mindst uenighed mellem aktionærer. Dommen kan skitseres således:

¹⁶ Den juridiske vejledning (2011-2): C.D.6.1.4.7

¹⁷ Halling-Overgaard & Olesen (2010): s. 406-408



Figur 4: SKM 2008.134 LSR

Anpartshaverne A, B, C og D ejede selskaberne E ApS, F ApS og G ApS med 25 % hver. De tre selskaber drev alle restaurationsvirksomhed. Den ønskede omstrukturering skulle ske således:

- 1) Skattefri anpartsombytning således at anparterne i E ApS og F ApS indskydes som apportindskud i et nystiftet selskab, I ApS.
- 2) Endnu en skattefri anpartsombytning, hvor anparterne i I ApS indskydes i endnu et nystiftet selskab, J ApS.
- 3) Ophørssplætning af J ApS i 4 nye selskaber, A ApS, B ApS, C ApS og D ApS.

Det blev anført i ansøgningen, at ønsket om splætning af J ApS primært skyldtes, at de fire hovedanpartshavere havde forskellige planer. Ved en splætning ville anpartshaverne kunne føre en separat udbyttepolitik i deres respektive holdingselskaber. Flere af ejerne ønskede, at deres holdingselskab skulle anvende udbytte til yderligere forretningsinvesteringer, og ingen af anpartshaverne ville udtræde eller sælge deres anparter i selskaberne inden for de næste tre år. Det blev desuden bemærket, at restaurationsvirksomhed udgør en væsentlig risiko, hvorfor de ønskede at etablere et holdingselskab, som en form for risikoafgrænsning fra de respektive restaurationselskaber. Slutteligt blev det anført, at det forhold, at der var fire indehavere gjorde det væsentligt sværere at blive enige omkring de fremtidige investeringer, hvorfor det ville være hensigtsmæssigt, at overskudslikviditeten kunne fordeles på de respektive indehavere.

SKAT gav tilladelse til aktieombytningerne, men afslog at give tilladelse til en skattefri ophørsspaltning med den begrundelse, at spaltningen ikke var forretningsmæssigt begrundet eller foretaget ud fra forsvarlige og konkrete økonomiske betragtninger. Derimod var det opfattelsen, at den ønskede skattefri ophørsspaltning udelukkende var båret af hensynet til de tre personlige anpartshaveres økonomiske interesser. Risikoafgrænsningen synes samtidig allerede at være sket, da driften af hver restaurant skete i selskaber. Slutteligt blev den forretningsmæssige begrundelse for spaltningen af det øverste holdingselskab ikke anset for at være tilstrækkelig konkretiseret.

Landskatteretten underkendte SKAT's afslag, og det skyldtes til dels en efterfølgende begivenhed. For i forbindelse med spaltningssøgningen og behandlingen af denne, havde man via I ApS investeret i endnu et restaurationsselskab, hvorefter I ApS ejede 80 %, mens en ekstern investor ejede 20 %. Købet af denne restaurant var nær ikke blevet til noget på grund af uoverensstemmelser imellem de fire indehavere, hvilket man gjorde Landsskatteretten opmærksom på. På baggrund heraf og med henvisning til SKM 2007.807 DEP¹⁸ anså Landsskatteretten ikke grundlag for at anse hovedformålet eller et af hovedformålene med omstruktureringen for skatteunddragelse.

I SKM 2007.347 LSR nægtede Landsskatteretten at give tilladelse til en skattefri spaltning. I sagen ønskede den ene anpartshaver at foretage passive investeringer, mens den anden anpartshaver ønskede at foretage aktive investeringer. Landsskatteretten fandt dog, at spaltningen ikke kunne anses for foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger på trods af det anførte om risikoafgrænsning og uenighed mellem anpartshaverne. Landsskatteretten henviste til, at de negative anskaffelsessummer på anparterne i det ene selskab sammenholdt med manglende konkrete, aktuelle planer for dispositionerne, medførte, at hovedformålet med spaltningen ansås at være skatteundgåelse eller -udskydelse af udbytte- og/eller avancebeskatning med deraf følgende skattebesparelse.

Begge sager viser således, at Landsskatteretten tager stilling ud fra de konkrete omstændigheder og forhold. I den ene sag var der helt konkrete eksempler på uenighed, mens det ikke var tilfældet i den anden sag, hvor uenigheden var mere vag. Det gav sig direkte til kende i afgørelserne, hvor førstnævnte fik tilladelse og sidstnævnte fik afslag.

¹⁸ Skatteministeriet Departements udtalelse vedr. Autolakerer-sagen, jf. afsnit 5.8.2.

6.3. OPDELING AF ET PENGETANKSSELSKAB

Spaltningsredskabet er særlig interessant som en mulighed for at opsplitte et selskab mellem flere ejere. I de tilfælde hvor aktivmassen hovedsageligt består af likvider eller finansielle aktiver, skærpes kravene til de forretningsmæssige begrundelser.

I SKM 2005.232 TSS ønskede to anpartshavere at foretage en aktieombytning af deres driftsselskab til et nystiftet fællesejet holdingselskab, der herefter skulle ophørsspaltes til to nystiftede holdingselskaber, som hver især var ejet af hver deres anpartshaver. Driftsselskabet havde en likvid beholdning på ca. 35 mio. kr., en balancesummen på ca. 38 mio. kr. og en egenkapital på ca. 35 mio. kr. Den ene anpartshaver var gået på efterløn og ønskede kun at foretage forsigtige investeringer, mens den anden anpartshaver ønskede en mere aktiv investeringsstrategi, herunder eventuel investering i nye aktiviteter inden for handel og service. SKAT fandt, at der ved de beskrevne transaktioner forelå skatteundgåelse, idet alternativet var likvidationsbeskatning, hvorfor der blev meddelt afslag på det ansøgte. Der blev ved afgørelsen bl.a. lagt vægt på, at der på trods af to erhvervslejemål stort set ikke var driftsaktivitet i ”driftsselskabet”, og at der ikke var konkrete planer om opstart af aktiviteter i de modtagende selskaber.

I SKM 2006.324 SKAT anmodede to anpartshavere om en skattefri ophørsspaltning af et pengetanksselskab til to nystiftede selskaber, der skulle ejes af hver deres anpartshaver, således at de to anpartshavere ikke længere skulle drive virksomhed sammen. De to anpartshavere ejede henholdsvis 12,5 % og 87,5 % af aktiekapitalen i pengetanksselskabet, og minoritetsanpartshaveren ønskede en passiv investeringsstrategi, mens majoritetsanpartshaveren havde konkrete aktive investeringsplaner for en ikke uvæsentlig del af egenkapitalen. SKAT gav tilladelse til spaltningen bl.a. under henvisning til, at der var stillet væsentlige garantiforpligtelser, som vanskeliggjorde en likvidation eller salg, at majoritetsanpartshaveren havde sandsynliggjort konkrete aktive investeringsplaner, der ville genoptage den erhvervmæssige drift i majoritetsanpartshaverens selskab, samt at der var nære familiemæssige relationer mellem de to anpartshavere, der vanskeliggjorde en udnyttelse af majoritetens bestemmende indflydelse.

I SKM 2006.325 SKAT anmodede to aktionærer om skattefri ophørsspaltning af et selskab, hvis aktivmasse i al væsentlighed bestod af likvider og værdipapirer, efter at aktiviteten var afhændet til tredjemand. De to aktionærer begrundede ønsket om spaltning med, at de havde forskellige investeringsstrategier. SKAT fandt dog ikke, at investeringsplanerne var tilstrækkeligt konkrete, og fandt derfor, at den anførte skattefrie omstrukturering i overvejende grad var planlagt under hensyn til personaktionærernes privatøkonomiske interesser. Ansøgningen blev derfor afvist.

Idet der i øvrigt henvises til den ovenfor gennemgåede sag, SKM 2008.134 LSR, hvor der blev givet tilladelse til skattefri spaltning af et pengetanksselskab, kan det konkluderes, at graden af konkrete planer afgør, om der kan opnås tilladelse til at foretage en skattefri spaltning.

6.4. BODELING (SEPARATION OG SKILSMISSE)

Private forhold såsom separation eller skilsmisse kan blive til en gyldig forretningsmæssig begrundelse for en skattefri omstrukturering, såfremt separationen eller skilsmissen vil få en driftsmæssig indflydelse på selskabet.

I SKM 2002.407 TSS anmodede to ægtefæller om at foretage en skattefri ophørsspaltning i et fællesejet selskab, som følge af en forestående skilsmisse. Begrundelsen for anmodningen om skattefri spaltning var, at ægtefællerne ikke ønskede at arbejde sammen i selskabet pga. de mulige samarbejdsvanskeligheder, der kunne opstå ved samlivets ophør. Ved at spalte det indskydende selskab, ville hver ægtefælle få råderet over hvert deres selskab, og dermed ville de ikke længere skulle samarbejde. På den baggrund blev der givet tilladelse til skattefri spaltning.

I SKM 2005.284 TSS blev der ansøgt om skattefri spaltning, idet eneanpartshaveren og dennes ægtefælle havde søgt om separation med henblik på skilsmisse, og man frygtede at det ville medføre samarbejdsvanskeligheder i selskabet. Eneanpartshaveren havde i kraft af sin ejerandel hele kontrollen med selskabet, men ægtefællen havde deltaget som medlem af bestyrelsen og løbende drøftet de forretningsmæssige forhold med eneanpartshaveren. Derudover havde ægtefællen deltaget i nogle møder som bestyrelsesmedlem i koncernens spanske datterselskaber. Det ene modtagende selskab ved spaltningen skulle modtage driftsanparter, og det andet modtagende selskab skulle modtage likvider og tilgodehavender. Det første selskab skulle ved bodelingen overdrages til eneanpartshaveren, og det andet selskab skulle overdrages til ægtefællen.

I modsætning til SKM 2002.407 TSS var der i denne sag tale om en eneanpartshaver med fuld kontrol over virksomheden, hvorfor det ikke kunne godtgøres, at skilsmissen vil medføre risiko for ledelsesmæssige konflikter. Som følge heraf vurderede SKAT, at spaltningen alene var begrundet i forberedelsen af en skattemæssig fordelagtig bodeling for at undgå udbyttebeskatning, og dermed synes spaltningen at være båret af et ønske om skatteundgåelse.

Som følge af forskellen i afgørelserne på trods af sagernes fællestræk, illustrerer de to sager netop, at det er de konkrete forhold, der afgør, om der gives tilladelse til skattefri omstrukturering.

6.5. EFTERFØLGENDE FRASALG AF AKTIVITETER/AKTIER

Frem for direkte at sælge en aktivitet fra, er det mere fordelagtigt at foretage en skattefri spaltning med efterfølgende salg af det modtagende selskab. Det skyldes, at et direkte salg af aktiviteten er skattepligtigt, mens det modtagende selskab i de fleste tilfælde kan sælges skattefrit efter ABL § 8. SKAT vil derfor i sådanne sager, være særligt opmærksom på de forretningsmæssige begrundelser.

I SKM 2006.323 SKAT ejede en aktionær via et holdingselskab et driftsselskab, hvis formål var køb, salg og administration af fast ejendom. Der blev ansøgt om skattefri spaltning af driftsselskabet, hvor to ejendomme skulle overdrages til et selskab ejet direkte af aktionæren uden for koncernen. Formålet med spaltningerne var dels at foretage en hensigtsmæssig opdeling af selskabets samlede aktiviteter efter karakteren af og hensigten med ejendommene, dels at forberede et delvist salg af de overdragne ejendomme samt at opnå en risikospredning. Disse formål blev beskrevet i udførlige og konkrete punkter, og på baggrund heraf vurderede SKAT, at en spaltning med henblik på efterfølgende frasalg af det udspaltede selskab godt kan tillades, selvom salget af ejendommen eller andre aktiver ligeså vel kunne være foretaget direkte fra det indskydende selskab. I den konkrete sag blev det vurderet, at der lå forretningsmæssige begrundelser til grund for at foretage den nævnte omstrukturering i form af rationalisering af driften. Det var altså ikke blot et udtryk for hovedaktionærens ønske om at udtræde skattefrit uden umiddelbar afståelsesbeskatning.

I SKM 2009.143 LSR anmodede man om en skattefri spaltning af et dansk selskab, der indgik i en koncern noteret på børsen i New York. Det danske selskab havde to aktiviteter, og det var den forholdsvis nyindkøbte aktivitet, man ønskede grenspaltet til et nyt selskab, der efterfølgende skulle sælges. Det skyldtes, at man forinden anmodningen om skattefri spaltning på koncernbasis havde besluttet at sælge aktiviteten fra, idet koncernen havde betydelige forretningsmæssige udfordringer og problemer med såvel omsætning som indtjening. Koncernens samlede provenu fra salget skulle ifølge ansøgningen gå til forskning og udvikling. Det danske selskab varetog dog ikke i koncernhenseende en væsentlig del af denne forskning og udvikling, og Landsskatteretten afslog ansøgningen om skattefri spaltning. Begrundelsen herfor var bl.a., at selvom den likviditetsbesparelse på ca. 105 mio. kr., omstruktureringen og frasalget ville indbringe, skulle bruges til forskning og udvikling i andre koncernselskaber inklusiv det danske selskab, så var det ikke muligt at få oplyst hvilke koncernselskaber, der modtog provenu fra salget. Hovedformålet eller et af hovedformålene med spaltningen ansås derfor at være skatteundgåelse.

6.6. RISIKOAFGRÆNSNING

Et væsentlig motiv til at foretage en omstrukturering er muligheden for at afgrænse risiko ved at begrænse ens hæftelse. Et effektivt værktøj til at afgrænse risiko er ved at foretage en aktieombytning, hvor aktier i driftsselskabet indskydes i et eksisterende eller nystiftet holdingselskab. Der kan også være tale om en tilførsel af aktiver eller en spaltning, hvor man opdeler to aktiviteter i hvert deres selskab. Konsekvensen ved alle tre modeller er, at der juridisk set etableres selvstændige enheder med begrænset hæftelse. Dermed vil man kunne minimere skaderne, hvis en aktivitet bliver tabsgivende. Aktieombytningen har samtidig den fordel holdingkonstruktionen medfører, at der kan sendes udbytte op i holdingselskabet skattefrit, hvorefter udbyttet er afskærmet fra driftsselskabets kreditorer. Afgrænsning af risiko bliver samtidig betragtet som værende en gyldig forretningsmæssig begrundelse til at foretage skattefrie omstruktureringer.

Som det fremgår ovenfor, blev netop risikoafgrænsning anvendt som en af flere forretningsmæssige begrundelser for at foretage den skattefrie omstrukturering i SKM 2008.134 LSR og SKM 2006.323 SKAT, og i begge tilfælde blev der givet tilladelse til skattefrie omstrukturering. I TFS 1997.206 LR blev der derimod ikke givet tilladelse. I sagen blev der ansøgt om skattefri aktieombytning i et selskab, der var stiftet ved skattefri virksomhedsomdannelse, og hvor anskaffelsessummen på aktierne var negativ. Afslaget blev givet med henvisning til, at reglerne ikke kan anvendes med det formål at undgå avancebeskatning i tilfælde af et selskabs konkurs.

6.7. TILLADELSE MED VILKÅR

Det siger sig selv, at de forudsætninger og den plan der er beskrevet i ansøgningen skal følges, ellers giver ansøgningen og tilladelsen ingen mening. Hvis det senere hen viser sig, at man ikke har overholdt de forudsætninger som en tilladelse er givet på baggrund af, så kan konsekvensen være at omstruktureringen bliver skattepligtig. Denne konsekvens har til formål at forebygge, at der ikke bliver foretaget omstruktureringer under dække af gyldige forretningsmæssige begrundelser, men hvor den reelle hensigt er skatteunddragelse. Derudover vil SKAT ofte give en tilladelse med vilkår, hvilket betyder, at den skattefrie omstrukturering er betinget af, at nogle nærmere fastsatte vilkår overholdes. Det kan f.eks. være, at man pålægger anmeldelsespligt, hvis man i en periode på tre år efter omstruktureringen foretager sådanne dispositioner, der kunne have ændret skattemyndighedernes tilladelse, såfremt de havde været kendt på ansøgningstidspunktet.

6.8. DELKONKLUSION

Det er essentielt for at opnå tilladelse til en skattefri omstrukturering, at formålet med omstruktureringen og ansøgningen er båret af gyldige forretningsmæssige begrundelser. Hvis ikke det kan godtgøres, vil der således ikke blive givet tilladelse til omstruktureringen, da formålet eller

et af hovedformålene i stedet anses at være skatteundgåelse. I ovenstående er der gennemgået en række situationer, der på baggrund af praksis kan siges at være gyldige forretningsmæssige årsager til en omstrukturering. Det skal på den baggrund bemærkes, at det vil øge chancen for tilladelse, hvis omstruktureringen er begrundet ud fra en kombination af ovenstående årsager.

Et andet kriterium for at opnå tilladelse er, at ansøgningen er konkretiseret. Det er således ikke nok, at ansøgning begrundes med ”ønsket om at lette et fremtidigt generationsskifte”, ”en mere hensigtsmæssig concernstruktur” eller ”lette muligheden fremtidige investeringer”. I stedet skal der gives en forholdsvis detaljeret redegørelse for, hvorfor omstruktureringen ønskes gennemført, og hvorfor omstruktureringen har forretningsmæssig relevans ud fra selskabets faktiske konkrete situation. Ansøgningen skal således være præget af hensynet til den fremtidige forretning snarere end aktionærens skattemæssige interesser.

Såfremt SKAT ud fra en samlet vurdering af den konkrete situation finder, at der ligger gyldige forretningsmæssige begrundelser bag omstruktureringen, vil man opnå tilladelse. I de tilfælde hvor der ligger gyldige forretningsmæssige begrundelser bag omstruktureringen, men hvor omstruktureringen samtidig giver mulighed for skatteundgåelse, må SKAT ikke afvise ansøgningen, såfremt de kan fjerne risikoen for skatteundgåelsen ved at opstille et eller flere vilkår i tilladelsen. Konsekvensen af ikke at overholde vilkårene er ligesom konsekvensen af ikke at overholde de i ansøgningen skitserede forhold, at skattefriheden tilbagekaldes, og dermed bliver omstruktureringen skattepligtig.

7. FUSIONER

Dette afsnit vil redegøre for fusioner i skattemæssig henseende ved dels at definere begrebet fusion og dels ved at redegøre for de skattemæssige regler for fusioner. Afsnittet vil samtidig behandle udvalgte domme for at illustrere de skattemæssige reglers anvendelse i praksis for derigennem at udvikle en bedre forståelse for de muligheder, problemstillinger, konsekvenser og løsninger, der knytter sig til fusioner.

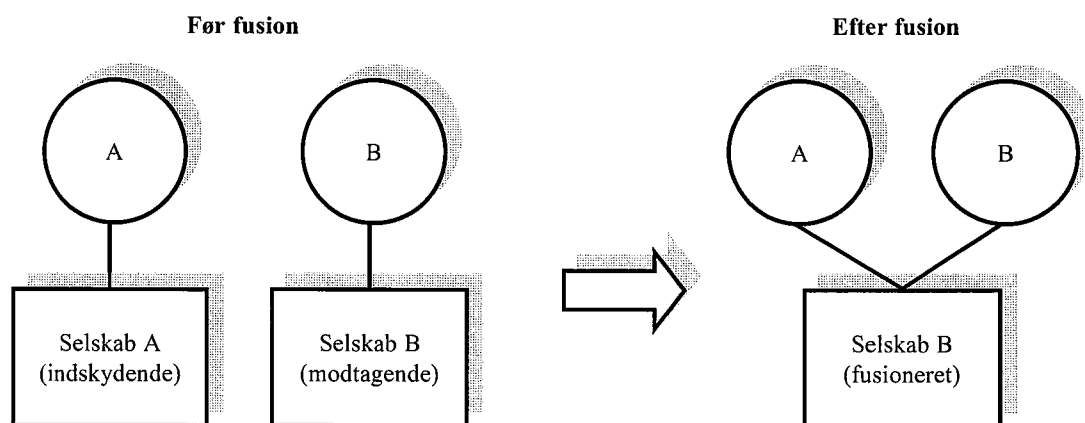
7.1. DEFINITION AF FUSION

Den selskabsretlige definition af fusioner fremgår af selskabslovens § 236:

”Et kapitalselskab kan efter bestemmelserne i dette kapitel opløses uden likvidation ved overdragelse af kapitalselskabets aktiver og forpligtelser som helhed til et andet kapitalselskab mod vederlag til de ophørende kapitalselskabers kapitalejere, dvs. uegentlig fusion. Det samme gælder, når to eller flere kapitalselskaber sammensmeltes til et nyt kapitalselskab, dvs. egentlig fusion.”

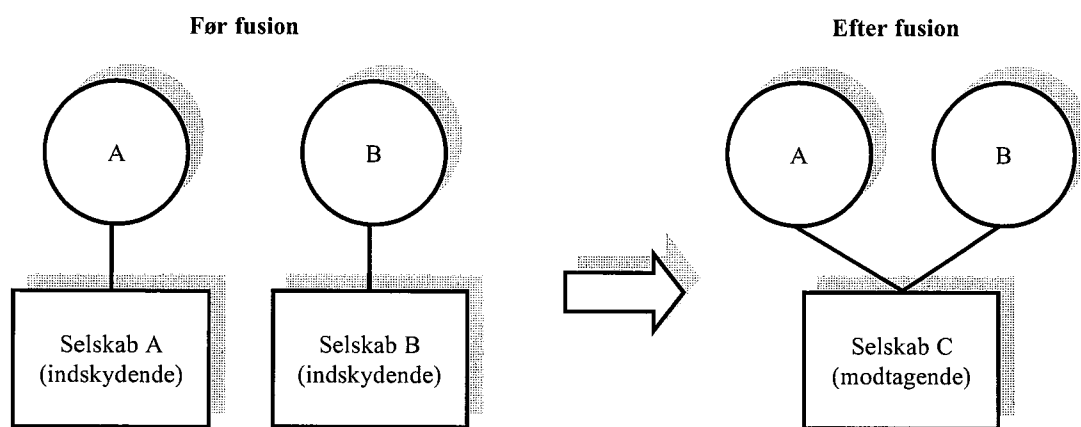
Heraf fremgår det, at der findes to former for fusioner: En uegentlig fusion (absorption) og en egentlig fusion (kombination).

I en uegentlig fusion opløses et selskab uden likvidation, ved at overdrage dets aktiver og forpligtelser som helhed til et andet selskab mod at det indskydende selskabs ejere modtager kapitalandele i det modtagende selskab. Det er således kendetegnende for den uegentlige fusion, at kun ét selskab ophører. Den uegentlige fusion kan illustreres i følgende figur:



Figur 5: Uegentlig fusion

I en egentlig fusion opløses begge selskaber ved at overdrage deres aktiver og forpligtelser som helhed til et nyt selskab mod at de indskydende selskabers ejere modtager kapitalandele i det modtagende (nye) selskab. Det er således kendetegnende for den egentlige fusion, at begge selskaber ophører. Den egentlige fusion kan illustreres i følgende figur:



Figur 6: Egentlig fusion

I fusionsdirektivet fra 2009 artikel 2 defineres en fusion som følger:

"a) »fusion«: den transaktion, hvorved:

- i) et eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et andet, eksisterende selskab ved, at de tildeler deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det andet selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 % af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi
- ii) to eller flere selskaber som følge af og samtidig med deres opløsning uden likvidation overfører deres samlede aktiver og passiver til et selskab, som de opretter ved at tildele deres selskabsdeltagere aktier eller anparter i det nye selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 % af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi
- iii) et selskab som følge af og samtidig med sin opløsning uden likvidation overfører sine samlede aktiver og passiver til det selskab, som sidder inde med samtlige aktier eller anparter i dets kapital"

Fusionsskattelovens definition af en fusion fremgår af FUSL § 1 stk. 3 og lyder således:

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

Ved at sammenligne de tre definitioner på en fusion står det klart at på trods af forskellige formuleringer, så er der overensstemmelser mellem de tre definitioners betydning. Det skal dog bemærkes at fusionsdirektivets krav om, at den kontante udligningssum maksimalt må udgøre 10 %, blev ophævet i fusionsskatteloven ved Lov nr. 313 af 21. maj 2002.

Begrebet fusion er dog ikke entydigt, idet der findes forskellige former for fusioner. Der skelnes således mellem lodrette, omvendt lodrette og vandrette fusioner. En lodret fusion er en fusion

mellem et moderselskab og et datterselskab, hvor datterselskabet er det indskydende selskab, mens moderselskabet er det modtagende selskab. I en omvendt lodret fusion er det derimod moderselskabet, der er det indskydende selskab, mens datterselskabet er det modtagende selskab. Slutteligt taler man om en vandret fusion, når to eller flere ligestillede selskaber – f.eks. to datterselskaber med fælles moderselskab – fusionerer.¹⁹

Endelig er der valget mellem at foretage skattepligtige og skattefrie fusioner. Valget mellem en skattepligtig og skattefri fusion synes umiddelbart let, idet skattefrit umiddelbart altid må være at foretrække frem for skattepligtigt. Men som det vil fremgå nedenfor, er valget ikke altid givet, da det beror på en vurdering af selskabernes konkrete forhold. Samtidig skal man huske på, at selvom det kaldes ”skattefrit”, så er der i realiteten tale om ”skatteudskydelse”, hvorfor skatten vil falde på et eller andet tidspunkt pga. successionen.

Uanset hvilken omstrukturering der er tale om, er det vigtigt at have fokus på de skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab, det modtagende selskab og aktionærerne, hvorfor denne opdeling vil blive anvendt i redegørelserne nedenfor.

7.2. SKATTEPLIGTIG FUSION

Ved en skattepligtig fusion er der en forskel på det selskabsretlige og det skatteretlige fusionsbegreb. Forskellen består i at selskabsretligt ophører det indskydende selskab uden likvidation, mens der skatteretligt skal ske likvidationsbeskatning af det indskydende selskab, jf. SEL § 5.

7.2.1. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB

En skattepligtig fusion er et udtryk for, at et selskabs aktiver og passiver overdrages til et andet selskab, hvorefter det indskydende selskab opløses. Som nævnt ovenfor medfører det likvidationsbeskatning, hvor den skattepligtige indkomst skal opgøres for det indskydende selskab. Denne indkomstopgørelse foretages efter de sædvanlige regler for opgørelse af skattepligtig indkomst for selskaber, jf. SEL § 8, under hensyntagen til, at udgifter der direkte er knyttet til likvidationen ikke kan fradrages, idet der ikke er tale om udgifter, der skal erhverve, sikre eller vedligeholde indkomsten efter SL § 6.

Skatteretligt betragtes overdragelsen af det indskydende selskabs aktiver og passiver til det modtagende selskab som et almindeligt køb og salg, hvor afståelsessummerne fastsættes til handelsværdierne. Konkret vil det medføre, at et indskydende selskab, der ejer en ejendom, skal

¹⁹ Werlauff, Erik (2010^b): s. 694

opgøre avancen eller tabet efter ejendomsbeskatningsloven (EBL) med udgangspunkt i ejendommens handelsværdi. Ved en omvendt lodret fusion, skal det indskydende selskab (moderselskabet) opgøre gevinst/tab på aktierne i det modtagende selskab (datterselskabet) efter ABL. Opgørelsen af den skattepligtige indkomst for det afsluttende indkomstår skal indsendes til SKAT senest en måned efter beslutningen om opløsning af selskabet på den afsluttende generalforsamling, jf. SEL § 5, stk. 3.

Ved skattepligtige fusioner mellem ikke-sambeskattede selskaber er det vigtigt, at have overblik over uudnyttede underskud efter LL § 15. Det skyldes, at underskud i det indskydende selskab opstået før fusionsdatoen bortfalder ved den afsluttende ansættelse, mens underskud opstået efter fusionsdatoen anses for at være genereret af det modtagende selskab, der herefter kan anvende det efter LL § 15. Dermed er det fusionsdatoen, der er afgørende for opgørelsen af det fremførselsberettigede underskud i det indskydende selskab, jf. afsnit 7.2.4. om fusionsdatoens fastsættelse. Samtidig skal man være opmærksom på, at ved egentlige fusioner er begge eksisterende selskaber indskydende selskaber, og dermed vil de begge miste eventuelle underskud opstået før fusionsdatoen i forbindelse med fusionen. Men uanset om der er tale om en egentlig eller en uegentlig fusion, vil eventuelle underskud hos det indskydende selskab kunne anvendes, såfremt der er avancer på de som følge af fusionen afhændede aktiver og dermed nedbringe den skattepligtige indkomst.²⁰ Det er dog alligevel vigtigt, at tage hensyn til underskuddene, når det skal afgøres hvilket selskab, der skal være indskydende henholdsvis modtagende selskab, da det ikke er sikkert, at hele underskuddet kan anvendes til at eliminere eventuelle avancer.

I de tilfælde, hvor to sambeskattede selskaber fusionerer, er reglerne anderledes, jf. TFS. 2009.491. Ved en uegentlig fusion mellem sambeskattede selskaber anses det indskydende selskab stadig for likvideret, og i den forbindelse skal der opgøres avancer og tab på aktiver og passiver, men der skal ikke ske en afsluttende ansættelse. Det medfører, at uudnyttede underskud i det indskydende selskab fra indeværende eller tidligere år under sambeskatningen, kan anvendes efter de almindelige regler – dog kun i fusionsåret. Skatterådet bekræftede således i TFS 2007.325, at det modtagende selskab kunne anvende underskud i det indskydende selskab, da de tilhørte samme sambeskatningskreds. Muligheden for at udnytte det indskydende selskabs underskud i det modtagende selskab i tilfælde af sambeskatning gælder dog kun i fusionsåret, idet underskuddene herefter bortfalder, og dermed kan de ikke anvendes i efterfølgende indkomstår, da det indskydende selskab ikke længere indgår i sambeskatningen, jf. SEL § 31, stk. 2.

²⁰ Werlauff, Erik (2010^a): s. 447-448

Ved en egentlig fusion mellem to sambeskattede selskaber, indtræder det nye selskab i sambeskatningen. Men da det nye selskab er et resultat af aktiver og passiver fra sambeskatningskredsen, kan fusionen gennemføres med skattemæssig virkning fra indkomstårets start, jf. SEL § 8A, stk. 2 og § 31, stk. 3. Det betyder, at underskud genereret af de indskydende selskaber i indkomståret, kan anvendes af det modtagende selskab og øvrige sambeskattede selskaber i både fusionsåret og de efterfølgende år. Derimod bortfalder underskud genereret af de indskydende selskaber i årene forud for fusionsåret, hvis de ikke anvendes i selve fusionsåret. Ved en egentlig fusion kan underskud fra før den skattemæssige fusionsdato i de ikke-fusionerende selskaber i sambeskatningen ikke modregnes i positiv indkomst efter fusionen i det nystiftede selskab. Det skyldes, at der etableres en ny sambeskatningskreds mellem det nystiftede selskab og de øvrige selskaber i den tidligere sambeskatning ved fusionen. Underskud fra før fusionen i de ikke-fusionerende selskaber kan dog fortsat udnyttes mellem disse selskaber, jf. SEL § 31, stk. 2.

Såfremt det er to moderselskaber, der fusioneres kompliceres forholdene yderligere, idet fusionen medfører, at der dannes en ny sambeskatningskreds mellem det indskydende selskabs sambeskatningskreds og det modtagende selskabs sambeskatningskreds. Underskud opstået efter fusionen vil fremadrettet kunne anvendes på tværs af de to sambeskatningskredse, mens underskud fra før fusionen ikke kan udnyttes i den nye sambeskatningskreds, jf. SEL § 31, stk. 2. Underskuddene fra før fusionen er dog ikke tabt, idet de kan udnyttes af de selskaber, der indgik i samme sambeskatningskreds før fusionen.

7.2.2. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB

Konsekvenserne ved en skattepligtig fusion vedrører hovedsageligt det indskydende selskab, og de underskud der eventuel måtte være heri. I det modtagende selskab sker der som udgangspunkt ikke andet end, at selskabet overtager de indskudte aktiver (evt. inkl. goodwill) og passiver til handelsværdi, som om de havde anskaffet dem ved et almindeligt køb. Vederlaget for de enkelte aktiver vil således udgøre det modtagende selskabs afskrivningsgrundlag og anskaffelsessum, under forudsætning af, at der rent faktisk er sket overdragelse til handelsværdi. Er det ikke tilfældet, at overdragelsen er sket til handelsværdi kan SKAT foretage korrigerende værdiansættelse, jf. LVE.I.4.1.3.1.

En fordel ved en skattepligtig fusion frem for en skattefri fusion er, at eventuelle fremførselsberettigede underskud i det modtagende selskab, kan anvendes som om intet var hændt efter fusionen iht. LL § 15. Det er ikke tilfældet ved skattefrie fusioner, hvor underskuddet som udgangspunkt vil bortfalde, jf. afsnit 7.3. Muligheden for at fremføre underskud ved skattepligtige

fusioner kan dog blive begrænset eller helt bortfalde, såfremt der ved fusionen sker en majoritetsovertagelse, jf. LL § 15, stk. 7 samt forrige afsnit.

7.2.3. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE

Hvad angår aktionærernes skattemæssige stilling ved en skattepligtig fusion, afhænger den af, hvorvidt der er tale om aktionærer i det indskydende henholdsvis modtagende selskab. Aktionærerne i det indskydende selskabs anses som udgangspunkt for at have afstået deres aktier på tidspunktet for generalforsamlingens vedtagelse af fusionen. Vederlaget til aktionærerne i det modtagende selskab kan både være kapitalandele og kontanter, og vederlaget svarer til det likvidationsprovenu der opstår som følge af det modtagende selskabs ophør. Gevinster og tab beskattes efter reglerne i ABL, hvorfor der kan være forskel på, om aktionæren er en fysisk person eller et selskab. Erhvervelsen af kapitalandelene i det modtagende selskab anses for at være sket på tidspunktet for generalforsamlingen for fusionens vedtagelse og anskaffelsessummen svarer til værdien af de tildelte kapitalandele i det modtagende selskab.

I de tilfælde hvor en skattepligtig fusion sker med tilbagevirkende kraft anses aktiverne og passiverne i det indskydende selskab for overdraget til værdierne pr. skæringsdatoen, jf. SEL § 8A, stk. 2 og afsnit 7.2.4. Det betyder i relation til aktionærerne i det indskudte selskab, at afståelsessummen for aktierne i det indskydende selskab og anskaffelsessummen for aktierne i det modtagende selskab, ligeledes afspejler værdierne pr. skæringsdatoen.

Aktionærerne i det modtagende selskab beskattes ikke, da de ikke anses for at have afstået deres kapitalandele. I stedet reguleres deres ejerandele i det modtagende selskab i forhold til værdien af det indskydende selskab. Jo større det indskydende selskab er, desto mindre bliver det modtagende selskabs aktionærers ejerandel og omvendt. Men ejerandelen kan eventuelt forskydes ved kontant afregning.

7.2.4. FUSIONS DATOEN

Som det fremgår af ovenstående er fusionsdatoen ikke uden betydning, da den afgør skæringen for opgørelsen af den skattepligtige indkomst i det indskydende selskab. Den skattemæssige virkning af fusionen er som udgangspunkt vedtagelsen for fusionens gennemførelse i alle de deltagende selskaber, jf. SEL § 8A, stk. 1., hvilket er i overensstemmelse med skatterettens princip om, at de skattemæssige konsekvenser ved overdragelse indtræder på tidspunktet for aftalens indgåelse. Man kan dog også vælge, at fusionen skal tillægges skattemæssig virkning fra datoen for den udarbejdede åbningsbalance i det modtagende selskab, hvis datoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Det kan dog kun lade sig gøre, såfremt

der ikke etableres eller ophører en koncernforbindelse som defineret i SEL § 31 C. Det følger nemlig af SEL § 8 A, stk. 2, at fusionsdatoen ikke kan ligge før, koncernforbindelsen blev etableret eller afbrudt, idet der for sådan et selskab skal laves en delopgørelse efter SEL § 31, stk. 3. Det er ikke en betingelse at de fusionerende selskaber, skal have samme fusionsdato, idet fusionen kan tillægges tilbagevirkende kraft for det modtagende selskab, såfremt fusionsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår, jf. SEL § 31, stk. 3. Ved at anvende undtagelsesbestemmelsen om fusionsdatoen i SEL § 8 A, stk. 2., har man mulighed for at anvende værdiansættelsen på skæringsdagen frem for på vedtagelsesdagen. Sammenholdt med at indtægter og udgifter anses for oppebåret af det modtagende selskab fra skæringsdatoen, kan det afhængigt af situationen medføre skattemæssige fordele.

7.3 SKATTEFRI FUSION

Alternativet til en skattepligtig fusion er en skattefri fusion. Med vedtagelsen af Lov nr. 343 af 18. april 2007 skal og kan der ikke længere opnås tilladelse til en skattefri fusion, der har fusionsdato den 1. januar 2007 eller senere. I stedet skal selskaber, der ønsker at foretage en skattefri fusion opfylde en række objektive krav, der beskrives nærmere nedenfor. Konsekvensen af ikke at opfylde de objektive betingelser er, at fusionen bliver gjort skattepligtig med deraf afståelses- og ophørsbeskatning af indskydende selskab til følge. Efter lovens vedtagelse har SKAT afvist, at behandle ansøgninger om tilladelse til skattefri fusion, idet der ikke længere er hjemmel til at give en sådan tilladelse, jf. SKM 2007.272 SKAT. Den manglende mulighed for at ansøge om tilladelse til skattefri fusion er et særkende ved fusioner, idet der stadig kan søges om tilladelse ved skattefri aktieombytning, spaltning eller tilførsel af aktiver, jf. nedenstående kapitler. Betingelserne for at gennemføre en skattefri fusion fremgår af FUSL kapitel 1, der bliver behandlet i det følgende.

7.3.1. FUSIONSSKATTELOVENS ANVENDELSESOMRÅDE

De selskaber, der har mulighed for at foretage en skattefri fusion fremgår af FUSL § 1 stk. 1., og omfatter bl.a. aktie- og anpartsselskaber, aktieselskabslignende selskaber som beskrevet i SEL § 1, stk. 1, nr. 2, udenlandske selskaber, der skal fusioneres med danske selskaber samt andre selskaber såsom kommanditselskaber. Det er kendetegnende for de selskaber, der kan foretage skattefrie fusioner, at der er tale om selvstændige skattesubjekter, ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser og deltagerne fordeler overskuddet i forhold til deltagernes indskudte kapital i selskabet. For en fuldstændig oversigt over mulige fusionskombinationer henvises til Den juridiske vejledning 2011-2, C.D.5.2.2.

7.3.2. VEDERLAGET

Kravene til vederlaget til det indskydende selskabs aktionærer fremgår af FUSL § 2, stk. 1. Det er således en betingelse for at foretage skattefrie fusioner, at deltagerne i det indskydende selskab skal

vederlægges med aktier eller anparter i det modtagende selskab og eventuelt en kontant udligningssum. Tidligere var det en betingelse, at den kontante udligningssum maksimalt måtte udgøre 10 % af den pålydende værdi af de udleverede værdipapirer, men denne regel blev ophævet i FUSL ved Lov nr. 313 af 21. maj 2002. Det har medført, at i dag kan sammensætningen af vederlaget ved en skattefri fusion vælges frit, dog under den betingelse at mindst én aktionær vederlægges med mindst én aktie. Dermed kan visse aktionærer vederlægges alene med kontanter.

Kravet i FUSL § 2, stk. 1 finder ikke anvendelse på den del af kapitalandelene i det indskydende selskab, der besiddes af det modtagende selskab, jf. FUSL § 2, stk. 2. Aktierne der vederlægges kan enten være nyudstedte aktier eller det modtagende selskabs egne aktier.

Ved lodrette fusioner, hvor datterselskabet er det indskydende selskab, og moderselskabet er det modtagende selskab, overdrager datterselskabet alle sine aktiver og passiver til moderselskabet, som derefter annullerer datterselskabets aktier.

Ved omvendte lodrette fusioner, hvor moderselskabet er det indskydende selskab og datterselskabet er det modtagende selskab, overdrager moderselskabet alle sine aktiver og passiver til datterselskabet, hvorefter moderselskabet ophører. Dermed kommer datterselskabet til at besidde egne aktier, som herefter bruges som vederlæggelse til moderselskabs aktionærer. En eventuel "restvederlæggelse" kan ske med nyudstedte aktier i datterselskabet.

Ombytningsforholdet skal fastsættes ud fra de fusionerende selskabers handelsværdier på tidspunktet for den skattemæssige fusionsdato, og der må ikke i forbindelse med fusionen ske en formueforskydning mellem selskabsdeltagerne. Ved en eventuel formueforskydning vil der ske beskatning af selskabsdeltagerne ud fra en udlodnings- eller gavebetragtning, og det vil samtidig have den negative konsekvens, at fusionen vil blive skattepligtig, idet den ikke anses for omfattet af FUSL. Det kan derfor anbefales at indhente bindende svar om ombytningsforholdet i forbindelse med fusionen, således at man sikrer, at f.eks. en ejendom indgår med den korrekte værdi.

7.3.3. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB

I modsætning til en skattepligtig fusion, skal der ved en skattefri fusion ikke ske likvidationsbeskatning af det indskydende selskab. Det skyldes successionsreglerne i FUSL § 8, stk. 1-4. I stedet skal der for det indskydende selskab foretages en ordinær skatteansættelse for perioden fra udløbet af det regnskabsår, der ligger til grund for det indskydende selskabs sidste ordinære

skatteansættelse og indtil fusionsdatoen, jf. FUSL § 7 stk. 1. Det modtagende selskab skal stå for selvangivelsen og hæftelsen for den pågældende periode, jf. FUSL § 7 stk. 2.

I de tilfælde hvor det indskydende selskab har bagudforskudt indkomstår og fusionsdatoen ligger efter indkomstårets udløb men inden kalenderårets udløb, udgør det sidste indkomstår hele perioden fra indkomstårets begyndelse og indtil fusionsdatoen. Ved et indkomstår der begynder den 2. april og slutter den 1. april året efter, kan der således opstå en indkomstperiode på op til 21 måneder f.eks. fra den 2. april 2011 til den 31. december 2012.

Med virkning fra indkomståret 2010 skal, fortjeneste og tab på aktier, som det indskydende selskab ejer i det modtagende selskab, og som ved fusionen bliver annulleret eller bliver til egne aktier i det modtagende selskab ved dette selskabs overtagelse af aktiver og passiver fra det indskydende selskab, ikke medregnes ved indkomstopgørelsen, hvis det indskydende selskab ejer 10 % eller mere af kapitalen i det modtagende selskab, jf. FUSL § 10, stk. 2. Dette er et resultat af Lovforslag 84 2010/2011-1 og skal sikre, at beskatningen af porteføljeaktier i det indskydende selskab ikke omgås ved, at selskaberne i stedet for en lodret fusion anvender reglerne om omvendt lodret fusion. I en sådan situation ville det modtagende selskab erhverve egne aktier og dermed undgå beskatning, idet gevinst og tab på egne aktier ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 10 samt næste afsnit.

7.3.4. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB

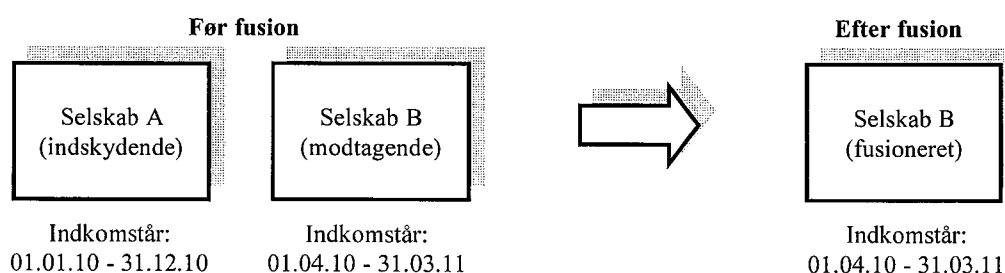
Det karakteristiske ved skattefrie fusioner er, at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling. Dette følger af FUSL § 8. Den praktiske betydning heraf er, at i det modtagende selskab behandles det indskydende selskabs aktiver og passiver, som var de anskaffet på samme tid, til samme anskaffelsessum og med samme hensigt, som var de anskaffet af det indskydende selskab. Man skal dog være opmærksom på, at det modtagende selskabs forhold kan medføre, at hensigten med anskaffelsen ændres, således at der sker beskatning på baggrund af det modtagende selskabs forhold, jf. FUSL § 8, stk. 2. Det kan være et aktiv, der er anskaffet i det indskydende selskab uden at hensigten var spekulation eller næring, men hvor det modtagende selskab netop bedriver spekulation eller næring med et tilsvarende aktiv eksempelvis en bygning. I den situation kan aktivet blive beskattet ud fra en spekulations- eller næringshensigt, når det overdrages til det modtagende selskab.

På trods af at der sker skattemæssig succession ved en skattefri fusion mellem to selskaber, er der ingen hjemmel i FUSL's generelle successionsbestemmelser til, at det modtagende selskab kan

succedere i det indskydende selskabs skattemæssige underskud. I stedet fremgår det FUSL § 8, stk. 6, at hovedreglen er, at der ikke kan ske skattemæssig succession i det indskydende selskabs underskud, med mindre de fusionerede selskaber har været sambeskattet, jf. FUSL § 8, stk. 6:

Foreligger der ved fusionen i et af selskaberne underskud fra tidligere år, kan dette underskud uanset bestemmelsen i ligningslovens § 15 ikke bringes til fradrag ved det modtagende selskabs indkomstopgørelse. Ved fusion mellem sambeskattede selskaber kan det underskud, der er opstået, mens selskaberne har været sambeskattet, bringes til fradrag. (FUSL § 8, stk. 6)

Dermed sikres det, at overskudsgivende selskaber ikke opnår skattemæssige fordele ved at fusionere skattefrit med underskudsbærende selskaber. I relation til FUSL § 8, stk. 6, er det samtidig værd at bemærke formuleringen ”tidligere år”. En fortolkning af ordlyden fører således til, at underskud opstået i selve fusionsåret i såvel det indskydende selskabs som i det modtagende selskab, kan avendes i det modtagende selskabs fremtidige positive indkomst. Det giver umiddelbart ingen problemer, hvis de fusionerende selskaber har samme indkomstår, da det fremgår af FUSL § 5, at det en betingelse for at foretage en skattefri fusion, at fusionsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. I en sådan situation refererer ”tidligere år” til indkomstår før fusionsdatoen.²¹ Men der kan opstå en problemstilling i den situation, hvor to selskaber ønsker fusioneret selvom de har forskellige indkomstår. Dette er illustreret i nedenstående figur, hvor fusionsdatoen i denne situation vil blive den 01.04.2010, jf. FUSL § 5, stk. 1. Ved alene at se på FUSL 8, stk. 6 og formuleringen ”tidligere år” fører det til, at underskud i det indskydende selskab fra indkomståret 2009 og tidligere ikke kan anvendes af det modtagende selskab, mens underskud for perioden den 01.01.10 – 31.03.10 kan anvendes, da det er opstået i indkomståret 2010. Det er dog forkert, da det følger af FUSL § 7, at der skal ske en selvstændig skatteansættelse af det indskydende selskab fra tidspunktet for sidste skatteansættelse og frem til fusionsdatoen. Dermed kan det modtagende selskab alene anvende underskud opstået efter fusionsdatoen, idet de anses for oppebåret af det modtagende selskab selv.



Figur 7: Fusion mellem to selskaber med forskellige indkomstår (SKM 2009.503)

²¹ SKM 2009.503

I det tilfælde hvor det modtagende selskab, har en beholdning af egne aktier og anvender disse som betaling i forbindelse med fusionen, udløses der ikke beskatning hos det modtagende selskab, idet der ved Lov nr. 525 af 12. juni 2009 blev indført en ny ABL § 10, hvorefter gevinst og tab på egne aktier ikke medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Lovændringen havde virkning fra og med indkomståret 2010. Forud for indkomståret 2010 ville en sådan transaktion som udgangspunkt medføre beskatning, da selskaber efter dagældende regler var skattepligtige af aktieavancer ved salg af aktier efter mindre end 3 års ejertid. Der var dog den undtagelse, at reglen ikke gjaldt i den særlige situation, hvor det modtagende selskabs "betaling" med egne aktier skete til det modtagende selskabs hidtidige selskabsdeltagere i samme forhold, som disse i forvejen ejede aktier i det modtagende selskab forud for fusionen. I sidstnævnte situation blev det modtagende selskabs afståelse af egne aktier sidestillet med aktieemission, altså nytegning af aktier og var derfor skattefri. Det var således tilfældet i SKM 2009.227 SR, hvor der gennemførtes en lodret omvendt fusion. Under henvisning til SKM 2007.555 SR bekræftede Skatterådet, at aktionæren i det indskudte selskab på vedtagelsestidspunktet blev aktionær i det modtagende selskab. Rådet fandt ikke at der var grundlag for i reglerne om skattefri fusion at indfortolke en sondring imellem, om vederlæggelsen til det indskydende selskabs aktionær betragtes som en overdragelse af egne aktier eller som nytegning af aktier. Det modtagende selskab blev således ikke skattepligtigt af vederlæggelsen med egne aktier.

Med virkning af fra indkomståret 2010, skal det modtagende selskab ikke medregne gevinst og tab på aktier i det indskydende selskab, hvis det modtagende selskab ejer 10 % eller mere af kapitalen i det indskydende selskab. Dette medfører således at ved besiddelser på mindre end 10 %, skal der ske beskatning som ved afståelse af porteføljeaktier.

7.3.5. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE

Som det fremgik af afsnit 7.3.2. kan der ved skattefri fusion frit vælges, hvordan vederlaget skal erlægges i form af aktier eller kontanter. Dog med det forbehold, at der altid skal erlægges mindst én aktie. En skattefri fusions konsekvenser for aktionæren bestemmes i FUSL §§ 9-11 og afhænger af vederlagets sammensætning. Successionsprincippet finder kun anvendelse i det omfang vedlæggelsen sker i form af aktier i det modtagende selskab, jf. FUSL § 11. Det medfører, at de modtagne aktier behandles som var de modtaget på samme tidspunkt, for samme anskaffelsessum og samme anskaffelseshensigt som de afleverede aktier. Var de afleverede aktier således erhvervet som led i aktionærens næringsvej, vil de modtagne aktier ligeledes blive betragtet som anskaffet som led i aktionærens næringsvej.

De aktier i det indskydende selskab, der vederlægges med andet end aktier i det modtagende selskab, anses for afhændet til tredjemand, hvilket medfører at der skal ske beskatning efter ABL, jf. FUSL § 9. Afståelsen anses for sket til kursen på fusionsdatoen, og i de tilfælde hvor der sker vederlæggelse dels med aktier og dels med en kontant udligningssum, og aktierne i det indskydende selskab er erhvervet på forskellige tidspunkter, skal de tidligst erhvervede aktier i det indskydende selskab anses for afhændet. Små differencebeløb, der er mindre end kursværdien af hver af de aktier, der modtages fra det modtagende selskab, behandles efter udbyttereglerne i LL § 16A, stk. 1. Se ABL § 2, stk. 4.

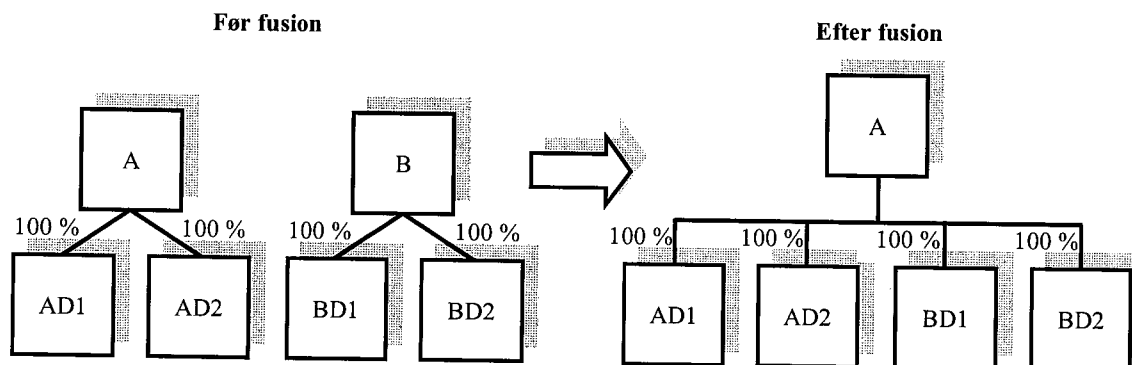
I relation til beskatning af aktionæren i det indskydende selskab henvises i øvrigt til redegørelsen af Hans Markus Kofoed-sagen ovenfor, hvorefter en udbytteudlodning i det modtagende selskab umiddelbart efter fusionsdatoen, kun kan omkvalificeres som kontant vederlæggelse, såfremt udlodningen er en del af aftalegrundlaget for fusionen.

7.3.6. FUSIONS DATOEN

Ifølge FUSL § 5 er fusionsdatoen lig med skæringsdatoen for den i forbindelse med fusionen udarbejdede åbningsbalance for det modtagende selskab. Hovedreglen er således, at det er en betingelse for at anvende FUSL, at fusionsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for åbningsbalancen. Hovedreglen fraviges dog i FUSL § 5, stk. 2 og 3 og SEL § 31, stk. 3, 6. pkt., hvis det modtagende selskab er et skuffeselskab, eller hvis der sker ændring i koncern/sambeskatningsforhold. Hvis det modtagende selskab er et skuffeselskab kan første regnskabsperiode løbe fra stiftelsen, når regnskabsperioden slutter 12 måneder efter fusionsdatoen og perioden ikke overstiger 18 måneder. Det medfører, at et skuffeselskab, der er stiftet før den ønskede fusionsdato, kan være modtagende selskab i en fusion, uden først at omlægge selskabets regnskabsår. I de fusioner, hvor der sker ophør eller etablering af koncernforbindelse, anvendes tidspunktet for ophøret henholdsvis etableringen af koncernforbindelsen som skattemæssig fusionsdato for selskabet, jf. SEL § 31, stk. 3. Ved omstruktureringer vil det afgørende tidspunkt for etablering eller ophør normalt være tidspunktet for generalforsamlingens endelige vedtagelse af omstruktureringen. I begge undtagelsestilfælde kræves det ikke, at de fusionerende selskaber har samme skattemæssige fusionsdato. Der er dog indført en undtagelse til reglerne om fusionsdato ved ophør eller etablering af koncernforhold. I det tilfælde hvor det modtagende selskab er et nystiftet selskab, og det ikke modtager aktiver eller passiver uden for koncernen, da kan fusionen tillægges retsmæssig virkning fra indkomstårets start, jf. SEL § 31 c, stk. 3, 7. pkt.

7.3.7. FUSION MELLEM TO ADMINISTRATIONSSKABER

Adgangen til underskudsanvendelse kompliceres yderligere, to administrationsselskaber med hver deres sambeskatningskreds fusioneres. Det kan illustreres med følgende figur:



Figur 8: Fusion mellem to administrationsselskaber

Inden fusionen eksisterer der to sambeskatningskredse. Den ene sambeskatningskreds består af A, AD1 og AD2, mens den anden sambeskatningskreds består af B, BD1 og BD2. Når fusionen gennemføres, opstår der en ny sambeskatningskreds bestående af A, AD1, AD2, BD1 og BD2. Denne nye sambeskatningskreds kan anvende underskud opstået efter fusionsdatoen på kryds og tværs af alle selskaberne. Derimod kan den nye sambeskatningskreds ikke anvendes underskud opstået før fusionsdatoen, da det følger af SEL § 31, stk. 2, 6. pkt., at alene underskud opstået, mens selskaberne har været sambeskattet, kan fratrækkes i sambeskatningsindkomsten. I stedet kan underskud fra før fusionsdatoen anvendes indenfor de to (gamle) subsambeskatningskredse, jf. SEL § 31, stk. 2, 8. pkt. Udover den nye samlede sambeskatningskreds, eksisterer der således også to subsambeskatningskredse, hvor den ene består af A, AD1 og AD2, og den anden består af BD1 og BD2, SEL § 31 C.

Det modtagende selskab afskæres fra at anvende sine egne underskud fra før fusionsdatoen som følge af FUSL § 8, stk. 6, 1. pkt. og den administrative praksis, jf. TFS 1991.269 LSR og TFS 1993.563. Underskud i det modtagende selskab fortabes dog ikke som følge af fusionen, idet underskuddet kan udnyttes af datterselskaberne i den gamle subsambeskatningskreds. Med udgangspunkt i ovenstående figur, betyder det, at AD1 og AD2 efter fusionen kan udnytte A's underskud fra før fusionsdatoen. Hvad angår underskud fra før fusionsdatoen i datterselskaberne AD1 og AD2, så kan de udnyttes af det modtagende selskab A iht. SEL § 31, stk. 2, 8. pkt. Det er dog uklart, hvorvidt det accepteres i praksis, da man bl.a. i TFS 1991.269 LSR og TFS 1993.563 har anset det modtagende selskab og dets datterselskaber for en samlet enhed ved anvendelse FUSL § 8, stk. 6, 1. pkt., hvilket har den virkning at det modtagende selskab ikke kan anvende underskud

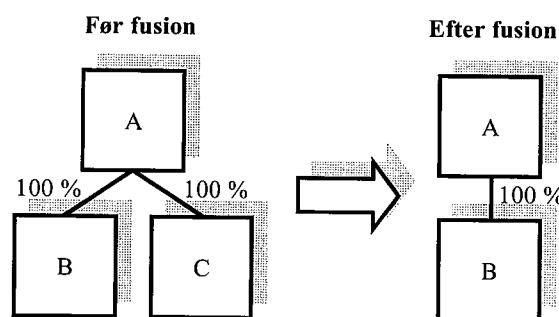
fra før fusionsdatoen i datterselskaberne.²² Underskuddene er dog ikke tabte, idet AD1 og AD2 foruden sit eget underskud kan anvende hinandens, jf. SEL § 31, stk. 2, 8. pkt.

Den skattemæssige virkning af fusionen for det indskydende selskabs vedkommende er som tidligere nævnt, at det indskydende selskab ophører. Dermed har det indskydende selskab ikke selv mulighed for at udnytte sine egne underskud fra før fusionsdatoen, jf. FUSL § 7. Men selv om selskabet ophører, er det samme ikke gældende for underskuddene, selvom det umiddelbart følger af SEL § 31, stk. 2, 8. pkt. Imidlertid har skatteministeriet i sin besvarelse af spørgsmål 117 i L 121 angivet, at underskud fra før fusionen i det indskydende selskab, kan anvendes af det indskydende selskabs datterselskaber på trods af, at det indskydende selskab ophører. Dermed kan BD1 og BD2 i figuren anvende underskud i B. Eftersom det modtagende selskab og det indskydende selskab aldrig har været sambeskattet, vil der naturligvis ikke være mulighed for, at det modtagende selskab kan have det indskydende selskabs underskud.

Underskud fra før fusionsdatoen i det indskydende selskabs datterselskaber kan kun anvendes af datterselskaberne indbyrdes, da det indskydende selskab er ophørt, og da de ikke var sambeskattet med de øvrige selskaber før fusionen, jf. SEL § 31, stk. 2., 8 pkt.

7.3.8. FUSION MELLEM TO SAMBESKATTEDE SELSKABER

En uegentlig fusion mellem to sambeskattede selskaber kan illustreres således, hvor C er det indskydende selskab og B det modtagende selskab:



Figur 9: Fusion mellem to sambeskattede selskaber

Det følger af FUSL § 8, stk. 6, 1. pkt., at der ikke kan ske skattemæssig succession i underskud, men da man fra lovgivers side ikke ønsker at stille sambeskattede selskaber ringere, end hvis selskaberne undlod at fusionere, er der indsat en undtagelse i FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt. Heraf fremgår det, at sambeskattede selskaber der fusionerer, kan anvende underskud, der er opstået, mens selskaber har været sambeskattet. For konsekvenserne ved en egentlig fusion, hvor B og C ophører,

²² Ramskov & Buur (2009): s. 117

mens et nyt selskab, D, opstår, henvises til SKM 2009.503, hvori det argumenteres for, at konsekvenserne vil være det samme, ud fra den samme betragtning om, at man fra lovgivers side ikke ønsker at stille sambeskattede selskaber ringere, end hvis selskaberne undlod at fusionere.

Det er dog ikke uden problemer at fusionere to sambeskattede selskaber, i de tilfælde hvor der er særunderskud. En ordlydsfortolkning af FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt., hvor af det fremgår, at *”kun underskud, der er opstået, mens selskaberne har været sambeskattet, bringes til fradrag...”*, medfører således, at særunderskud fortabes ved en fusion mellem sambeskattede selskaber.

7.4. DELKONKLUSION

En fusion kan både være en uegentlig fusion og en egentlig fusion. I en uegentlig fusion opløses et selskab uden likvidation, ved at overdrage dets aktiver og forpligtelser som helhed til et andet selskab mod at det indskydende selskabs ejere modtager kapitalandele i det modtagende selskab. Ved en egentlig fusion opløses begge selskaber ved at overdrage deres aktiver og forpligtelser som helhed til et nyt selskab, mod at de indskydende selskabers ejere modtager kapitalandele i det modtagende selskab.

Fusioner kan foretages enten som en skattepligtig fusion eller en skattefri fusion. Ved en skattepligtig fusion skal der ske likvidationsbeskatning af det indskydende selskab, som var der tale om ophør. Skatteretligt betragtes overdragelsen af det indskydende selskabs aktiver og passiver til det modtagende selskab som et almindeligt køb og salg, hvor afståelsessummerne fastsættes til handelsværdierne.

Uanset om den skattepligtige fusion er mellem sambeskattede selskaber eller ikke- sambeskattede selskaber, og uanset om der er tale om en egentlig eller en uegentlig fusion, er det vigtigt at have overblik over de uudnyttede underskud. Det skyldes, at adgangen til at anvende uudnyttede underskud fra før fusionsdatoen efter fusionens gennemførelse afhænger af, hvorvidt der er tale om en fusion mellem sambeskattede eller ikke-sambeskattede selskaber, og hvorvidt der er tale om en egentlig eller uegentlig fusion. Ved skattepligtige fusioner, skal man nøje overveje hvilket selskab, der skal være det modtagende selskab, for i modsætning til skattefrie fusioner mellem ikke-sambeskattede selskaber bortfalder underskuddene ikke i det modtagende selskab, og de kan således anvendes efterfølgende. Er det skattemæssige underskud derimod i det indskydende selskab, har en skattepligtig fusion den fordel at underskuddet kan anvendes til modregning i den skattepligtige avance ved fusionen. Derudover overføres underskud i det indskydende selskab indirekte til det modtagende selskab ved fusionen gennem et fremtidigt afskrivningsgrundlag svarende til

handelsværdien på de overførte aktiver og passiver. Den skattemæssige virkning af en skattepligtig fusion er som udgangspunkt vedtagelsen for fusionens gennemførelse i alle de deltagende selskaber. Under visse forudsætninger kan man dog også vælge at fusionen skal tillægges skattemæssig virkning fra datoen for den udarbejdede åbningsbalance i det modtagende selskab, hvis datoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Valget af fusionsdatoen er således ikke uden betydning, da det er værdiansættelsen på fusionsdatoen, der skal bruges ved opgørelsen af avancer og tab. Muligheden for at anvende uudnyttede underskud, samt muligheden for at vælge mellem fusionsdatoer, kan medføre, at en skattepligtig fusion nogle gange kan være at foretrække frem for en skattefri fusion på trods af, at aktionæren i det indskydende selskab afståelsesbeskattes i forbindelse med fusionen.

En skattefri fusion hviler på successionsprincippet, hvor det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs aktiver og passiver, og det indskydende selskabs aktionærer, anser de modtagne aktier for anskaffet på samme tidspunkt, til samme anskaffelsessum og med samme anskaffelseshensigt som de afleverede aktier. Successionsprincippet medfører således, at beskatningen udskydes. Dog vil aktionærerne i det indskydende selskab blive beskattet, i det omfang de betales med andet end aktier i det modtagende selskab, og der er samtidig et krav om, at mindst én aktionær skal vederlægges med mindst én aktie, for at fusionen kan gennemføres skattefrit. Hvad angår underskud fra før fusionsdatoen i såvel det indskydende som i det modtagende selskab, er udgangspunktet af de fortabes i forbindelse med fusionen. Der er dog undtagelser hertil, når et af de fusionerende selskaber tilhører en sambeskatningskreds. Eksempelvis fortabes uudnyttede underskud ikke, hvis de er opstået mens de fusionerende selskaber har været sambeskattet. Fusionsdatoen ved en skattefri fusion skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for åbningsbalancen i det modtagende selskab, med mindre det modtagende selskab er et skuffeselskab, eller hvis der sker ændring i koncern/sambeskatningsforhold.

8. SPALTNINGER

Dette afsnit vil redegøre for spaltninger i skattemæssig henseende ved dels at definere begrebet spaltninger og dels ved at redegøre for de skattemæssige regler for spaltninger. Afsnittet vil samtidig behandle udvalgte domme for at illustrere de skattemæssige reglers anvendelse i praksis for derigennem at udvikle en bedre forståelse for de muligheder, problemstillinger, konsekvenser og løsninger, der knytter sig til spaltninger.

8.1 DEFINITION AF SPALTNING

Reglerne for at fortage skattefrie spaltninger fremgår af FUSL's kapitel 4, og spaltninger defineres i FUSL § 15 b, stk. 2. således:

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

Denne definition harmonerer med definitionen i selskabsloven § 254:

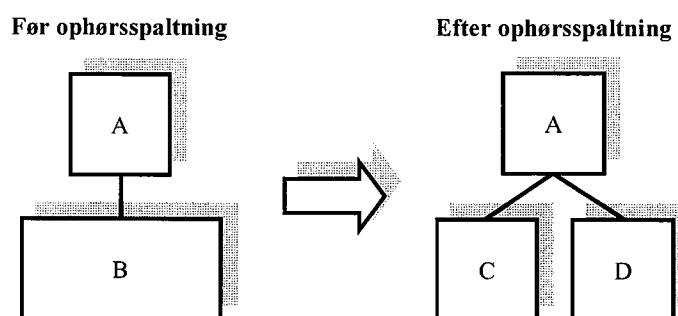
"Ved spaltningen overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nystiftede aktie- eller anpartsselskaber mod vederlag til det indskydende kapitalsselskabs kapitalejere."

I fusionsdirektivet fra 2009 artikel 2 defineres en spaltning som følger:

"b) »spaltning«: den transaktion, hvorved et selskab som følge af og samtidig med sin opløsning uden likvidation overfører sine samlede aktiver og passiver til to eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i henhold til en pro rata regel at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter i de modtagende selskaber og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 % af disse værdipapirers pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi"

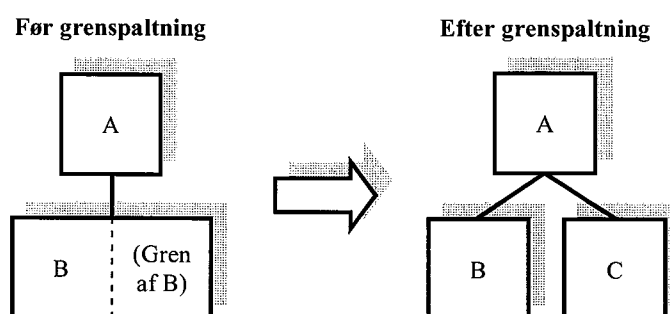
c) »partiel spaltning«: den transaktion, hvorved et selskab uden at blive opløst overfører en eller flere grene af virksomheden til et eller flere eksisterende eller nye selskaber, idet dog mindst én virksomhedsgren forbliver i det indskydende selskab, ved i henhold til en pro rata-regel at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter i de modtagende selskaber, og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 % af disse værdipapirers pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, deres bogførte værdi"

Det fremgår af definitionerne, at selvom de afviger fra hinanden i formuleringen, så er der ikke uoverensstemmelser definitionerne imellem. I dette speciale vil terminologierne ophørsspaltning og grenspaltning blive anvendt, hvor førstnævnte er lig med fusionsdirektivets artikel 2 b, og sidstnævnte er lig med fusionsdirektivets artikel 2 c. En ophørsspaltning kan illustreres således:

**Figur 10:** Grenspaltning

Det fremgår af figuren at det indskydende selskab B, ophører i forbindelse med spaltningen, mens der i stedet opstår to modtagende selskaber i form af C og D. Ophørsspaltning kan både gennemføres skattepligtigt og skattefrit samt med og uden tilladelse fra SKAT. Dette gennemgås nærmere nedenfor.

Alternativet til en ophørsspaltning er en grenspaltning, der kan illustreres således:

**Figur 11:** Grenspaltning

Som ordet antyder modtager, det modtagende selskab en gren af det indskydende selskab, og det indskydende selskab fortsætter med at eksistere. I ovenstående figur indskydes en gren af selskab B, hvorved det modtagende selskab bliver selskab C. Den del af det indskydende selskab, der spaltes ud skal udgøre en selvstændig gren af virksomheden, jf. FUSL § 15 c, stk. 2, 2. pkt.:

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

Definitionen er i FUSL placeret i kapitlet om tilførsel af aktiver, men der henvises til bestemmelsen i FUSL § 15 a, stk. 3 i kapitlet om spaltninger, hvorfor der er stor lighed mellem grenspaltninger og tilførsel af aktiver. Forskellen består dog i hvem der bliver aktionær i det nye modtagende selskab. For en indgående behandling af grenkravet henvises til afsnit 9.2 i kapitlet om tilførsel af aktiver.

8.2. SKATTEPLIGTIG SPALTNING

En skattepligtig spaltning er et begreb, der er ”opfundet til lejligheden”, og da der som sådan ikke er noget specielt ved det, er der ikke nogen direkte regler på området. I stedet er der tale om en normal overdragelse af aktiver og passiver mellem to retssubjekter.²³ Konsekvenserne ved en skattepligtig spaltning gennemgås nedenfor, ligesom der redegøres for fordele og ulemper ved at foretage en skattepligtig spaltning frem for en skattefri spaltning.

8.2.1. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB

Da der ved spaltning er tale om en overdragelse af aktiver og passiver, skal der ved skattepligtig spaltning ske afståelsesbeskatning af de overdragede aktiver og passiver efter skattelovgivningens almindelige regler, jf. SEL § 8. Dermed er konsekvenserne i vid udstrækning som ved skattepligtige fusioner, jf. afsnit 6.2.1. Ved ophørsspaltning skal det indskydende selskab likvidationsbeskattes. Aktiver og passiver anses for overdraget til det modtagende selskab til handelsværdien på spaltningstidspunktet, og eventuelle uudnyttede underskud kan anvendes i likvidationsbeskatningen, hvorefter eventuelle resterende underskud bortfalder. Ved en grenspaltning vil uudnyttede underskud fortsat bestå til fremtidig anvendelse i det indskydende selskab.

Ved skattepligtig spaltning indenfor en sambeskatningskreds er det afgørende at skelne mellem en ophørsspaltning og en grenspaltning. Ved ophørsspaltning kan uudnyttede underskud anvendes i spaltningsåret af det indskydende selskab samt i den øvrige sambeskatningsindkomst. Uudnyttede underskud i det indskydende selskab vil herefter bortfalde. Såfremt der er underliggende koncernforbundne selskaber, vil deres mulighed for at udnytte hinandens underskud ikke berøres, da deres koncernforbindelse bibeholdes. I det tilfælde hvor subkoncernen ved spaltning etablerer koncernforbindelse med en anden koncern, opstår der subsambeskatning, jf. SEL § 31, stk. 2, 8 pkt. Underskud forud for subsambeskatningen kan således fortsat anvendes men kun inden for subkoncernen. Underskud efter subsambeskatningen kan anvendes af alle i den nye samlede koncern.

Ved en grenspaltning består det indskydende selskab som bekendt stadig, hvorfor underskud fra tidligere år fortsat kan anvendes af det indskydende selskab og i sambeskatningsindkomsten. I det tilfælde, hvor ”grenen” består af koncernforbundne selskaber, ophører koncernforbindelsen mellem det indskydende selskab og de selskaber som grenen udgør. Det medfører, at underskud ikke kan anvendes mellem det indskydende selskab og grenen af selskaber, da de ikke længere er

²³ Halling-Overgaard & Olesen (2010): s. 441

sambeskattet. Grenen af selskaber udgør i stedet en subkoncern, der kan anvende hinandens uudnyttede underskud fra tidligere år, jf. SEL § 31, stk. 2, 8 pkt.

Fordelen ved skattepligtig spaltning er som ovenstående viser, at muligheden for at udnytte underskud fortsat består, hvilket kan være årsagen til, at en skattepligtig spaltning er mere hensigtsmæssig end en skattefri spaltning, hvor underskuddene bortfalder, jf. afsnit 8.3. nedenfor.

8.2.2. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB

Det modtagende selskab erhverver i forbindelse med spaltningen aktiver og passiver fra det indskydende selskab. Disse aktiver og passiver får en anskaffelsessum og afskrivningsgrundlag svarende til handelsværdien på spaltningstidspunktet, og der kan herefter ske afskrivning efter afskrivningslovens (AL) almindelige regler.

Det modtagende selskab kan selvsagt ikke anvende uudnyttede underskud fra det indskydende selskab fra før spaltningsdatoen, hvad enten der er tale om ophørsspaltning eller grenspaltning i eller udenfor en sambeskatningskreds. Underskud opstået efter spaltningsdatoen anses for opbejlet af det modtagende selskab, hvad enten det er ophørsspaltning eller grenspaltning, og kan således anvendes af det modtagende selskab selv eller dets sambeskattede selskaber efter de almindelige regler, jf. SEL § 31, stk. 2.

8.2.3. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN

Konsekvenserne for aktionæren afhænger af om der er tale om ophørsspaltning eller grenspaltning. Ved ophørsspaltning skal aktionæren opgøre gevinst eller tab på aktierne, idet disse anses for afstået til handelsværdi. Et eventuelt kontant vederlag beskattes som udbytte, mens gevinsten eller tabet beskattes efter ABL's regler. Ved grenspaltning opgøres gevinsten eller tabet af de indskydende aktiver og passiver i forhold til handelsværdien, og aktionæren beskattes heraf ud fra en udbyttebetragtning efter ABL's regler. Det skal i den forbindelse bemærkes, at fortjeneste ved afståelse eller likvidation af datterselskabsaktier er skattefri, jf. ABL § 8, og at udbytte fra datterselskabsaktier kan modtages skattefrit, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2. Det medfører, at ved spaltning af datterselskaber, kan det være oplagt at lade spaltningen ske skattepligtigt, da det ikke medfører beskatning, og man undgår de værnsregler, som en skattefri spaltning kan medføre.

8.2.4. SPALTNINGSDATOEN

Den skattemæssige virkning af spaltningen er vedtagelsen for spaltningens gennemførelse i alle de deltagende selskaber. I modsætning til skattepligtig fusion, jf. SEL § 8 A, stk. 2., og skattepligtig tilførsel af aktiver, jf. SEL § 4, stk. 5, er det ikke muligt at gennemføre spaltningen med skattemæssig tilbagevirkende kraft.

8.3. SKATTEFRI SPALTNING

Med vedtagelsen af Lov nr. 219 af 3. april 1992 blev det muligt at foretage skattefrie spaltninger. Det var dog et krav, at der blev søgt om tilladelse hertil, eftersom det først blev muligt at foretage skattefrie spaltninger uden tilladelse med indførelsen af det objektive system ved Lov nr. 343 af 18. april 2007. Reglerne for skattefri spaltning fremgår af FUSL kapitel 4. De to måder at foretage skattefrie spaltninger på har hver deres fordele, ulemper og konsekvenser, hvilket der vil blive redegjort for nedenfor. Det er de samme selskaber, der har mulighed for at foretage skattefrie spaltninger, som har mulighed for at foretage skattefrie fusioner, hvorfor der henvises til gennemgangen i afsnit 6.3.1.

8.3.1. VEDERLAGET

Betingelsen for at kunne foretage en skattefri spaltning er, at aktionærerne vederlæggelse i samme forhold som hidtil, jf. FUSL § 15 A stk. 2, 1. pkt. Det betyder, at to aktionærer der ejer henholdsvis 30 og 70 procent af et selskab skal vederlægges i forholdet 30:100 og 70:100, men de vælger selv, om de ønsker at være aktionærer i det eller de modtagende selskaber. Det er således afgørende, at der ikke sker formueforskydning mellem aktionærerne i forbindelse med spaltningen, hvilket nødvendiggør, at der sker korrekt værdiansættelse af de aktiver og passiver, der skal fordeles. Vederlagets sammensætning af kontanter og aktier kan frit vælges, dog skal mindst én aktionær vederlægges med mindst én aktie i det modtagende selskab eller mindst én aktie i hvert af de modtagende selskaber. Dermed er der mulighed for, at en aktionær kan modtage hele sit vederlag i kontanter, hvilket medfører, at aktionæren ikke er selskabsdeltager i det eller de modtagende selskaber. Denne mulighed er en konsekvens af ophævelsen af pro rata-kravet samt kravet om at maksimalt 10 % af vederlaget måtte være i form af kontanter. Det er dog kun muligt at opnå skattemæssig succession, såfremt man modtager aktier eller anparter, jf. FUSL § 15, stk. 4. En eventuel restværdi kan vederlægges med en kontant udligningssum, der dog er skattepligtig, jf. FUSL § 15 b, stk. 4, 3. pkt. Denne skat kan dog udskydes for fysiske personers vedkommende, ved at indbetale provenuet på en ophørspension, hvilket giver aktionæren fradrag i den personlige indkomst. Såfremt visse forudsætninger er opfyldt, kan der indskydes op til 2.507.900 kr. på ophørspension, jf. PBL § 15 A, stk. 6.

8.3.2. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB

Uanset om der er tale om ophørsspaltning eller grensspaltning skal det indskydende selskab ikke beskattes af de overførte aktiver og passiver ved en skattefri spaltning, jf. FUSL § 15 b, stk. 2, 2. og 3. pkt. Ved ophørsspaltning er det indskydende selskab skattepligtigt frem til spaltningsdatoen, iht. FUSL § 7, stk. 1, men der skal dog ikke ske afståelsesbeskatning.

Hvad angår uudnyttede underskud i det indskydende selskab, skal der sondres mellem, om der er tale om ophørsspaltning eller grenspaltning samt om selskabet indgår i en sambeskatningskreds eller ej. Efter FUSL § 15 b, stk. 2 finder FUSL § 8 også anvendelse ved spaltninger. Dermed gælder de i afsnit 7.3.4. gennemgåede regler efter FUSL § 8 stk. 6 også ved spaltninger. Det betyder, at hovedreglen ved spaltning er, at uanset bestemmelserne i LL § 15, kan uudnyttede underskud ikke bringes til fradrag i det modtagende selskab ved hverken ophørsspaltning eller grenspaltning. Ved ophørsspaltning skal der ske en afsluttende ansættelse af det indskydende selskab, hvor uudnyttede underskud vil bortfalde, i det omfang de ikke bliver anvendt, og i det omfang det indskydende selskab ikke indgår i en sambeskatningskreds. Ved en grenspaltning består det indskydende selskab, fortsat efter spaltningen, og selskabet samt eventuelle sambeskatningsselskaber kan derfor anvende underskud fra tidligere år efter SEL § 31, stk. 2 i samme omfang, som hvis spaltningen ikke var gennemført.

I de tilfælde hvor det indskydende selskab indgår i en sambeskatningskreds, er der en undtagelse til hovedreglen om, at uudnyttede underskud fortabes, idet de sambeskattede selskaber kan anvende de underskud, der er opstået i sambeskatningsperioden. Ydermere kan det modtagende selskab ved en spaltning indenfor en sambeskatningskreds udnytte det indskydende og nu ophørte selskabs uudnyttede underskud fra sambeskatningsperioden. Dermed medfører en koncernintern spaltning ikke begrænsning i muligheden for at anvende underskud, jf. FUSL § 8 stk. 6, 2. pkt. samt SEL § 31, stk. 2, 8. pkt. Ved grenspaltning hvor det indskydende selskab fortsat består, da kan uudnyttede underskud anvendes efter de almindelige regler, jf. SEL § 31, stk. 2.

8.3.3. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB

Ligesom ved en skattefri fusion er det gældende for en skattefri spaltning, at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling. Dette følger af FUSL § 8, og det modtagende selskab skal derfor behandle det indskydende selskabs aktiver og passiver, som var de anskaffet på samme tid, til samme anskaffelsessum og med samme hensigt. Ligesom ved en skattefri fusion, skal man være opmærksom på FUSL § 8, stk. 2, hvorefter det modtagende selskabs forhold, kan medføre at hensigten med anskaffelsen ændres, således at der sker beskatning på baggrund af det modtagende selskabs forhold.

Som redegjort for i ovenstående er hovedreglen efter FUSL § 8, stk. 6, at der ikke kan ske skattemæssig succession i det indskydende selskabs underskud, med mindre de spaltede selskaber har været sambeskattet. Man skal samtidig være opmærksom på, at hvis det modtagende selskab er

et eksisterende selskab, fortabes ikke blot det indskydende selskabs uudnyttede underskud men også det modtagende selskabs uudnyttede underskud fra før spaltningen, jf. LL § 15.

Ved ophørsspaltning hæfter det modtagende selskab derudover for det indskydende selskabs skattemæssige forpligtelser ifølge FUSL § 15 b, stk. 3. Det påhviler det modtagende selskab, at indgive selvangivelse for det indskydende selskab for perioden fra sidste indkomstår til spaltningsdatoen. De modtagende selskaber indtræder endvidere i det indskydende selskabs krav mod SKAT samt hæfter for ethvert bødeansvar, der er rettet mod det indskydende selskab.

8.3.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN

Den skattemæssige stilling for aktionærer ved en skattefri spaltning fastlægges i FUSL § 15 b, stk. 4, og den afhænger af, om der er tale om ophørsspaltning eller grenspaltning samt om vederlaget består af aktier eller kontanter. Ved ophørsspaltning og i det omfang vederlæggelsen består af kontanter, skal aktionæren beskattes som ved salg til tredjemand på spaltningsdatoen. Det vil sige, at aktierne afstås til handelsværdi. Beskatningen sker efter ABL, hvor det for selskabers vedkommende er ABL §§ 8 og 9, og for personers vedkommende er ABL § 12. De aktier i det indskydende selskab, der ikke anses for afhændet i forbindelse med spaltningen, anses i stedet for ombyttet med aktier i de modtagende selskaber efter forholdet mellem kursværdien af aktierne i hvert enkelt af de modtagende selskaber og den samlede kursværdi af aktierne i de modtagende selskaber på spaltningsdatoen. Hvis aktierne i det indskydende selskab ikke har samme skattemæssige status, eller de er anskaffet på forskellige tidspunkter, foretages en forholdsmæssig fordeling for aktierne i det eller de modtagende selskaber. De forholdsmæssige andele beregnes efter kursværdien af aktierne i det indskydende selskab på spaltningsdatoen, og hvis de modtagne aktier er forbundet med forskellige rettigheder, foretages beregningen særskilt for hver art af de modtagne aktier.²⁴ I det omfang aktierne i det indskydende selskab ombyttes med aktier i det modtagende selskab, finder successionsprincippet anvendelse, hvorefter aktierne i det modtagende selskab anses for anskaffet på samme tid, til samme anskaffelsessum og med samme hensigt, som aktierne i det indskydende selskab.

Er der i stedet tale om en grenspaltning er reglerne anderledes. I det omfang vederlaget består af kontanter, skal der ske beskatning som ved udbytte. I det omfang aktierne i det indskydende selskab ombyttes med aktier i det modtagende selskab, finder successionsprincippet anvendelse. Er aktierne i det indskydende selskab anskaffet på forskellige tidspunkter, foretages en forholdsmæssig fordeling for aktierne i det eller de modtagende selskaber. De forholdsmæssige andele beregnes

²⁴ Den juridiske vejledning 2011-2: C.D.6.1.7

efter kursværdien af aktierne i det indskydende selskab på spaltningsdatoen. De aktier som aktionæren har i behold i det indskydende selskab, vil som en konsekvens af spaltningen falde i værdi, svarende til værdien af de overdragne aktiver og passiver.

8.3.5. SPALTNINGSDATOEN

Spaltningsdatoen bestemmes af FUSL § 5, og hovedreglen er at spaltningsdatoen skal være lig med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Ved spaltning til et nystiftet selskab, skal spaltningsdatoen derfor være lig med det nystiftede selskabs åbningsstatus, mens spaltningsdatoen ved spaltning til et eksisterende selskab, skal være lig med åbningsstatus for det pågældende regnskabsår. Undtagelsen til hovedreglen er de tilfælde, hvor spaltningen medfører ophør eller etablering af sambeskatning/koncernforhold. I sådanne situationer skal datoen for ophør eller etablering anses som spaltningsdato, jf. FUSL § 5, stk. 3 samt SEL § 31, stk. 3 og § 31 C. Der henvises i øvrigt til afsnit 6.3.6 om fusionsdatoen.

8.3.6. SKATTEFRI SPALTNING MED TILLADELSE

Ovenstående redegørelse for spaltninger er karakteristisk for skattefrie spaltninger med og uden tilladelse. Såfremt man ønsker at foretage en skattefri spaltning med tilladelse, er der desuden nogle krav og betingelser, som man skal leve op til. Disse krav vil der blive redegjort for nedenfor.

8.3.6.1. GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER

Hvis der ansøges om en skattefri spaltning med tilladelse er tilladelsen betinget af gyldige forretningsmæssige begrundelser, jf. fusionsdirektivets artikel 15 stk. 1, litra a. Såfremt transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager, kan der være grund til at formode, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse, hvorefter myndighederne har ret til at nægte tilladelse.

Det afgørende er således, at den forretningsmæssige begrundelse er forholdsvis konkret og begrundet i faktiske omstændigheder. For en udførlig redegørelse for gyldige forretningsmæssige begrundelser henvises til kapitel 6, herunder særligt SKM 2008.134 LSR, SKM 2006.324 SKAT og SKM 2002.407 TSS hvor ansøgningerne blev imødekommet, samt SKM 2007.347 LSR, SKM 2005.232 TSS og SKM 2002.407 TSS hvor ansøgningerne blev afslået.

8.3.6.2. TILLADELSE MED VILKÅR

FUSL § 15 a, stk. 1, 3. pkt. giver skattemyndighederne mulighed for at give en tilladelse med vilkår. Denne mulighed kan avendes når spaltningen er forretningsmæssigt begrundet, men hvor spaltningen også rummer en mulighed skatteundgåelse, der kan hindres ved fastsættelse af et eller

flere vilkår. I praksis har vilkårsfastsættelser hovedsageligt knyttet sig til ejertidsvilkår²⁵, men vilkårsfastsættelser kræver dog, at der er en konkret og saglig begrundelse herfor.

8.3.7. SKATTEFRI SPALTNING UDEN TILLADELSE

Med vedtagelsen af Lov nr. 343 af 18. april 2007 blev det i Danmark muligt at foretage skattefrie spaltninger uden tilladelse. Dette andet spor i dansk lovgivning er kendetegnet ved a) fravær af et krav om tilladelse, b) fravær af et krav om forretningsmæssig begrundelse og c) objektive kriterier for transaktionens skattefrihed. Umiddelbart lyder dette som en klar fordel i forhold til en skattefri spaltning med tilladelse, men som det vil fremgå af nedenstående følger der med valget af det objektive spor en række værnsregler, der enten medfører krav om ansøgning hos SKAT eller opstiller en række betingelser og konsekvenser. Lovgrundlaget for skattefri spaltning uden tilladelse fremgår af FUSL § 15 a og b.

8.3.7.1. UNDTAGELSER HVOR DER ALTID KRÆVES TILLADELSE

De selskaber, der kan foretage skattefri spaltninger med tilladelse kan ligeledes foretage skattefrie spaltninger uden tilladelse, jf. FUSL § 15 a, stk. 1. Der er dog en række situationer, hvor den skattefrie spaltning altid kræver tilladelse:

- 1) Aktionærer er deltagere i både det indskydende og det modtagende selskab
- 2) Aktieavance på næringsaktier konverteres til udbytte
- 3) Udenlandsk selskabsdeltager med bestemmende indflydelse
- 4) Kontantvederlag til selskabsaktionærer

Ad 1. Hvis 1) det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og 2) en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end tre år uden at have rådet over flertallet af stemmerne, og 3) de pågældende selskabsdeltagere samtidig er selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de tilsammen råder over flertallet af stemmerne, kan der ikke foretages skattefri spaltning uden tilladelse, uanset om det modtagende selskab er et eksisterende selskab eller et nystiftet selskab, jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt. Forbuddet træder kun i kraft, såfremt alle tre punkter er overskredet. Formålet med forbuddet er, at den skattefrie spaltning uden tilladelse bruges til at overføre et eller flere aktiver til tredjemand skattefrit, ved at tredjemand umiddelbart inden spaltningen bliver optaget som selskabsdeltager i det indskydende ved en kapitalforhøjelse, for dernæst at modtage kapitalandele i det modtagende selskab ved den efterfølgende spaltning. En sådan løsning var netop tænkt i SKM 2005.357 TSS, og selvom sagen vedrørte en skattefri spaltning med tilladelse, kan den overføres til skattefri spaltning uden tilladelse, idet SKAT konkluderede på, at konstruktionen reelt

²⁵ Halling-Overgaard & Olesen (2010): s. 396

var et maskeret salg af aktiver til tredjemand. Hvad angår ejertidskravet på tre år, har Skatteministeriet bekræftet i SKM 2008.728 DEP, at det ved vurderingen af ejertiden er afgørende, om deltagerne i spaltningen på tidspunktet, hvor spaltningen vedtages, har været selskabsdeltagere i mere end 3 år. Dermed kan spaltningsdatoen godt være inden tre år efter aktierne er erhvervet.

Ad 2. Denne bestemmelse fremgår af FUSL § 15 a, stk. 1, 9. pkt., og den skal forhindre, at grenspaltninger, hvor den nominelle aktiekapital i det indskydende selskab ikke ændres, anvendes til at konvertere en ellers skattepligtig fortjeneste på aktier til skattefrit udbytte. Det vil netop ske ved en grenspaltning, hvor aktionæren vederlægges med andet end aktier, idet værdien af det indskydende selskab nedsættes med værdien af den udspaltede gren. Bemærk at reglen kun gælder ved spaltning af næringsaktier, jf. ABL § 17.

Ad 3. I alle tilfælde, hvor en person eller et selskab, der har bestemmende indflydelse efter LL § 2, hverken er hjemmehørende i EU eller i en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, kræves der tilladelse fra skat, jf. FUSL 15 a, stk. 1, 10. pkt. Dette skal sikre, at der ikke flyttes skattepligtige gevinster til lande med lavere beskatning.

Ad 4. I de tilfælde hvor en selskabsaktionær, der ejer mindst 10 % af selskabskapitalen i det indskydende selskab, eller hvis aktier i det indskydende selskab er omfattet af ABL § 4 B (koncernselskabsaktier), modtager andet end aktier i forbindelse med spaltningen, kræves der altid tilladelse fra SKAT, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 4. pkt.

8.3.7.2. BETINGELSER OG KONSEKVENSER VED SKATTEFRI SPALTNING UDEN TILLADELSE

Konsekvensen af at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse er, at der skal overholdes en række betingelser. Disse betingelser skal sikre, at den skattefrie spaltning uden tilladelse ikke giver mulighed for skatteunddragelse, blot fordi der ikke skal spørges om tilladelse hos SKAT. Værnsreglerne kan skildres således:

- 1) Forholdet mellem aktiver og forpligtelser, der overføres til det modtagende selskab, svarer til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt.
- 2) Værdien af de tildelte aktier eller anparter med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver, jf. FUSL § 15 a, stk. 2, 2. pkt.

- 3) Selskaber, der efter spaltningen ejer mindst 10 % af kapitalen i et af de deltagende selskaber, må ikke afstå aktier i det eller de pågældende selskaber i en periode på 3 år efter vedtagelsen af spaltningen (holdingreglen), jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 5. pkt.
- 4) Spaltningen skal oplyses på selskabets selvangivelse, jf. FUSL § 15 a, stk. 7.

Ad 1. Denne værnsregel skal forhindre, at man benytter en skattefri spaltning uden tilladelse til at reducere avancen ved et senere salg af aktierne i det modtagende selskab, som følge af at den gæld, der overføres til det modtagende selskab, overstiger forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab. Derudover skal reglen også forhindre, at avancen ved et senere salg af aktierne i det indskydende selskab bliver reduceret, ved at gældsandelen efter spaltningen øges, som følge af at man øger antallet af aktiver, der udspaltes.

Værnsreglen medfører, at såfremt forholdet mellem aktiver og forpligtelser før spaltningen var 100:70, og man ønsker at overdrage aktiver for en værdi på 60, så skal der samtidig overdrages forpligtelser til en værdi af 42.

Det fremgår imidlertid af bemærkningerne til Lovforslag 110 2006/2007, at det er muligt at foretage en balancetilpasning ved optagelse af lån inden spaltningsdatoen, hvilket giver øget fleksibilitet til at sikre et korrekt forhold mellem aktiver og passiver. Det fremgår samtidig af bilag 10 til lovforslaget, at forholdet mellem aktiver og passiver ikke kan korrigeres, ved at etablere en mellemregning i forbindelse med spaltningen, da det er forholdet inden spaltningen, der er styrende.

Løsningen med at optage lån, kan dog umuliggøres, når der er tale om en grenspaltning, hvor der stilles krav til, hvorledes aktiver og passiver fordeles, og hvor man som udgangspunkt ikke kan adskille låneforpligtelse og låneprovenu. Det er således et krav ved grenspaltningen, at låneoptagelsen relaterer til den forretningsmæssige aktivitet i selskabet. Jf. i den forbindelse SKM 2008.551 SR, hvor Skatterådet bekræftede, at der kunne ske etablering af kassekredit til sikring af, at forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab på spaltningstidspunktet svarede til forholdet mellem aktiver og gæld i det modtagende selskab, idet kassekreditten relaterede til den forretningsmæssige aktivitet. Jf. desuden afsnit 9.2.3. vedrørende lånetilpasning i relation til grenkravet.

Kravet om at forholdet mellem de overdragne aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab, skal svare til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, bevirker samtidig,

at man skal være sikker på, at der sker korrekt værdiansættelse. Er det ikke tilfældet risikeres det, at spaltningen bliver skattepligtig. Det kan derfor ofte være hensigtsmæssigt, at indhente et bindende svar for at sikre sig mod senere tilsidesættelse af værdiansættelsen. Det fremgår bl.a. SKM 2009.366 SR, hvor der som følge af det bindende svar skete korrektion af værdiansættelserne i en skattefri spaltning uden tilladelse.

Ad 2. Ligesom det er tilfældet ved en skattefri spaltning med tilladelse, er det også et krav ved en skattefri spaltning uden tilladelse, at værdien af de tildelte aktier eventuelt med tillæg af en kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver. Det skal forhindre, at der i forbindelse med spaltningen sker en formueforskydning mellem aktionærerne. Jf. i den forbindelse SKM 2008.764 SR, hvor skatterådet i et bindende svar tilkendegav, at vederlæggelsen for spaltningen kunne beregnes ud fra de regnskabsmæssige værdier, eftersom der var tale om en eneaktionær, og der kunne derfor ikke ske formueforskydning mellem flere aktionærer. Vil man ved flere aktionærer sikre sig, at der sker korrekt værdiansættelse, kan det således anbefales, at der indhentes et bindende svar.

Ad 3. Med indførslen af holdingkravet ved Lov nr. 525 af 12. juni 2009 må selskaber, der efter spaltningen ejer mindst 10 % af kapitalen i et af de deltagende selskaber, ikke afstå aktier i det eller de pågældende selskaber i en periode på tre år efter vedtagelsen af spaltningen. Som det fremgår af ordlyden gælder det kun for selskaber og ikke personlige aktionærer. Samtidig med indførslen af holdingkravet ophørte de tidligere betingelser om, at der i en periode på 3 år fra spaltningstidspunktet ikke måtte udloddes mere end det ordinære resultat, som udlodningen vedrørte.

Holdingkravet er en videreførelse af de oprindelige regler ved indførslen af det objektive regelsæt, som blev ændret med vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009 medførte i ABL. Før vedtagelsen af loven var selskabers salg af aktier efter en ejertid på tre år skattefrit ifølge ABL §§ 8 og 9. Men efter vedtagelsen af loven er reglerne ændret, således at det nu er selskabets ejerandel, der er afgørende for, hvorvidt der skal ske beskatning eller ej. Aktiebesiddelser over 50 % er koncernselskabsaktier, aktiebesiddelser på 10 % til 50 % er datterselskabsaktier mens aktiebesiddelser under 10 % er porteføljeaktier. Ved en ejerandel på under 10 % er en afståelse skattepligtig, mens den er skattefri ved en ejerandel på 10 % eller mere. Som følge heraf har man indført værnsreglen i FUSL § 15 A, stk. 1, 5. pkt. for at sikre sig mod, at der sker et hurtigt skattefrit salg af aktierne i periode på tre år efter vedtagelsen af spaltningen. Kravet gælder således ikke for

selskabsaktionærer med en ejerandel på under 10 % eller personaktionærer, idet de altid vil være skattepligtige af et salg.

Man skal i den henseende være særlig opmærksom på at en række dispositioner kan blive klassificeret som afståelse efter ABL § 36, stk. 6, 2. pkt. Det gælder f.eks. salg, tilbagesalg til udstedende selskab, konkurs/tvangsopløsning, likvidation, visse vedtægtsændring samt kapitalnedsættelse. Derudover skal man være opmærksom på at kravet om tre års ejertid gælder for såvel indskydende som modtagende selskab, og dermed lægger holdingkravet forholdsvis mange begrænsninger i ens dispositionsmuligheder tre år efter spaltningen.

Holdingkravet hindrer imidlertid ikke, at der efterfølgende sker endnu en skattefri omstrukturering i de deltagende selskaber, hvis der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier, jf. FUSL § 15 A, stk. 1, 6. pkt. En skattefri omstrukturering foretaget efter en skattefri spaltning uden tilladelse vil i sig selv medføre endnu et holdingkrav. Herudover vil resttiden af det oprindelige holdingkrav vedrørende spaltningen blive videreført og anvendt på det eller de deltagende selskaber i den efterfølgende omstrukturering, jf. FUSL § 15 A, stk. 1, 7. pkt. Konsekvensen af dette er, at hvis der sker afståelse af aktierne i det selskab, der efterfølgende er omstruktureret skattefrit, inden udløbet af såvel holdingkravet som restløbetiden af det oprindelige holdingkrav vedrørende spaltningen, så vil såvel spaltningen som den efterfølgende omstrukturering blive skattepligtig. Hvis aktierne derimod afstås efter udløbet af restløbetiden for holdingkravet vedrørende spaltningen, men inden udløbet af holdingkravet vedrørende den skattefrie omstrukturering, så vil alene den skattefrie omstrukturering blive skattepligtig. Dermed sikres det, at holdingkravet ikke omgås ved at foretage flere skattefrie omstruktureringer uden tilladelse i forlængelse af hinanden for derigennem at undgå avancebeskatning.

Slutteligt er det værd at bemærke, at ifølge ABL § 33A, stk. 3, 2. pkt. anses aktier der skifter status fra f.eks. datterselskabsaktier til porteføljeaktier for afstået, hvorefter der skal ske beskatning efter de almindelige regler. Aktierne ses imidlertid ikke for afstået i relation til holdingkravet, hvorfor en eventuel omstrukturering ikke bliver skattepligtig som følge af statusskiftet.

Ad 4. Som et værn mod skatteundgåelse, skal det modtagende selskab senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor en skattefri spaltning uden tilladelse er gennemført, give SKAT oplysning om, at selskabet har deltaget i en spaltning uden tilladelse.

Ligeledes skal man, hvis der afstås aktier i et af de deltagende selskaber give SKAT oplysning herom senest en måned efter afståelsen, jf. FUSL § 15 A, stk. 7.

8.4. DELKONKLUSION

Der findes to former for spaltninger; ophørsspaltning og grenspaltning. Ved ophørsspaltning ophører det indskydende selskab som følge af spaltningen. Ved grenspaltning fraspaltes alene en gren af det indskydende selskab, hvorfor det indskydende selskab fortsat består efter spaltningen. Spaltninger kan foretages såvel skattepligtigt såvel som skattefrit, og den skattefrie spaltning kan ske med og uden tilladelse. Hvorvidt spaltningen bør ske skattepligtigt eller skattefrit bør altid bero på en konkret vurdering af de faktiske forhold. I denne vurdering bør man især tage hensyn til hvorvidt der eksisterer uudnyttede underskud i det indskydende selskab eller dennes sambeskatningskreds. Det skyldes at muligheden for at anvende uudnyttede underskud efterfølgende beror på, hvorvidt der foretages en skattepligtig eller en skattefri spaltning, hvorvidt der er tale om ophørsspaltning eller grenspaltning samt hvorvidt spaltningen sker indenfor eller udenfor en koncernen/sambeskatningskredsen. Eksempelvis kan det ved en spaltning af et datterselskab være oplagt at lade spaltningen ske skattepligtig, da det ikke medfører beskatning, og man samtidig undgår de værnsregler, som en skattefri spaltning kan medføre.

Såfremt man vælger at lade spaltningen ske skattefrit, skal man samtidig tage stilling til, om det skal ske med eller uden tilladelse. Umiddelbart lyder det som en klar fordel at lade det ske uden tilladelse, men med valget af det objektive spor følger en række værnsregler, der begrænser ens efterfølgende handlefrihed. Samtidig kan det være anbefalelsesværdigt at få et bindende svar fra skat angående værdiansættelsen af de overdragne aktiver og passiver, såfremt den måtte være behæftet med en væsentlig usikkerhed, idet en forkert værdiansættelse kan medføre, at spaltningen bliver skattepligtig. Et bindende svar er ikke mindst relevant ved en grenspaltning, hvor forholdet mellem de overdragne aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab, skal svare til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab. Derudover medfører en skattefri spaltning uden tilladelse, at aktionæren ikke må afstå aktier i det modtagende selskab indenfor tre år efter spaltningen. Man skal i den henseende være særlig opmærksom på at en række dispositioner og efterfølgende hændelser kan blive klassificeret som afståelse. Det gælder f.eks. hvis aktierne skifter status, hvilket har den konsekvens at spaltningen bliver skattepligtig.

9. TILFØRSEL AF AKTIVER

Dette afsnit vil redegøre for tilførsel af aktiver i skattemæssig henseende ved dels at definere begrebet tilførsel af aktiver og dels ved at redegøre for de skattemæssige regler for tilførsel af aktiver. Afsnittet vil samtidig behandle udvalgte domme for at illustrere de skattemæssige reglers anvendelse i praksis for derigennem at udvikle en bedre forståelse for de muligheder, problemstillinger, konsekvenser og løsninger, der knytter sig til tilførsel af aktiver.

9.1. DEFINITION AF TILFØRSEL AF AKTIVER

Reglerne for at fortage skattefri tilførsel af aktiver fremgår af FUSL's kapitel 5, og tilførsel af aktiver defineres i FUSL § 15 c, stk. 2. således:

"Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital. Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler."

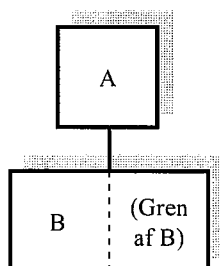
Der er i selskabsloven ingen specifik definition af tilførsel af aktiver. I stedet anvendes selskabslovens kapitel 3 om stiftelse ved apportindskud.

I fusionsdirektivet fra 2009 artikel 2 defineres en tilførsel af aktiver som følger:

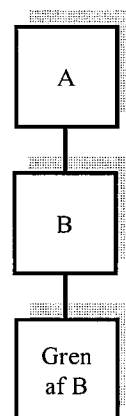
"d) den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital

j) en gren af en virksomhed»: 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"

Før tilførsel af aktiver



Efter tilførsel af aktiver



Figur 12: Tilførsel af aktiver

Det fremgår, at definitionerne er identiske, og der er således ingen uoverensstemmelser mellem regelsættene. Ovenstående figur illustrerer, at ved en tilførsel af aktiver indskydes en gren af virksomheden fra det indskydende selskab til det modtagende selskab, og som konsekvens heraf bliver det indskydende selskab aktionær i det modtagende selskab. Forskellen mellem tilførsel af aktiver og spaltninger er dermed, at ved tilførsel af aktiver modtager det indskydende selskab kapitalandele i det modtagende selskab, mens det ved spaltninger er aktionæren i det indskydende selskab, der modtager kapitalandele i det modtagende selskab. Det modtagende selskab kan være såvel et nystiftet som et eksisterende selskab.

9.2. GRENKRAVET

Som det fremgår af definitionerne og af illustrationen, skal der ved tilførsel af aktiver være tale om en gren af en virksomhed, ligesom det er tilfældet ved grenspaltninger. En gren kan i princippet være alle aktiver og passiver i et selskab, men der kan også være tale om specifik del af et selskabs samlede aktiver og passiver. At der skal være tale om en gren af en virksomhed er et ufravigeligt krav, hvis der skal foretages en skattefri tilførsel af aktiver, hvorfor det er vigtigt, at få fastslået, hvad der kan karakteriseres som en gren af en virksomhed.

Som det fremgår FUSL § 15 c, stk. 2, 2. pkt., forstås der ved en gren af en virksomhed 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. Et selskab kan således godt indeholde flere grene af virksomheder, og det er dermed op til en konkret vurdering at afgøre, hvilke aktiver og passiver der hører til hver enkelt gren. Da det ikke altid er givet, hvad der udgør en gren af en virksomhed, har Skatteministeriets Departement i TFS 1996.899 redegjort nærmere for, hvad der kan karakteriseres som en gren af en virksomhed. Heri tilkendegives det, at der skal være tale om en materielt identificerbar enhed i selskabet, inden omstruktureringen gennemføres. Dvs. at gruppen af aktiver og passiver skal udgøre et eller flere afgrænsede forretningsområder i forhold til den samlede virksomhed. Derudover skal den påtænkte transaktion foretages ud fra forsvarlige økonomiske eller forretningsmæssige betragtninger, uden at hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Tilførslen af aktiver skal omfatte samtlige aktiver og passiver i den virksomhed eller samtlige aktiver²⁶ og passiver i den gren af virksomheden, der tilføres. Dermed kan reglerne om tilførsel af aktiver som hovedregel ikke anvendes ved overdragelse af enkelte aktiver og/eller passiver, ligesom de som hovedregel heller ikke kan anvendes, hvis der ved overdragelse af en virksomhed eller en

²⁶ Omfatter også immaterielle aktiver, der er tilknyttet grenen af virksomheden.

gren af en virksomhed efterlades enkelte af virksomhedens eller virksomhedsgrenens aktiver og/eller passiver i det indskydende selskab.

9.2.1. SÆRLIGT VEDRØRENDE FAST EJENDOM

En fast ejendom er en undtagelse til reglen om, at tilførsel af aktiver ikke finder anvendelse på enkeltaktiver, idet en udlejningsejendom med tilhørende gæld kan overdrages. Det gælder ikke kun egentlige udlejningsejendomme men også ejendomme, der har været anvendt af virksomheden selv til brug for den aktivitet, som ejendommen nu ønskes adskilt fra. I skattemæssig henseende vil en fast ejendom være at betragte som selvstændig virksomhed, hvorfor det sjældent vil give anledning til problemer at betragte en ejendom som en selvstændig gren. Det kommer bl.a. til udtryk i TFS 1997.661 LR, hvor skattemyndigheden i forbindelse med en skattefri tilførsel af aktiver fik tilladelse til at beholde samtlige ejendomme i det indskydende selskab og ikke blot de ejendomme, der var uafhængige af den overførte gren.

9.2.2. SÆRLIGT VEDRØRENDE KAPITALANDELE

Kapitalandele hvad enten det er i form af aktier, anparter eller andele i interessentskaber anses som udgangspunkt ikke for at være en gren af en virksomhed. Det var f.eks. tilfældet i SKM 2006.145 SKAT, hvor to personaktionærer hver især ejede halvdelen af et driftsselskab, der igen ejede 100 % af to datterselskaber. De to personaktionærer ønskede at tilføre samtlige aktiver og passiver i driftsselskabet til et nystiftet selskab, og derefter foretage en ophørsspaltning af holdingselskabet til to nye selskaber, således at de to personaktionærer fik hvert deres selskab. SKAT kunne ikke imødekomme anmodningen, da aktiviteten i de to datterselskaber adskilte sig fra aktiviteten i driftsselskabet, hvorfor samtlige aktiver og passiver i driftsselskabet ikke udgjorde en samlet virksomhed.

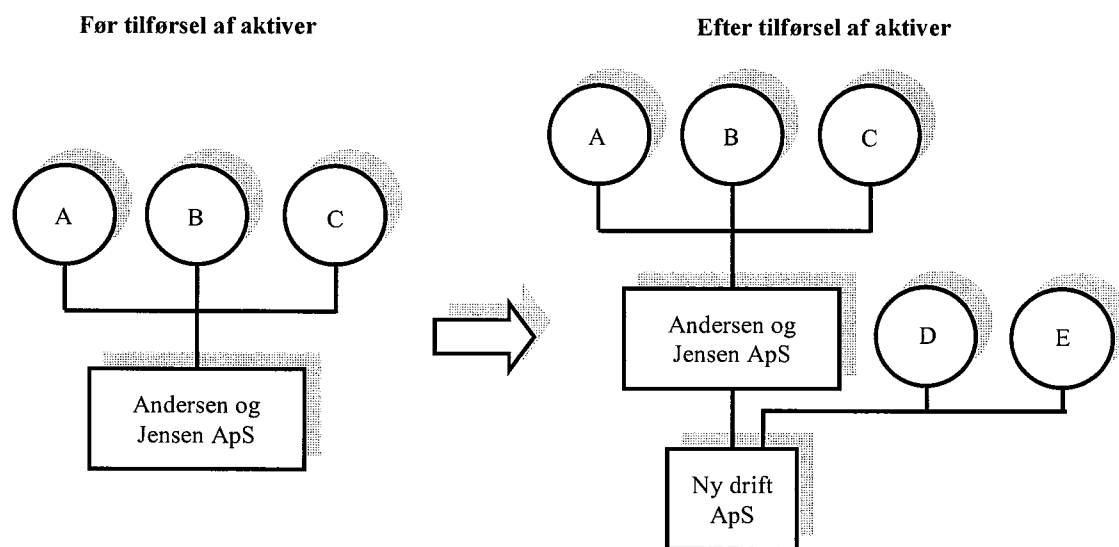
I visse tilfælde kan kapitalandele dog indgå i en tilførsel af aktiver. Det gælder f.eks. hvor kapitalandele skønnes at have en tilstrækkelig tilknytning til den gren af virksomheden, der overdrages. Det var f.eks. tilfældet i TFS 2000.238 LR, hvor Ligningsrådet blev anmodet om at tage stilling til en skattefri tilførsel af aktiver – herunder tilførsel af nogle af selskabets kapitalandele i datterselskaber. Det indskydende selskab ejede direkte og indirekte en række datterselskaber, men ligningsrådet fandt, at kun tre direkte ejede datterselskaber kunne medoverdrages til det modtagende selskab, da de varetog opgaver, der knyttede sig til den udskilte aktivitet. Andre datterselskaber, der var holdingselskaber for en række selskaber, kunne og skulle ikke indgå i tilførslen, da holdingselskaberne ikke kunne siges at høre til den overførte gren.

Sammenholdes de to sager kan det konkluderes, at kun i de tilfælde hvor kapitalandele knytter sig direkte til den eller de overførte grene af virksomheden og således er organisatorisk begrundet, kan kapitalandele indgå i tilførslen af aktiver.

9.2.3. SÆRLIGT VEDRØRENDE LÅN

Det kan være fristende at tilpasse balancen inden en tilførsel af aktiver, ved at optage et lån umiddelbart inden tilførslen for derefter at opdele gældsforpligtelsen og låneprovenu mellem de deltagende selskaber. På den måde vil det være lettere, at tilpasse balancen til et ønsket vederlag. En sådan balancetilpasning er dog ikke uden problemer, da det fremgår af FUSL § 15 c, stk. 2, at *”ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab...”*. Dermed strider en balancetilpasning, hvor man opdeler lån og låneprovenu mellem de deltagende selskaber, imod FUSL § 15 c, stk. 2. Der er således også flere eksempler fra praksis, hvor skattemyndighederne, under henvisning til at grenkravet skal overholdes, har sat som betingelse for en tilladelse til tilførsel af aktiver, at låneprovenu og låneforpligtelse enten forblev i det indskydende selskab eller samlet blev tilført det modtagende selskab.

En sag der har haft betydning for praksis er Andersen og Jensen-sagen, der blev præjudicielt forelagt for EF-domstolen.²⁷ Dommen er illustreret nedenfor:



Figur 13: Andersen og Jensen-sagen

Andersen og Jensen ApS drev oprindeligt virksomhed med salg af sportsudstyr i Danmark. Selskabet var ejet med ca. 1/3 hver af A, B og C. Som led i et generationsskifte ønskede man ved en skattefri tilførsel af aktiver at overdrage aktiviteten til et nystiftet selskab, hvori to medarbejdere, D og E, skulle optages om aktionærer, idet de sammen med C skulle stå for den daglige drift. For at

²⁷ EFD af 15/1 2002 C-43/00

mindske finansieringsbehovet hos D og E ønskede man forinden tilførslen at optage et lån, hvor låneprovenuet skulle forblive i det indskydende selskab, mens gældsforpligtelsen skulle overdrages til det modtagende selskab.

I domsafsigelsen udtalte EF-domstolen, *"at der ikke foreligger en tilførsel af aktiver i direktivets forstand i tilfælde, hvor en transaktion går ud på, at det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån, selskabet har optaget, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab."* Det tillægges således ikke betydning, at det indskydende selskab bevarer en kapitalandel i det modtagende selskab. Der gælder med andre ord som udgangspunkt et krav om, at gældsforpligtelse og låneprovenu enten samlet skal overføres til det modtagende selskab eller samlet skal bevares i det indskydende selskab, medmindre helt særlige forhold gør sig gældende.

Praksis på området har dog ikke været så entydig, at udfaldet i Andersen og Jensen-sagen kan formodes at være gældende i fremtidige sager. Det kommer bl.a. til udtryk i TFS 2000.329 LR, hvor Novo Nordisk ønskede at adskille aktivitet X fra aktivitet Y i driftsselskabet. På trods af Novo Nordisk ønskede at grenspalte aktivitet Y til et nystiftet modtagende selskab, så kan hele ræsonnementet omkring, hvad der udgør en selvstændig gren også bruges i relation til tilførsel af aktiver. Foreløbige beregninger på konsekvenserne ved grenspaltningen viste, at det modtagende selskab ville få en uforholdsmæssig stor egenkapital i forhold til industrien, og i forhold til hvad der ville være hensigtsmæssigt for selskabet. På baggrund heraf ønskede Novo Nordisk at optage et lån forud for spaltningen. Provenuet skulle forblive i det indskydende selskab, og gældsforpligtelsen skulle overdrages til det modtagende selskab. Novo Nordisk oplyste til Ligningsrådet, at aktivitet X gennem en årrække havde finansieret aktivitet Y, der reelt havde været underskudsgivende likviditetsmæssigt. På grund af aktivitet X havde aktivitet Y derfor ikke været nødt til at finde ekstern finansiering, og lånoptagelsen ville dermed givet et mere retvisende billede af åbningsbalancen, da den ville afspejle den organisatoriske fordel, som aktivitet Y havde fået af at trække på likviditeten i aktivitet X. Slutteligt havde eksterne rådgivere anbefalet lånoptagelsen, da det ville sikre investorernes interesse og gøre virksomheden sammenlignelig med konkurrenterne. På baggrund heraf imødekom ligningsrådet anmodningen med følgende udtalelse:

"Ligningsrådet har ved sin afgørelse lagt vægt på, at lånoptagelsen er baseret på rent forretningsmæssige vilkår, herunder at lånoptagelsen anbefales af selskabets eksterne rådgiver. Ligningsrådet har endvidere tillagt det vægt, at en tilladelse til det ansøgte ikke giver det indskydende selskab eller det modtagende selskab utilsigtede skattemæssige fordele... ..Der er videre henset til, at det på grund af de særlige forhold med X-aktiviteternes finansiering af Y-aktiviteten findes i overensstemmelse med FUSL § 15 c, stk. 2's organisationsmæssige grenkrav ved spaltningen at

placere låneprovenu og forpligtelsen til at tilbagebetale lånet i hver sit selskab... ...Det forhold, at selskab A hidtil har valgt at egenfinansiere Y-aktiviteten frem for at lade denne aktivits investeringer fremmedfinansiere, bør ikke ved den nu ønskede spaltning komme selskabet til skade.”

Umiddelbart ligner det to ens sager med to vidt forskellige afgørelser. En negativ vinkel på afgørelsen i Novo Nordisk sagen vil være at den underminerer andre afgørelser, mens en positiv vinkel vil være, at Ligningsrådet netop tager bestik af de ”særlige forhold” forhold i sagen. Sandheden er nok en blanding af begge synspunkter, idet dommen kan være et udtryk for, at der gøres op med tidligere tiders rigide og snævre fortolkning af fusionsdirektivet. I stedet er fortolkningen mere nuanceret og begrundet i de konkrete forhold, hvor der ses bort fra den øjeblikkelige – og i mange tilfælde tilfældige - finansieringsmæssige struktur. På baggrund af Novo Nordisk-sagen kan det derfor konkluderes, at det er muligt at foretage balancetilpasning. Det er dog under forudsætning af særlige omstændigheder og gode forretningsmæssige begrundelser.

9.2.4. ORGANISATORISK OG BÆREDYGTIG ENHED

Som det fremgår af definitionen ovenfor samt af nogle af de ovenstående afgørelser, så skal den gren der tilføres i organisatorisk forstand udgøre en enhed. Dette krav går forud for kravet om, at grenen skal fungere ved hjælp af egne midler, jf. udtalelse fra Skatteministeriets Departement:

”Departementet opfatter lovens ordlyd således, at der skal være tale om en materielt identificerbar enhed i selskabet, og at vurderingen heraf baserer sig på forholdene, inden den påtænkte opdeling gennemføres. Ved denne vurdering kan der efter Departementets opfattelse herefter ikke som det overvejende væsentlige lægges vægt på spørgsmålet om evnen til at fungere ved hjælp af egne midler. Der skal i højere grad anlægges en organisationsmæssig synsvinkel. Dette indebærer, at der skal tages stilling til, om den gruppe aktiver og passiver, der ønskes tilført, tilsammen udgør en selvstændig bedrift eller en samlet enhed.” (TFS 1996.899 DEP)

Grenen skal således udgøre et eller flere afgrænsede forretningsområder i forhold til den samlede virksomhed, og grenen skal kunne udskilles fra den eksisterende virksomhed. Således vil en division eller en afdeling, der arbejder på tværs af flere divisioner, som udgangspunkt kunne anses som en virksomhedsgren, men der kan ikke ubetinget stilles krav om, at der er tale om en decideret afdeling eller filial af virksomheden med egen administrative kapacitet.

Kravet om, at grenen skal kunne fungere ved hjælp af egne midler, er dog ikke uden betydning. Det er således udgangspunktet, at de overdragne aktiver og passiver skal kunne fungere uden hjælp af lån fra det indskydende selskab eller hovedaktionæren på andre vilkår end ved lån hos uafhængige långivere. Heraf følger også, at den virksomhed der opstår på baggrund af de overdragne aktiver og

passiver, skal kunne fungere, uden at det indskydende selskab, det modtagende selskab eller hovedaktionæren stiller sikkerhed for eventuelle lån, virksomheden måtte få brug for.²⁸

9.3. SKATTEPLIGTIG TILFØRSEL AF AKTIVER

Ligesom ved skattepligtig spaltning, er der i dansk skatteret ikke nogen direkte regler på området. I stedet er der ligeledes tale om en overdragelse af aktiver og passiver mellem to retssubjekter, og dermed skal skattelovgivningens almindelige regler om avancebeskatning følges ved en skattepligtig tilførsel af aktiver. Konsekvenserne ved en skattepligtig tilførsel af aktiver gennemgås nedenfor, ligesom der redegøres for fordele og ulemper ved at foretage en skattepligtig tilførsel af aktiver frem for en skattefri tilførsel af aktiver.

9.3.1. VEDERLAGET

Til forskel fra spaltning er det ved tilførsel af aktiver ikke aktionæren men det indskydende selskab, der modtager vederlaget for de overdragne aktiver og passiver. Vederlaget kan være i form af både aktier og kontanter, og de skal svare til handelsværdien af de overdragne aktiver og passiver.

9.3.2. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB

Da der ved tilførsel af aktiver er tale om en overdragelse af aktiver og passiver, skal der ved skattepligtig tilførsel af aktiver ske afståelsesbeskatning af de overdragede aktiver og passiver efter skattelovgivningens almindelige regler, jf. SEL § 8. Dermed er konsekvenserne i vid udstrækning som ved skattepligtige spaltninger, jf. afsnit 7.2.1. Aktiver og passiver anses for overdraget til det modtagende selskab til handelsværdien på tilførselstidspunktet. Såfremt SKAT vurderer, at overdragelsen ikke er sket til handelsværdi kan SKAT foretage korrigerende værdiansættelse, jf. LV E.I.4.1.3.1.

Såfremt der ved tilførslen etableres koncernforbindelse, kan det indskydende selskab anvende underskud fra det indskydende selskab, der er opstået efter tilførselsdatoen. Eventuelle underskud fra før tilførselsdatoen i det modtagende selskab kan således ikke anvendes. Det indskydende selskabs adgang til at anvende egne eller øvrige sambeskattede selskabers uudnyttede underskud ændres ikke ved tilførslen af aktiver, og kan således foretages efter de almindelige regler i SEL § 31, stk. 2.

9.3.3. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGEENDE SELSKAB

Ved en tilførsel af aktiver erhverver det modtagende selskab aktiver og passiver fra det indskydende selskab. Disse aktiver og passiver får en anskaffelsessum og afskrivningsgrundlag svarende til

²⁸ Den juridiske vejledning 2011-2: C.D.6.2.3..2.

handelsværdien på spaltningstidspunktet, og der kan herefter ske afskrivning efter AL's almindelige regler.

Hvad enten der er tale om et nystiftet eller et eksisterende selskab, indgår selskabet i sambeskatning med det indskydende selskab fra tilførselsdatoen, såfremt der etableres koncernforbindelse. Selskabet kan ikke anvende underskud fra koncernen, der ligger før tilførselsdatoen, men det modtagende selskab kan efter tilførselsdatoen anvende koncernunderskud på lige fod med øvrige sambeskattede selskaber. Det modtagende selskabs egne uudnyttede underskud eller underskud fra en eventuel sambeskatningsforbindelse fra før tilførselsdatoen kan ligeledes anvendes, jf. SEL § 31, stk. 2.

9.3.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE

Tilførslen af aktiver har ingen konsekvenser for aktionærerne, da det er det indskydende selskab, der vederlægges ved transaktionen.

9.3.5. TILFØRSELSDATOEN

Udgangspunktet er, at tilførselsdatoen ved tilførsel af aktiver er vedtagelsesdatoen for transaktionens gennemførelse i alle de deltagende selskaber. Dog er det muligt iht. SEL § 4, stk. 5 at gennemføre en tilførsel af aktiver med skattemæssig tilbagevirkende kraft på op til 6 måneder, såfremt overdragelsen sker til et nystiftet datterselskab, og det indskydende selskab bliver ejer af samtlige aktier i det modtagende selskab. I så fald er det handelsværdien på den valgte tilførselsdato, der skal lægges til grund for det indskydende selskabs afståelsessum og det modtagende selskabs anskaffelsessum, ligesom indtægter der er oppebåret fra de overtagne aktiver og passiver siden tilførselsdatoen medregnes på det modtagende selskabs indkomstopgørelse.

9.4. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER

Med vedtagelsen af Lov nr. 219 af 3. april 1992 blev det muligt at foretage skattefri tilførsel af aktiver. Det var dog et krav, at der blev søgt om tilladelse hertil, eftersom det først blev muligt at foretage skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse med indførelsen af det objektive system ved Lov nr. 343 af 18. april 2007. Reglerne for skattefri tilførsel af aktiver fremgår af FUSL kapitel 5. Det er de samme selskaber, der har muligheder for at foretage tilførsel af aktiver, som har mulighed for at foretage skattefrie fusioner, hvorfor der henvises til gennemgangen i afsnit 6.3.1.

9.4.1. VEDERLAGET

I definitionen af tilførsel af aktiver i FUSL § 15 c, stk. 2, fremgår det, at det indskydende selskab skal have tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital. Dermed afviger skattefri tilførsel af aktiver sig fra skattefri, fusion, spaltning eller aktieombytning, da det ikke er muligt at foretage transaktionen skattefrit, hvis der modtages andet end aktier eller anparter såsom en kontant

udligningssum. Vederlagsaktierne ved skattefri tilførsel af aktiver anses for anskaffet til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver på tilførselsdatoen, jf. FUSL § 15 d, stk. 4. Hvis det indskydende selskab ejer kapitalandele i det modtagende selskab inden tilførslen, kan vederlæggelsen ikke ske ved, at de eksisterende kapitalandele stiger i værdi.

Konsekvensen af at det indskydende selskab vederlægges med andet end kapitalandele i det modtagende selskab er, at transaktionen ikke er omfattet af FUSL § 15 c, og dermed bliver der tale om en skattepligtig tilførsel af aktiver. Af samme grund er det ved tilførsel af aktiver særdeles relevant at forholde sig til, hvorvidt efterfølgende begivenheder såsom udbytteudlodning kan omkvalificeres til kontantvederlag. Der henvises i den henseende til afsnit 5.7.3. om Hans Markus Kofoed-sagen, hvor EF-Domstolens afgørelse fastslog, at efterfølgende transaktioner ikke umiddelbart kan omkvalificeres til være kontantvederlag, medmindre der ligger stærke beviser for skatteundgåelse til grund, eller udbytteudlodningen er en del af den pågældende aftale for den skattefrie tilførsel af aktiver.

Man skal dog være varsom med at udlodde udbytte umiddelbart efter den skattefrie tilførsel af aktiver uanset sagens udfald i Hans Markus Kofoed-sagen. Det skyldes afgørelsen i SKM 2009.91 ØLR, hvor en tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver efterfølgende tilbagekaldes af skattemyndighederne pga. af en efterfølge udbytteudlodning. Sagen begyndte i 1999, hvor der blev ansøgt om tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver til et nystiftet holdingselskab. Ansøger gjorde i den forbindelse opmærksom på, at det var planen, at et canadisk selskab efterfølgende skulle foretage en kapitaludvidelse på ca. 14 mio. CAD, og at det canadiske selskab først skulle have mulighed for at modtage udbytte, når der var udloddet udbytte for ca. 4 mio. CAD. Ansøgning blev imødekommet og tilførslen samt den efterfølgende kapitaludvidelse blev gennemført. Et halvt år efter stiftelsen blev der udloddet 4 mio. CAD. Årets driftsresultat blev ca. 415.000 CAD. På baggrund heraf tilbagekaldte skattemyndighederne den meddelte tilladelse under henvisning til, at den efterfølgende udlodning måtte anses for at udgøre en kontant vederlæggelse til det indskydende selskab i strid med FUSL's regler. Tilbagekaldelsen ankes herefter til Landsskatteretten, der tiltræder tilbagekaldelsen under henvisning til, at udlodningen må anses som et kontantvederlag, jf. SKM 2005.87 LSR. Sagen bringes efterfølgende til Øster Landsret der i overensstemmelse med Hans Markus Kofoed-sagen bestemmer, at udlodningen ikke strider mod kontantvederlagsforbuddet, da der ikke er indgået en bindende aftale herom. Men Øster Landsret mente i stedet, at den forlods udlodning ikke kunne anses for at have haft en forretningsmæssig baggrund, og at det på det grundlag måtte antages, at det var et hovedformål at opnå

skatteundgåelse i forbindelse med en omgåelse af grænsen for kontantvederlæggelse i fusionsskattelovens § 15 c, stk. 2. Landsretten fandt, at en sådan omgåelse kan rammes af fusionsskattedirektivets artikel 11, hvis principper finder anvendelse på tilladelser efter fusionsskattelovens § 15 c, stk. 1, og tilsvarende må finde anvendelse i relation til spørgsmålet om tilbagekaldelse af sådanne tilladelser. Sagen blev herefter bragt for Højesteret, jf. SKM 2011.501 HR. I lighed med Landsskatterettens kendelse - og i modsætning til Øster Landsrets kendelse - fandt højesteret på baggrund af samtlige omstændigheder i sagen, det bindende indgik i den aftalte plan, at en del af vederlaget for tilførslen af aktiver til datterselskabet skulle betales ved en efterfølgende udlodning fra datterselskabet af den indskudte kapital, hvilket var at betragte som kontantvederlæggelse. Tilladelsen til skattefri tilførsel af aktiver kunne herefter ikke være meddelt med hjemmel i FUSL § 15 c. Skattemyndighederne var derfor som udgangspunkt berettiget til at tilbagekalde den.

Forbuddet mod kontantvederlag betyder samtidig, at det modtagende selskab som udgangspunkt ikke må overtage en gældsforpligtelse fra det indskydende selskab. Undtagelsen hertil er dog de tilfælde hvor gældsforpligtelsen overdrages ud fra et organisatorisk synspunkt som en del af grenkravet²⁹. En eventuel gældsovertagelse skal således kvalificere sig positivt i forhold til grenkravet, uden at kunne kvalificeres negativt som overtrædelse af kontantvederlagsforbuddet.

9.4.2. KONSEKVENSER FOR DET INDSKYDENDE SELSKAB

Det fremgår af FUSL § 15 d, stk. 1, at ved skattefri tilførsel af aktiver indgår fortjeneste eller tab på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som følge af tilførslen er knyttet til et her hjemmehørende modtagende selskab eller til et i udlandet hjemmehørende modtagende selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet, ikke i det indskydende selskabs skattepligtige indkomst.

Det indskydende selskab består fortsat efter tilførslen af aktiver, og det kan derfor fortsat anvende egne eller sambeskattede selskabers uudnyttede underskud fra før tilførselsdatoen, jf. SEL § 31, stk. 2. Såfremt det modtagende selskab har uudnyttede underskud fra før tilførselsdatoen, kan de som hovedregel ikke anvendes af det indskydende selskab, jf. FUSL § 8, stk. 6, 1. pkt. Såfremt der etableres koncernforbindelse mellem det indskydende og det modtagende selskab, kan det indskydende selskab anvende eventuelle underskud i det modtagende selskab, der er opstået efter tilførselsdatoen efter de almindelige regler i SEL § 31, stk. 2. Såfremt det indskydende og modtagende selskab er sambeskattet inden tilførslen, gælder hovedreglen ikke, og det indskydende

²⁹ Serup, Michael (2008): s. 542-543

selskab kan anvende det modtagende selskabs underskud, mens de har været sambeskattet iht. FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt.

9.4.3. KONSEKVENSER FOR DET MODTAGENDE SELSKAB

Ved tilførsel af aktiver succederer det modtagende selskab i det indskydende selskabs skattemæssige stilling. Dette følger af FUSL § 15 d, stk. 2 og 3 samt FUSL § 8. Ligesom ved en skattefri fusion eller spaltning, skal man være opmærksom på FUSL § 8, stk. 2, hvorefter det modtagende selskabs forhold, kan medføre at hensigten med anskaffelsen ændres, således at der sker beskatning på baggrund af det modtagende selskabs forhold.

Det er hovedreglen, at uudnyttede underskud i det modtagende selskab bortfalder uanset bestemmelsen i LL § 15, hvis tilførslen af aktiver foretages skattefrit, jf. FUSL § 8, stk. 6, 1. pkt. Der er dog en undtagelse hertil, såfremt det indskydende og modtagende selskab er sambeskattet, idet underskud opstået mens selskaberne har været sambeskattet kan bringes til fradrag, jf. FUSL § 8, stk. 6, 2. pkt. Det modtagende selskab vil i sådan en situation kunne anvende såvel sine egne som sambeskattede selskabers uudnyttede underskud.

9.4.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆRERNE

Konsekvenserne af en tilførsel af aktiver for aktionærerne kan være forskellig afhængigt af om man er aktionær i det indskydende eller det modtagende selskab. Som udgangspunkt påvirkes hverken aktionærerne i det indskydende selskab eller aktionærerne i det modtagende selskab ved tilførslen af aktiver. Det modtagende selskabs aktionærer kan dog påvirkes indirekte, såfremt aktionærerne er selskaber, idet vederlæggelse med aktier til det indskydende selskab kan medføre, at det modtagende selskabs aktionærers aktiebesiddelse skifter skattemæssig status, jf. ABL § 33 A, stk. 3, 2. pkt. Det kan f.eks. være fra koncernselskabsaktier til porteføljeaktier. Ved skift af skattemæssig status skal aktierne anses for afstået og anskaffet igen til handelsværdien på tidspunktet for skift af skattemæssig status.

9.4.5. TILFØRSELSDATOEN

Tilførselsdatoen bestemmes af FUSL § 5, og hovedreglen er at tilførselsdatoen skal være lig med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Ved tilførsel til et nystiftet selskab, skal tilførselsdatoen derfor være lig med det nystiftede selskabs åbningsstatus, mens tilførselsdatoen ved tilførsel til et eksisterende selskab, skal være lig med åbningsbalancen for det pågældende regnskabsår. Undtagelsen til hovedreglen er de tilfælde, hvor tilførslen medfører ophør eller etablering af sambeskatning/koncernforhold. I sådanne situationer skal datoen for ophør eller etablering anses som tilførselsdato, jf. FUSL § 5, stk. 3 samt SEL § 31, stk. 3 og § 31 C. Der henvises i øvrigt til afsnit 6.3.6 om fusionsdatoen.

9.4.6. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER MED TILLADELSE

Ovenstående redegørelse for tilførsel af aktiver er karakteristisk for skattefri tilførsel af aktiver med og uden tilladelse. Såfremt man ønsker at foretage en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, er der desuden nogle krav og betingelser, som man skal leve op til. Disse krav vil der blive redegjort for nedenfor.

9.4.6.1. GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER

Hvis der ansøges om en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, gælder det ligesom ved skattefri spaltning med tilladelse, at en tilladelse er betinget gyldige forretningsmæssige begrundelser, jf. fusionsdirektivets artikel 15 stk. 1, litra a.

I SKM 2006.574 LSR anmodede A A/S skattemyndighederne om tilladelse til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver til det sambeskattede datterselskab B A/S, der på daværende tidspunkt ikke havde nogen aktivitet. A A/S var ejet med 97,8 % af C A/S og med 2,2 % af D ApS. A A/S var et salgs- og produktionsselskab for tekstilvarer solgt under varemærkerne F, G og H. Herudover ejede selskabet en række ejendomme, der var udlejet til selskaber i koncernen. A A/S var således et holdingselskab for en række dattervirksomheder, der blev styret selvstændigt. Udover de anførte aktiviteter varetog selskabet en række fælles servicefunktioner som økonomi og IT for de forskellige selskaber i koncernen. Ved tilførslen ønskede man at udskille de driftsaktiviteter i det indskydende moderselskab, der knyttede sig til varemærkerne til det modtagende datterselskab. Med tilførslen skabtes en adskillelse mellem de fælles koncernaktiviteter som IT og økonomi. Landsskatteretten imødekom ansøgningen bl.a. under henvisning til, at tilførslen ville føre til en mere ensartet organisering af koncernen.

I SKM 2006.9 SKAT anmodede et selskab A om tilladelse til at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver, hvor en række udlejningsejendomme blev tilført til et nystiftet selskab B, mens den øvrige aktivitet blev beholdt i det indskydende selskab A. A var tidligere en kommunalt drevet virksomhed, men blev pr. 1. januar 2000 omdannet til et aktieselskab. A var fra og med omdannelsestidspunktet omfattet af skattefritagelsesreglerne i selskabsskattelovens § 3. Skattefritagelsen ophørte imidlertid pr. 1. januar 2003, idet A drev virksomhed, der var uforenelig med skattefritagelsesreglerne i selskabsskatteloven § 3. I ansøgningen begrundede A den skattefrie tilførsel af aktiver med, at det var væsentligt for A at beskytte skattefriheden, hvorfor udlejningsejendommene skulle tilføres til B med virkning fra 1. januar 2005, hvorved skattefriheden efter repræsentantens opfattelse ville genindtræde fra dette tidspunkt. Efter SKAT's opfattelse var det fast praksis at anses ejendomme som en gren af en virksomhed, hvorfor aktiverne der skulle

tilføres B opfyldte betingelserne i fusionsskatteloven § 15 c, stk. 2. Men da det af A var oplyst, at det var væsentligt at beskytte skattefriheden, var det SKAT's opfattelse, at anmodningen om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver alene havde til formål at opnå en rent skattemæssig fordel for det indskydende selskab. Dette medførte efter SKAT's opfattelse, at tilførslen ikke blev gennemført ud fra gyldige forretningsmæssige årsager, hvorefter der var skabt en formodning for, at tilførslen som hovedformål eller et af hovedformålene havde skatteunddragelse eller -undgåelse.

Ved en sammenligning af de to afgørelser er det tydeligt, at den forretningsmæssige begrundelse er klarest i den første afgørelse, mens begrundelsen i den anden afgørelse bygger på ønske om en gunstigere beskatning. For øvrige eksempler på gyldige forretningsmæssige begrundelser, samt tilfælde hvor skatteundgåelse ses som et af hovedformålene henvises til kapitel 6.

9.4.6.2. TILLADELSE MED VILKÅR

Ligesom det var tilfældet ved skattefri spaltning med tilladelse, giver FUSL § 15 c, stk. 1, 3. pkt. skattemyndighederne mulighed for at give en tilladelse med vilkår. Denne mulighed kan avendes, når tilførslen af aktiver er forretningsmæssigt begrundet, men hvor tilførslen samtidig rummer en mulighed skatteundgåelse, som kan imødegås ved fastsættelse af et eller flere særlige vilkår.

9.4.7. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER UDEN TILLADELSE

Med vedtagelsen af Lov nr. 343 af 18. april 2007 blev det i Danmark muligt at foretage skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse. Lovgrundlaget for skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse fremgår af FUSL § 15 c.

9.4.7.1. BETINGELSER OG KONSEKVENSER VED SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER UDEN TILLADELSE

Ligesom det er tilfældet ved skattefri spaltning uden tilladelse, er der ved skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse en række betingelser, der skal overholdes, og tilførslen får desuden en række konsekvenser for selskabets efterfølgende handlefrihed. Disse værnsregler skal sikre, at den skattefrie tilførsel af aktiver uden tilladelse ikke giver mulighed for skatteunddragelse, blot fordi der ikke skal spørges om tilladelse hos SKAT. Værnsreglerne kan skildres således:

- 1) Det indskydende selskab må ikke afstå aktier i det modtagende selskab i en periode på 3 år efter vedtagelsen af tilførslen (holdingreglen), jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 5. pkt.
- 2) Tilførslen skal oplyses på selskabets selvangivelse, jf. FUSL § 15 c, stk. 8.

Ad 1. Med indførslen af holdingkravet ved Lov nr. 525 af 12. juni 2009 må det indskydende selskab ikke afstå aktier i det modtagende selskab i en periode på tre år efter vedtagelsen af tilførslen af

aktiver. I den henseende skal man være opmærksom på, hvad der i skattemæssig forstand anses som afståelse, jf. af snit 8.3.6.2. for redegørelse herom.

Ligesom det er tilfældet ved skattefri spaltning uden tilladelse, er det ligeledes gældende for skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, at holdingkravet ikke hindrer efterfølgende omstrukturering, selvom det medfører, at det indskydende selskab afstår aktierne i det modtagende selskab, jf. FUSL § 15 c, stk. 1, 6. pkt. Der henvises i øvrigt til afsnit 8.3.7.2. for en redegørelse om konsekvenserne ved en yderligere omstrukturering.

Samtidig med indførslen af holdingkravet ophørte de tidligere betingelser om, at der i en periode på 3 år fra spaltningstidspunktet ikke måtte udloddes mere end det ordinære resultat, som udlodningen vedrørte. Der henvises dog til afsnit 9.4.1., der behandler, hvorvidt efterfølgende udbytteudlodning kan betragtes som kontant vederlag.

Ad 2. Senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse er gennemført, skal det modtagende selskab give SKAT oplysning herom. Hvis det indskydende selskab afstår aktier ved en efterfølgende omstrukturering, skal told- og skatteforvaltningen oplyses herom senest 1 måned efter afståelsen.

9.5. DELKONKLUSION

Tilførsel af aktiver kan foretages såvel skattepligtigt som skattefrit, og den skattefrie aktieombytning kan ske med og uden tilladelse. Hvorvidt tilførslen bør ske skattepligtigt eller skattefrit bør altid bero på en konkret vurdering af de faktiske forhold. Det kan eksempelvis være en fordel at lave en skattepligtig tilførsel af aktiver, såfremt det indskydende selskab har uudnyttede underskud, der kan modregnes i en eventuel skattepligtig gevinst.

Hvis man ønsker at foretage en skattefri tilførsel af aktiver, er det et ufravigeligt krav, at der er tale om tilførsel af en gren af en virksomhed, hvilket kan være alle aktiver og passiver i et selskab, men der kan også være tale om specifik del af et selskabs samlede aktiver og passiver. Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler. Et selskab kan således godt indeholde flere grene af virksomheder, og det er dermed op til en konkret vurdering at afgøre, hvilke aktiver og passiver der hører til hver enkelt gren. Udgangspunktet er at enkeltaktiver ikke udgør en gren af en virksomhed, men der er dog en undtagelse hertil, idet en udlejningsejendom med tilhørende gæld kan

overdrages, hvis den i øvrigt kan siges at opfylde betingelserne for at være en gren af en virksomhed. For at der er tale om en gren af en virksomhed, skal grenen kunne klare sig ved hjælp af egne midler. Udgangspunktet er således at de overdragne aktiver og passiver skal kunne fungere uden hjælp af lån eller sikkerhedsstillelser fra det indskydende selskab eller hovedaktionæren på andre vilkår end ved lån hos uafhængige långivere.

Et særkende ved tilførsel af aktiver i forhold til de øvrige omstruktureringsmodeller er, at det er et ufravigeligt krav, at vederlaget alene består af aktier eller anparter i det indskydende selskab. Konsekvensen af vederlæggelse med andet end aktier eller anparter er, at tilførslen bliver skattepligtig. Kravet om at vederlaget alene må bestå i aktier eller anparter medfører, at det ofte kan være belejligt at foretage en balancetilpasning ved at optage et lån forud for tilførslen, og dernæst adskille låneprovenu og låneforpligtelse ved tilførslen. En sådan konstruktion harmonerer dog ikke umiddelbart med grenkravet, da låneprovenu og låneforpligtelse hører sammen. SKAT kan dog acceptere en sådan konstruktion under forudsætning af særlige omstændigheder, gode forretningsmæssige begrundelser samt fravær af skattemæssige fordele.

Da der ved skattefri tilførsel af aktiver er forbud mod kontantvederlæggelse opstår problemstillingen hvorvidt efterfølgende begivenheder såsom udbytteudlodning kan klassificeres som kontantvederlæggelse. Det afgørende er her, hvorvidt den efterfølgende udlodning er at betragte som en del af aftalen for tilførsel af aktiver. Det følger af Hans Markus Kofoed-sagen, at kun i det tilfælde hvor udlodningen er en del af aftalen, kan udlodningen klassificeres som kontantvederlæggelse. Det betyder dog ikke, at en efterfølgende udlodning er uproblematisk. Det skyldes SKM 2009.91 ØLR, hvor en tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver tilbagekaldes, idet en efterfølgende udlodning ikke blev anset for at være forretningsmæssig begrundet. Retten fandt i stedet udlodningen skulle betragtes som en del af vederlaget, hvorfor der var tale om skatteundgåelse. Det kan derfor konkluderes, at det fortsat kan være problematisk at udlodde udbytte efterfølgende, når de subjektive regler anvendes, såfremt udlodningen ikke er forretningsmæssig begrundet. Eftersom de objektive regler ikke medfører et krav om forretningsmæssig begrundelse, og da reglerne ikke længere indeholder en udbyttebegrænsningsregel, synes denne problematik ikke at være gældende såfremt de objektive regler anvendes. Det har dog en pris i form af holdingkravet, hvorefter aktierne i det modtagende selskab ikke må afstås indenfor tre år efter tilførslen. Det er derfor vigtigt, at tage alle nuværende samt efterfølgende forhold med i overvejelserne, når man skal afgøre, hvorvidt den skattefrie tilførsel af aktiver skal ske med eller uden tilladelse.

10. AKTIEOMBYTNING

Dette kapitel vil redegøre for aktieombytning i skattemæssig henseende ved dels at definere begrebet aktieombytning og dels ved at redegøre for de skattemæssige regler for aktieombytning. Afsnittet vil samtidig behandle udvalgte domme for at illustrere de skattemæssige reglers anvendelse i praksis for derigennem at udvikle en bedre forståelse for de muligheder, problemstillinger, konsekvenser og løsninger, der knytter sig til aktieombytninger.

10.1. DEFINITION AF AKTIEOMBYTNING

Aktieombytning er en ofte anvendt omstruktureringsmodel, idet man ved at gennemføre en aktieombytning etablerer en moder/datterselskabsstruktur. Det giver mulighed for at opspare kapital fra driften i moderselskabet uden driftsrisiko, samtidig med at man kan slanke balancen i datterselskabet, hvilket gør det lettere for tredjemand at købe sig ind. Derudover kan moderselskabet sælge kapitalandelene i datterselskabet skattefrit, hvis ejerandelen er mindst 10 %. Reglerne for at fortage aktieombytning fremgår af ABL § 36 og defineres i ABL § 36, stk. 2 således:

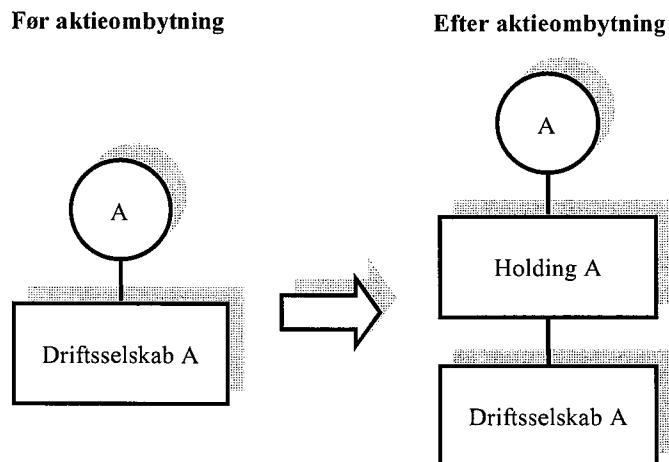
”Ved ombytning af aktier, jf. stk. 1, forstås den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, eller, hvis det allerede har et sådant flertal, erhverver en yderligere andel ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum.”

Der er i SEL ingen specifik definition af aktieombytning. I stedet anvendes SEL kapitel 3 om stiftelse ved apportindskud.

I fusionsdirektivet fra 2009 artikel 2 litra e defineres en aktieombytning som følger:

”e) den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår et flertal af stemmerne i dette selskab, eller hvis det allerede har et sådant flertal, erhverver en yderligere andel, ved til gengæld for selskabsdeltagernes værdipapirer i sidstnævnte selskab at tildele dem aktier eller anparter i førstnævnte selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 % af den pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor.”

Det fremgår, at definitionerne er identiske bortset fra, at der i den danske definition ikke er noget krav om, at det kontante udligningsbeløb maksimalt må udgøre 10 %. En aktieombytning kan illustreres således:



Figur 14: Aktieombytning

Figuren illustrerer, at ved en aktieombytning indskydes der et selskab mellem aktionæren og dennes selskab. I dette tilfælde afgiver person A sine aktier i det indskydende selskab Driftsselskab A til det modtagende selskab Holding A mod til gengæld at få aktier i Holding A.

10.2. SKATTEPLIGTIG AKTIEOMBYTNING

Ligesom det er tilfældet ved de øvrige omstruktureringsmodeller, kan aktieombytninger altid foretages skattepligtigt, hvis det er mest hensigtsmæssigt. Konsekvenserne ved en skattepligtig aktieombytning gennemgås nedenfor, ligesom der redegøres for fordele og ulemper ved at foretage en skattepligtig aktieombytning frem for en skattefri aktieombytning.

10.2.1. VEDERLAGET

Vederlaget for aktierne i det indskydende selskab skal svare til handelsværdien af de pågældende aktier.

10.2.2. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVEDE SELSKAB

En skattepligtig aktieombytning har ingen konsekvenser for det erhvervede selskab, da transaktionen alene vedrører aktierne i det erhvervede selskabs.

Det erhvervede selskab bevarer sine egne underskud ved aktieombytningen. Såfremt aktieombytningen foretages koncerninternt, medfører ombytningen heller ingen begrænsninger eller ændringer i adgangen til at udnytte underskud fra sambeskatningen, da sambeskatningskredsen ikke er ændret. Derimod begrænses adgangen til at anvende koncernunderskud, hvis aktieombytningen sker til et nystiftet eller et bestående koncerneksternt selskab, idet aktieombytningen medfører, at der etableres en ny koncernforbindelse til det erhvervede selskab. De hidtidige sambeskattede koncernselskaber fortsætter i en subsambeskatning, hvor de hidtidige underskud kan avendes indenfor subsambeskatningskredsen, jf. SEL § 31, stk. 2, 8 pkt. Fra ombytningstidspunktet er der

etableret en ny koncern, hvor det erhvervende selskab er inkluderet, og underskud herefter kan anvendes af den nye samlede koncern efter SEL § 31, stk. 2.

10.2.3. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVENDE SELSKAB

Det erhvervende selskab erhverver aktierne i det erhvervede selskab til aktiernes handelsværdi på ombytningstidspunktet.

Det erhvervende selskab begrænses ikke i adgangen til at anvende egne underskud som følge af aktieombytningen. Ved aktieombytning koncerninternt eller koncerneksternt er reglerne de samme som beskrevet i foregående afsnit, hvorfor der henvises hertil.

10.2.4. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN

Ved en aktieombytning afstår aktionæren aktierne i det erhvervede selskab på ombytningstidspunktet. Personer skal medregne gevinster ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 12, mens tab på aktier der ikke er optaget til handel på et reguleret marked fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 13. Tab ved afståelse af aktier, der er optaget til handel på et reguleret marked, kan kun fradrages i udbytter, gevinster og afståelsessummer, der vedrører aktier optaget til handel på et reguleret marked. Hvis aktionæren er et selskab afhænger de skattemæssige konsekvenser af, om de afståede aktier er porteføljeaktier eller andre aktier. Hvis det er porteføljeaktier medregnes gevinster ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 9, stk. 1, mens tab fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst såfremt der anvendes lagerprincip, jf. ABL § 9, stk. 2, og såfremt der anvendes realisationsprincip fradrages gevinster på realisationsbeskattede porteføljeaktier. Ved andre aktier end porteføljeaktier medregnes gevinst og tab ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. ABL § 8. Af samme årsag er det ofte fordelagtigt at foretage en skattepligtig aktieombytning, når der er tale om andre aktier end porteføljeaktier, og afståelsen vil medføre en gevinst.

10.2.5 OMBYTNINGSDATOEN

Den skattemæssige virkning af aktieombytningen er vedtagelsen for aktieombytningens gennemførelse i alle de deltagende selskaber. En skattepligtig aktieombytning ikke ske med tilbagevirkende kraft.

10.3. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING

Med vedtagelsen af Lov nr. 220 af 2. juni 1983 blev det for første gang muligt at foretage skattefri aktieombytning. Det var dog et krav, at der blev søgt om tilladelse hertil, eftersom det først blev muligt at foretage skattefri aktieombytning uden tilladelse med indførelsen af det objektive system ved Lov nr. 343 af 18. april 2007. Muligheden for at foretage skattefri aktieombytning fremgår af ABL § 36. Det er de samme selskaber, der har mulighed for at foretage en aktieombytning, som har

mulighed for at foretage skattefrie fusioner, hvorfor der henvises til gennemgangen i afsnit 7.3.1. Det skal dog tilføjes, at et selskab, der ikke lever op til begrebet ”selskab i en medlemsstat” kan anvende reglerne om skattefri aktieombytning efter tilladelse fra SKAT, hvis selskabet erhverver hele aktiekapitalen i et andet selskab, eller hvis et selskab, der i forvejen ejer aktier i et andet selskab, erhverver resten af aktiekapitalen i det andet selskab, jf. ABL § 36, stk. 3.

10.3.1. SÆRLIGE REGLER VED SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING

Ved aktieombytning skal man være opmærksom på følgende forhold for at ombytningen kan foretages skattefrit.

- 1) Krav om stemmeflertal (ABL § 36, stk. 2)
- 2) Værdipapireernes karakter (ABL § 1)
- 3) Ikke tilbagevirkende kraft (ABL § 36, stk. 4, sidste punktum)

Ad 1. Ifølge ABL § 36, stk. 2 er det et krav for at aktieombytningen kan ske skattefrit, at det erhvervende selskab som følge af ombytningen får flertallet af stemmerne, eller at det erhvervende selskab erhverver yderligere andele, såfremt selskabet allerede har flertallet af stemmerne. Kravet om stemmeflertal er ikke til hinder for, at der umiddelbart efter ombytningen sker en spaltning efter FUSL 15, jf. ABL § 36, stk. 2, ligesom kravet også anses for opfyldt, selvom der umiddelbart efter aktieombytningen foretages en kapitalforhøjelse af tredjemand i det erhvervede selskab, og tredjemand som følge heraf opnår majoriteten. Sidstnævnte situation er der konkret taget stilling til i SKM 2008.182 SR og SKM 2009.646 SR. I begge tilfælde bekræftede skatterådet, at en efterfølgende kapitalforhøjelse og som følge heraf ændring i majoritetsforhold ikke fik indflydelse på en skattefri aktieombytning. Det er dog et krav at majoritetsopnåelsen er reel. Det betyder, at majoritetsopnåelse ikke må forsøges omgået ved et tilbagesalg. Det var således tilfældet i SKM 2007.922 SR og SKM 2008.375 SR, hvor det erhvervende selskab i begge tilfælde ønskede at opnå majoritetsandelen ved køb aktier inden aktieombytningen, for derefter at sælge aktierne tilbage igen umiddelbart efter. I begge tilfælde anså Skatterådet det for omgåelse af majoritetskravet i ABL § 36, stk. 2. Det kan synes at gå imod retspraksis i Hans Markus Kofoed-sagen, hvor efterfølgende transaktioner ikke blev tillagt betydning i forhold til den skattefrie omstrukturering, og hvor det blev fastslået, at efterfølgende transaktioner kun kunne tillægges betydning såfremt skatteundgåelse blev anset som hovedformål eller et af hovedformålene med transaktionen. Selvom Skatterådet ikke direkte nævnet ordet ”skatteundgåelse” i de to afgørelser, men i stedet anvender sætningen ”omgåelse af stemmeflertalskravet” er det dog min vurdering, at netop formodningen om

skatteundgåelse har været en væsentlig årsag til afslagene, samt at tilbagesalget anses for indgået i tilknytning til aktieombytningen.

Grundlæggende gælder det, at majoritetsandelen skal være reel, før der kan ske skattefri aktieombytning. Det medfører, at der er en række situationer, hvor majoritetskravet ikke anses for opfyldt. Det er f.eks. tilfældet hvor det erhvervende selskab ejer flertallet af stemmerne, men hvor dette flertal ikke er reelt, da det er begrænset af en ejeraftale, vedtægtsbestemmelser eller en vetoet hos mindretalsaktionærerne. Derudover skal der også tages højde for, at et selskab iht. selskabsloven § 85 ikke kan udøve stemmeret på baggrund af sin beholdning af egne kapitalandele.

Ad 2. De værdipapirer, der kan indgå i en skattefri aktieombytning, er aktier, anparter og tegningsretter. Derudover kan endnu ikke-eksisterende aktier eller anparter i visse tilfælde ombyttes, hvilket er relevant hvis en person ønsker at omdanne sin personligt ejede virksomhed til et selskab og derefter ønsker at gennemføre en skattefri ombytning af de aktier, der vil blive udstedt i forbindelse med omdannelsen. I modsætning hertil kan køberetter og konvertible obligationer ikke indgå i en skattefri aktieombytning, ligesom det er et krav, at de værdipapirer der ombyttes ikke må vedrøre et selskab med negativ egenkapital.³⁰

AD 3. Hovedreglen er at aktieombytning ikke kan ske med tilbagevirkende kraft ifølge ABL § 36, stk. 4., sidste pkt. Denne regel knytter sig alene til anskaffelsestidspunktet for det erhvervende selskabs aktier i det erhvervede selskab, idet det erhvervende selskabs aktier anses for ombyttet på aftaledatoen. En undtagelse til hovedreglen fremgår af SEL § 31 stk. 3, 6-9 pkt., idet der ved en koncernintern skattefri aktieombytning i sambeskatningsforhold sker etablering af koncernforbindelse med tilbagevirkende kraft.

10.3.2. VEDERLAGET

Aktionæren i det erhvervede selskab skal erlægges med aktier i det erhvervende selskab og eventuelt en kontant udligningssum, jf. ABL § 36, stk. 2. Det er et krav, at aktionæren vederlægges med minimum én aktie i det erhvervende selskab, hvis aktieombytningen skal ske skattefrit.

10.3.3. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVEDE SELSKAB

Umiddelbart har en skattefri aktieombytning ikke konsekvenser for det erhvervede selskab, idet selskabet blot får en ny ejer. Selskabet kan dog opnå begrænsninger i adgangen til at anvende underskud, men da reglerne for at anvende underskud er identiske med reglerne for at anvende underskud ved skattepligtig aktieombytning, henvises der til gennemgang herfor i afsnit 10.2.2.

³⁰ Den juridiske vejledning 2011-2: C.D.6.3.3.2.

10.3.4. KONSEKVENSER FOR DET ERHVERVENDE SELSKAB

Det erhvervende selskab anses for at have erhvervet de ombyttede aktier til handelsværdien på tidspunktet for ombytningen. Som følge heraf opstår der i forbindelse med en skattefri aktieombytning en mulighed for at undgå skat, idet anskaffelsessummen er handelsværdien, hvilket medfører, at der ikke opstår en gevinst ved et salg umiddelbart efter aktieombytningen. Derudover vil mange aktieombytninger medføre, at aktierne i det erhvervede selskab bliver datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier omfattet af enten ABL § 4 A eller 4, og en eventuel gevinst vil dermed også være skattefri efter ABL § 8. Jf. i den forbindelse afsnit 8.3.7.2 der behandler henholdsvis konsekvenser ved efterfølgende salg samt holdingreglen.

Det erhvervende selskabs adgang til at anvende underskud er identisk med reglerne om at anvende underskud ved skattepligtig aktieombytning, hvorfor der henvises til redegørelsen i afsnit 10.2.3.

10.3.5. KONSEKVENSER FOR AKTIONÆREN

Ved skattefri aktieombytning sker der skattemæssig succession for aktionæren efter FUSL §§ 9 og 11. Successionsadgangen vedrører dog kun de modtagne aktier, idet en eventuel kontant udligningssum anses for aktieafståelse, som omfattes af de øvrige regler i aktieavancebeskatningsloven. Efter vedtagelsen af Lov nr. 313 af 21. maj 2002 ophørte reglen om, at den kontante udligningssum maksimalt måtte udgøre 10 %, hvorefter aktionæren nu blot skal vederlægges med mindst én aktie, mens resten af vederlaget kan ske i form af kontanter.

10.3.6. OMBYTNINGSDATOEN

Som nævnt ovenfor er hovedreglen, at en skattefri aktieombytning ikke kan ske med tilbagevirkende kraft, jf. ABL § 36, stk. 4, sidste punktum. Ombytningsdatoen er dermed lig med aftaledatoen. Efter ABL § 36, stk. 4, skal ombytningen være gennemført inden for en periode på højst seks måneder regnet fra den første ombytningsdag, hvis ombytningen skal ske skattefrit.

Hovedreglen fraviges dog i de tilfælde, hvor aktieombytningen sker koncerninternt, jf. SEL § 31 stk. 3, 6-9 pkt. Hvis der etableres koncernforbindelse ved erhvervelse af et selskab, som ikke har drevet erhvervsmæssig virksomhed forud for etableringen af koncernforbindelsen, og har selskabets egenkapital fra stiftelsen henstået som et ubehæftet kontant indestående i et pengeinstitut, anses koncernforbindelsen for etableret ved indkomstårets begyndelse, og hele selskabets indkomst for det pågældende indkomstår medregnes ved opgørelsen af sambeskatningsindkomsten. Det samme gør sig gældende ved stiftelse af et nyt selskab, i det omfang selskabet ikke i forbindelse med stiftelsen tilføres aktiver eller passiver fra selskaber, som ikke er en del af koncernen.

En undtagelse til hovedreglen fremgår af SEL § 31 stk. 3, 6-9 pkt., idet der ved koncernintern skattefri aktieombytning i sambeskatningsforhold sker etablering af koncernforbindelse med tilbagevirkende kraft.

10.3.7. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING MED TILLADELSE

Ovenstående redegørelse for aktieombytning er karakteristisk for skattefri aktieombytning med og uden tilladelse. Såfremt man ønsker at foretage en skattefri aktieombytning med tilladelse, er der desuden nogle krav og betingelser, man skal leve op til. Disse krav vil der blive redegjort for nedenfor.

10.3.7.1. GYLDIGE FORRETNINGSMÆSSIGE ÅRSAGER

For at opnå tilladelse til en skattefri aktieombytning er det et krav, at ombytningen er båret af en gyldig forretningsmæssig begrundelse. Det afgørende er således, at den forretningsmæssige begrundelse er forholdsvis konkret. For en udførlig redegørelse for gyldige forretningsmæssige begrundelser henvises til kapitel 6, herunder særligt SKM 2008.134 LSR og SKM 2005.132 TSS hvor ansøgningerne blev henholdsvis imødekommet og nægtet.

10.3.7.2. TILLADELSE MED VILKÅR

Tidligere blev der automatisk meddelt et ufravigeligt ejertidsvilkår i sager om skattefri aktieombytning, men med Leur-Bloem-dommen blev denne praksis kendt ulovligt. Det har ført til, at der nu som hovedregel bliver givet tilladelse med et vilkår om, at der skal gives meddelelse til told- og skatteforvaltningen, såfremt der inden for de første tre år efter ombytningen sker væsentlige ændringer i de forhold, der lå til grund for tilladelsen.³¹ Eksempelvis skal der ske meddelelse ved indgåelse af aftaler om afståelse af aktier i datterselskabet, herunder købe- og salgsretter, eller hvis der indgås eller ophæves aktionæroverenskomster af betydning for stemmefordelingen i datterselskabet, jf. Den juridiske vejledning 2011-2 C.D..6.3.6.1.

Især det første eksempel er relevant ved skattefri aktieombytning i de situationer, hvor aktionæren er en fysisk person. Det skyldes, at hvis aktionæren sælger driftsselskabet uden at foretage en skattefri aktieombytning, så vil aktionæren være skattepligtig af en eventuel gevinst, hvorimod en skattefri aktieombytning typisk vil medføre, at driftsselskabet kan sælges skattefrit, da holdingselskabet ejer 10 % eller mere af driftsselskabet, jf. ABL § 8. I sådan et tilfælde, vil der derfor ofte blive givet et specifikt ejertidsvilkår i forbindelse med tilladelsen. Såfremt der ikke sker anmeldelse ved efterfølgende ændringer, vil det som udgangspunkt skabe en formodning om, at tilladelsen skal tilbagekaldes og behandles på ny. Hvis de ændrede forhold ikke havde hindret den oprindelige tilladelse, vil tilladelsen som oftest blive opretholdt. Hvis de ændrede forhold derimod

³¹ Fogh, Karen m.fl. (2009): s. 730-733

havde hindret den oprindelige tilladelse, og ændringerne medfører en omgåelse af skattelovgivningen, vil aktieombytningen typisk blive skattepligtig.

10.3.8. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE

Med vedtagelsen af Lov nr. 343 af 18. april 2007 blev det i Danmark muligt at foretage skattefri aktieombytning uden tilladelse. Reglerne blev skrevet ind i ABL § 36 A, men med vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009, blev ABL § 36 A ophævet og reglerne for skattefri aktieombytning uden tilladelse fremgår nu af ABL § 36, stk. 6 og 7. Som det vil fremgå af nedenstående, følger der med valget af det objektive spor en række værnsregler, der enten medfører krav om ansøgning hos SKAT eller opstiller en række betingelser og konsekvenser.

10.3.8.1. BETINGELSER OG KONSEKVENSER VED SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE

De regler, der blev gennemgået ovenfor angående skattefri aktieombytning med tilladelse, gælder ligeledes ved skattefri aktieombytning uden tilladelse, men herudover er der en række yderligere værnsregler, som selskaberne skal leve op til, når aktieombytningen sker uden tilladelse. Disse værnsregler skal sikre, at den skattefrie aktieombytning uden tilladelse ikke giver mulighed for skatteunddragelse, blot fordi der ikke skal spørges om tilladelse hos SKAT. Værnsreglerne kan skildres således:

- 1) Værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier, jf. ABL § 36, stk. 6, 2. pkt.
- 2) Det erhvervende selskab må ikke afstå aktier i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet, jf. ABL § 36, stk. 6, 3. pkt.
- 3) Det er en betingelse for ombytning af aktier uden tilladelse, at aktionærer, der har bestemmende indflydelse i det erhvervede selskab, ombytter aktierne i dette selskab med aktier i et selskab, der er hjemmehørende på Færøerne eller i Grønland, en stat, der er medlem af EU/EØS, eller en stat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, jf. ABL § 36, stk. 6, 6. pkt.
- 4) Ombytningen skal oplyses på selskabets selvangivelse, jf. ABL § 36, stk. 7.

Ad 1. Det er udtrykkeligt anført i ABL § 36, stk. 6, 2. pkt., at værdien af vederlæggelsen skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier. Det fremgår af Skatteministerens høringssvar til Lovforslag 110 2006/2007, at handelsværdien skal forstås som den dagsværdi inklusiv eventuel goodwill, aktierne vil blive overdraget til ved salg til en uafhængig tredjemand. Det skal sikre, at der ikke sker formueforskydning mellem aktionæren og det erhvervende selskab i forbindelse med aktieombytningen. Dette vil som oftest ikke give anledning til problemer eller spørgsmål ved

ombytning mellem uafhængige parter. Men da en forkert værdiansættelse kan medføre, at ombytningen bliver skattepligtig, bør det overvejes at indhente et bindende svar fra SKAT, når der usikkerhed omkring værdiansættelsen.

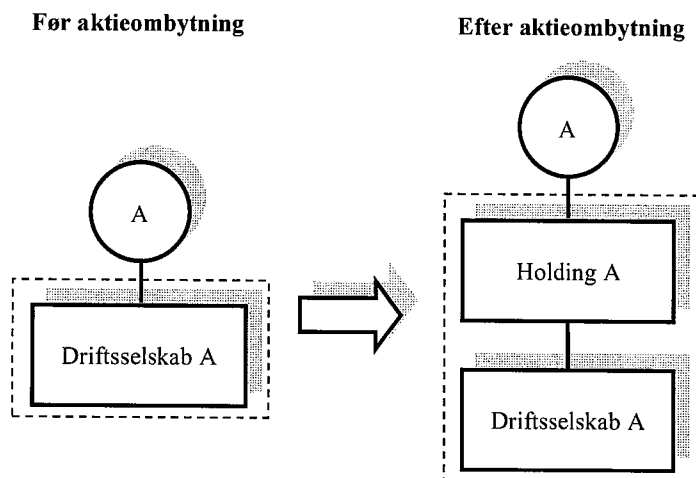
AD 2. Med indførslen af holdingkravet ved Lov nr. 525 af 12. juni 2009 må det erhvervende selskab ikke afstå aktier i det erhvervede selskab i en periode på tre år efter vedtagelsen af en skattefri aktieombytning uden tilladelse, jf. ABL § 36, stk. 6, 2. pkt. I den henseende skal man være opmærksom på, hvad der i skattemæssig forstand anses som afståelse, jf. afsnit 8.3.7.2. for redegørelse herom. Holdingkravet skal sikre, at en aktionær ikke undgår en ellers skattepligtig gevinst, ved at ombytte aktier i et driftsselskab med aktier i et holdingselskab, hvorefter holdingselskabet skattefrit sælger aktierne i driftsselskabet efter ABL § 13.

Ligesom det er tilfældet ved skattefri spaltning uden tilladelse er det ligeledes gældende for skattefri aktieombytning uden tilladelse, at holdingkravet ikke hindrer efterfølgende omstrukturering, hvis der ved omstruktureringen ikke sker vederlæggelse med andet end aktier, jf. ABL § 36, stk. 6, 4. pkt. Der henvises i øvrigt til afsnit 8.3.7.2. for en redegørelse om konsekvenserne ved en yderligere omstrukturering.

Holdingkravet hindrer heller ikke en efterfølgende kapitalforhøjelse, jf. SKM 2009.646 SR. Det er således ikke et brud mod holdingkravet, hvis en tredjemand indskyder kapital umiddelbart efter aktieombytningen, da det erhvervende selskab ikke afstår aktier i forbindelse med kapitalforhøjelsen. Omvendt er det et brud med holdingkravet, hvis der foretages en kapitalnedsættelse inden de tre år er gået, og konsekvensen heraf vil være, at transaktionen bliver skattepligtig.

Samtidig med indførslen af holdingkravet ophørte de tidligere betingelser om, at der i en periode på 3 år fra ombytningstidspunktet ikke måtte udloddes mere end det ordinære resultat, som udlodningen vedrørte. Der henvises dog til afsnit 9.4.1., der behandler, hvorvidt efterfølgende udbytteudlodning kan betragtes som kontant vederlag.

Selvom holdingkravet er et mere simpelt krav, end de tidligere gældende regler, kan man godt diskutere relevansen af holdingkravet ved skattefri aktieombytning efter de objektive regler, jf. nedenstående figur samt tekst:



Figur 15: "Osteklokken"

Figuren skal illustrere, at selv ved fraværet af holdingreglen, så er det ikke muligt, at udlodde udbytte fra selskabskonstruktionen ud til den fysiske aktionær, uden at der sker beskatning. Dette er illustreret ved den stiplede linje. På den baggrund, kan man argumentere for, at holdingkravet ikke er relevant ved skattefri aktieombytning efter de objektive regler. For i det øjeblik der udloddes ud af "osteklokken", da skal der ske udbyttebeskatning hos modtageren. I den første situation vil det således være så snart der sker udlodning. I den anden situation er det muligt, at udlodde skattefrit fra Driftsselskab A. Men så snart der udloddes fra Holding A, da vil der ske udbyttebeskatning. Det vil sige, at selvom Holding A kan sælge Driftsselskab A uden at der sker beskatning, så vil pengene herfra aldrig kunne tilgå aktionærens privatøkonomi skattefrit.

Ad 3. En skattefri aktieombytning vil altid kræve tilladelse fra SKAT, hvis en aktionær, der har bestemmende indflydelse i det erhvervede selskab, ombytter aktier i det erhvervede selskab med aktier i et erhvervende selskab, der er hjemmehørende i en stat, der ikke er medlem af EU/EØS, Færøerne eller Grønland, eller i en stat, som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, jf. ABL § 36, stk. 6. 6. pkt.

Ad 4. Det er et krav ved skattefri aktieombytning uden tilladelse, at det erhvervende selskab giver told- og skatteforvaltningen oplysning om, at selskabet har deltaget i en aktieombytning efter reglerne i stk. 6 senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført. Derudover skal det erhvervende selskab senest 1 måned efter afståelsen meddele told- og skatteforvaltningen, hvis selskabet efterfølgende afstår aktierne indenfor tre år efter ombytningen.

10.4 DELKONKLUSION

Aktieombytning kan foretages såvel skattepligtigt såvel som skattefrit, og den skattefrie aktieombytning kan ske med og uden tilladelse. Aktieombytning er en ofte anvendt omstruktureringsmodel, da den muliggør etableringen af en koncernstruktur, ved at indskyde et selskab mellem aktionæren og driftsselskabet. Hvorvidt aktieombytningen bør ske skattepligtigt eller skattefrit bør altid bero på en konkret vurdering af de faktiske forhold. Vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009 har imidlertid medført, at i de tilfælde hvor man ønsker at indskyde et mellemholdingselskab mellem et holdingselskab og dennes driftsselskab, og hvor holdingselskabet ejer 10 % eller mere af driftsselskabet, er der ingen ulemper ved at foretage en skattepligtig aktieombytning, idet en eventuel gevinst er skattefri efter ABL § 13.³²

Ved skattefri aktieombytning er det et ufravigeligt krav, uanset om ombytningen sker med eller uden tilladelse, at det erhvervende selskab som følge af ombytningen får flertallet af stemmerne, eller beholder flertallet af stemmerne. Hvorvidt det er bedst at anvende de subjektive eller de objektive regler afhænger af en konkret vurdering af de faktiske forhold. Det er min vurdering, at såfremt der foreligger en gyldig forretningsmæssig begrundelse bag ønsket om skattefri aktieombytning, bør man anvende det subjektive regelsæt, da ens handlefrihed er større end hvis man vælger de objektive regler. Omvendt bør man anvende det objektive regelsæt, hvis ikke man har en gyldig forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen. Man skal blot være opmærksom på, at valget af det objektive spor medfører, at man skal overholde en række værnsregler. Det objektive regelsæt medfører dermed en række begrænsninger i ens efterfølgende handlefrihed. Derudover skal de deltagende parter være opmærksomme på, at det udtrykkeligt fremgår af reglerne for skattefri aktieombytning uden tilladelse, at vederlaget skal svare til handelsværdien. Det kan derfor anbefales at indhente et bindende svar fra skat vedrørende værdiansættelserne, såfremt disse måtte være behæftet med usikkerhed, da man ellers risikerer, at aktieombytningen bliver skattepligtig.

³² Forudsætter at man ikke er omfattet af reglen om omvendte juletræer.

11. SÆRLIGT OM OMSTRUKTURERINGER UDEN TILLADELSE

I de fire foregående kapitler er der blevet redegjort for hver enkelt omstruktureringsmodel, herunder hvorvidt man skal vælge at foretage en skattefri eller en skattepligtig omstrukturering. Som der blev argumenteret for, er det ikke muligt at give et entydig svar på dette spørgsmål, da det altid bero vil på en konkret vurdering af de faktiske forhold. Såfremt man vælger en skattefri omstrukturering, er det spørgsmålet, om den skal foretages med eller uden tilladelse. Dette spørgsmål vil blive omdrejningspunktet for afsnittene i dette kapitel.

11.1. RANGORDNING

Umiddelbart lyder det som en klar fordel, at vælge en skattefri omstrukturering uden tilladelse frem for en skattefri omstrukturering med tilladelse. Men ovenstående viser, at det ikke nødvendigvis er lettere pga. af de værnsregler, der følger med i kølvandet på skattefrie omstruktureringer uden tilladelse. Ved at sammenholde de fire omstruktureringsmodeller står det imidlertid klart, at der kan være forskel på, hvor svært det er at leve op til værnsreglerne, afhængigt af hvilken omstruktureringsmodel der er tale om. Det giver anledning til en diskussion af, hvorvidt det er muligt at rangordne de forskellige omstruktureringsmodeller efter, hvor komplicerede de er at gennemføre skattefrit uden tilladelse. Diskussionen er interessant, da man umiddelbart forbinder skattefrie omstruktureringer uden tilladelse med mindre bureaukrati og mere smidighed, men valget af skattefrie omstruktureringer uden tilladelse medfører en række problemstillinger, man som selskabsdeltager er nødt til at forholde sig til, ellers risikerer man, at transaktionen bliver skattepligtig. Nedenstående skal ses som et forsøg på at rangordne omstruktureringsmodellerne efter hvor komplicerede de er at gennemføre skattefrit uden tilladelse. Rangordningen er således hovedsageligt baseret på, hvor stor risiko der er for, at man ikke kan overholde FUSL's regler, med den konsekvens at transaktionen bliver skattepligtig.

Rangordningen vurderes at være som følger, hvor 1 er den mindst komplicerede og 4 er den mest komplicerede at gennemføre skattefrit uden tilladelse:

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

11.1.1. SKATTEFRI AKTIEOMBYTNING UDEN TILLADELSE

Selve transaktionen ved aktieombytning er forholdsvis simpel, idet aktionæren skyder aktierne i det erhvervede selskab ind i det erhvervende selskab mod til gengæld at få aktier i det erhvervende selskab i bytte. Umiddelbart er det også forholdsvis simpelt, at overholde holdingkravet, hvorefter

det erhvervende selskab ikke må afstå aktier i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet, jf. ABL § 36, stk. 6, 3. pkt.

Som der er redegjort for i ovenstående skal man dog være opmærksom på, at det ikke kun er et egentligt salg, der kan betragtes som afståelse, da bl.a. konkurs, likvidation, visse vedtægtsændringer samt kapitalnedsættelser også er at betragte som afståelse. Det skal man således være opmærksom på, når man vælger en skattefri aktieombytning uden tilladelse, da manglende overholdelse medfører at transaktionen bliver skattepligtig. Hvis man ser bort fra konkurssituationen er kravet dog forholdsvis let at overholde, og det bør derfor ikke være et forhold, der gør det sværere at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse.

Når man ser bort fra situationen, hvor et nystiftet selskab er det erhvervede selskaber, er det i stedet sværere at opfylde kravet om, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier, jf. ABL § 36, stk. 6, 2. pkt. Ved aktieombytning er det de overdragne aktier, der skal værdiansættes til handelsværdien. I de tilfælde hvor der er tale om overdragelse af børsnoterede aktier, fastlægges handelsværdien ud fra børskursen på overdragelsesdagen. Ofte vil der dog være tale om unoterede aktier, hvor der ikke er nogen dagsværdi for de enkelte aktiver. Såfremt aktieombytningen foretages mellem uafhængige parter, er der som udgangspunkt ingen regler for værdiansættelsen, da det må antages at hver part forsøger at tilgodese sig selv. I de tilfælde, hvor der sker overdragelse mellem interesseforbundne parter, skal der tages udgangspunkt i SKAT's retningslinjer for, hvordan handelsværdien skal fastlægges. Der findes grundlæggende tre forskellige metoder til fastlæggelse af handelsværdien for unoterede aktier:

1. Cirkulære nr. 185 af 17.11.1982 (Værdiansættelsescirkulæret).
2. TSS-Cirkulære 2000-9 og TSS-Cirkulære 2000-10.
3. Værdiansættelsesvejledningen: Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; værdiansættelse.

Ad 1. Værdiansættelsescirkulæret fra 1982 er på trods af sin alder stadig gældende, men det kan alene anvendes til værdiansættelse af aktiver ved direkte overdragelser mellem personer inden for gaveafgiftskredsen, jf. BAL § 1, og ved udlæg fra dødsboer. Beregningen af værdien af unoterede aktier sker ud fra såkaldte kapitaliseringsfaktorer, der fastsættes af Skatteministeriet, jf. SKM 2010.849 SKAT. Måden hvorpå værdien af de unoterede aktier beregnes afhænger af, hvilket slags

selskab der er tale om. Det er dog kendetegnende, at beregningerne tager udgangspunkt i de historiske tal. Dermed kan det være en fordel at anvende denne metode i selskaber med stor goodwill.

Ad 2. Ved overdragelse mellem interesseforbundne parter, hvor der er tale om virksomheder med stabil indtjening og begrænsede immaterielle aktiver udover goodwill, der ikke er omfattet af værdiansættelsescirkulæret fra 1982, finder TSS-Cirkulære 2000-9 anvendelse. Udgangspunktet er, at aktiernes værdi beregnes som summen af værdierne af de enkelte aktivposter i selskabet minus de respektive gældsposter i selskabet. Den således opgjorte værdi tillægges værdien af goodwill, der beregnes efter TSS-Cirkulære 2000-10. Beregningen foretages på baggrund af selskabets indre værdi ifølge seneste aflagte årsregnskab, dog med korrektion af følgende poster:

- *Fast ejendom*: Den regnskabsmæssige post for ejendomme erstattes med den seneste kendte offentlige ejendomsvurdering, dog med tillæg af eventuelle ombygningsudgifter, såfremt disse udgifter ikke er indeholdt i ejendomsvurderingen. Udenlandske ejendomme medtages til den bogførte værdi.
- *Associerede selskaber*: Beholdninger af unoterede aktier i associerede selskaber og i tilknyttede virksomheder medtages til værdien opgjort efter hjælpereglen, når handelsværdien i øvrigt er ukendt.
- *Goodwill og andre immaterielle aktiver*: Goodwill fastættes efter de retningslinjer der fremgår af TSS-cirkulære 2000-10.
- *Udskudt skat*: Beregnet udskudt skat medtages og reguleres under hensyntagen til ovennævnte korrektioner. Negativ udskudt skat kan medtages, dog kun til en værdi under pari.
- *Andre forhold*: Hvis der er egne aktier, medtages de ikke i beregningen af den indre værdi. Ved beregning af kursen reduceres den nominelle aktiekapital med den andel, som de egne aktier repræsenterer.

Ad 3. Som følge af at de to foregående beregningsmetoder, tager udgangspunkt i et selskabs historiske indtjening, der umiddelbart ikke siger noget om selskabets fremtidige indtjening, udarbejdede SKAT Værdiansættelsesvejledningen. Hensigten hermed var iht. vejledningens ordlyd, at sikre en mere ensartet anvendelse af værdiansættelsesmodellerne. Det har ført til, at vejledningen i højere grad anbefaler brug af kapitalværdibaserede modeller, som f.eks. Discounted Cash Flow modellen eller Economic Value Added modellen. Derved lægges der op til, at (forventninger til) virksomhedens fremtidige indtjening skal lægge til grund for værdiansættelsen, ligesom man kender

det fra handler mellem uafhængige parter. På trods af at SKAT med Værdiansættelsesvejledningen ønskede at skabe mere klarhed på området, er det dog tvivlsomt, om dette er lykkedes i praksis, idet anvendelsesområdet for Værdiansættelsesvejledningen ikke er helt entydigt. Opsummeret kan man sige, at værdiansættelsesvejledningen skal anvendes ved alle koncerninterne overdragelser, hvor TSS-Cirkulærerne fra 2000 ikke kan anvendes. Det afgørende ved valg af værdiansættelsesmetode er således, om den valgte model er den bedst egnede til at fastslå handelsværdien. Af samme grund bør Værdiansættelsesvejledningen anvendes fremfor TSS-Cirkulærerne fra 2000 i tilfælde, hvor der er tale om virksomheder med betydelig vækstpotentiale. Hvorvidt anvendelsen af Værdiansættelsesvejledningen vil give en mere ensartet værdiansættelse er samtidig tvivlsom, da værdiansættelsesmodeller baseret på fremtidige forventninger i sagens natur bygger på subjektive vurderinger.

Som det fremgår af ovenstående er det ikke uden problemer, at værdiansætte de overdragne aktiver. Problematikken ved værdiansættelse går dog igen i alle omstrukturingsmodellerne, hvorfor det ikke i sig selv gør det vanskeligere at gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse frem for en af de andre omstruktureringer.

11.1.2. SKATTEFRI FUSION UDEN TILLADELSE

Som det fremgår af kapitel 7, er særkendet for skattefrie fusioner, at man hverken skal eller kan bede om tilladelse. Skattefrie fusioner er således per definition uden tilladelse. Da kravene, man skal overholde i forbindelse med en skattefri fusion, er forholdsvis begrænsede, medfører det, at skattefrie fusioner er forholdsvis lette at gennemføre uden tilladelse, hvilket er årsagen til placeringen i ovenstående rangordning.

Skattefrie fusioner uden tilladelse skal ske til handelsværdien, ligesom det er tilfældet ved skattefrie aktieombytninger uden tilladelse. Ved skattefrie fusioner skal handelsværdien dog findes for både det indskydende og det modtagende selskab, således at aktionærene i det indskydende og modtagende selskab modtager et vederlag, der svarer til det rigtige ombytningsforhold. Eftersom der ved fusioner skal værdiansættes to virksomheder i stedet for en, medfører det i sig selv en større risiko for, at mindst en af virksomhederne er værdiansat forkert. Selve problematikken ved værdiansættelsen af de to selskaber er dog identisk med den problematik, der er redegjort for ved aktieombytninger i foregående afsnit, hvorfor der henvises hertil.

Derudover skal man i højere grad have fokus på eventuelle underskud og fremtidig underskudsanvendelse ved fusioner end ved aktieombytninger. Det skyldes, at underskud i højere

grad fortabes ved skattefrie fusioner end ved skattefrie aktieombytninger, da det erhvervede selskab altid kan anvende sine egne underskud efter aktieombytningen. Da den skattemæssige værdi af underskud kan være ganske betydelig i mange tilfælde, er det således et forhold, man ikke bør overse ved skattefrie fusioner.

Som det fremgår, synes skattefrie fusioner ikke i udpræget grad at være vanskeligere at gennemføre uden tilladelse end skattefrie aktieombytninger. Dog er der ved skattefrie fusioner både succession for aktionæren og det indskydende selskab, mens der kun er succession for aktionæren ved skattefrie aktieombytninger, hvilket er en af årsager til, at skattefrie fusioner, vurderes at være vanskeligere at gennemføre. Man kan derfor også diskutere, om ikke skattefrie aktieombytninger kun burde være mulige at foretage uden tilladelse, ligesom det er tilfældet med skattefrie fusioner.

11.1.3. SKATTEFRI TILFØRSEL AF AKTIVER UDEN TILLADELSE

Som det er tilfældet ved skattefri aktieombytning uden tilladelse gælder der også et holdingkrav ved skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, ligesom vederlaget skal svare til handelsværdien af den overtagne gren. De to krav i sig selv medfører således ikke, at skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse må betragtes som vanskeligere end skattefri aktieombytning eller fusion uden tilladelse.

Den væsentligste årsag til at skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse rangeres som nummer 3 skyldes grenkravet. Kravet der også gør sig gældende ved skattepligtig tilførsel af aktiver og skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, bliver ikke mere kompliceret af, at det også gælder, når der ikke søges om tilladelse. Men som det fremgik af afsnit 9.2, kan det ofte være vanskeligt at lave en klar afgrænsning af en gren af en virksomhed. Når det holdes sammen med, at der ikke ansøges om tilladelse, og det samtidig er et ufravigeligt krav, at der er tale om tilførsel af en gren af en virksomhed, hvis transaktionen skal kunne ske skattefrit, så bliver transaktionen forholdsvis kompliceret. Dernæst følger, at når grenen er afgrænset, så skal den efterfølgende værdiansættes til handelsværdien, og selv om grenen bør være en organisatorisk og økonomisk enhed, er det ikke nødvendigvis ensbetydende med, at pengestrømmene fra grenen vil være de samme efter tilførslen, hvilket kan komplicere værdiansættelsen yderligere. Manglende overholdelse af enten grenkravet eller kravet om at vederlaget skal svare til handelsværdi, vil således medføre at transaktionen bliver skattepligtig.

Derudover er der ved tilførsel af aktiver kravet om, at vederlaget alene må ske i aktier i det modtagende selskab. Når tilførslen sker til et eksisterende selskab giver det nødvendigvis ikke anledning til store problemer. Det bliver mere kompliceret, når tilførslen sker til et eksisterende

selskab. Det skyldes, at der skal tages hensyn til to forhold. Dels skal det indskydende selskab vederlægges med aktier i det modtagende selskab, og aktiernes værdi skal svare til handelsværdien af grenen. Dels må der ikke ske formueforskydning mellem den oprindelige aktionær i det modtagende selskab og det indskydende selskab. Det medfører, at værdien de aktier som aktionæren i det modtagende selskab har, skal være den samme før og efter tilførslen.

Slutteligt vil en skattefri tilførsel af aktiver som hovedregel medføre, at der sker fortabelse af underskud i det modtagende selskab, jf. afsnit 9.4.2.

Sammenfattende kan det konkluderes, at de væsentligste årsager til, at skattefri tilførsel af aktiver rangeres som nummer tre, ikke skal findes i de værnsregler, den manglende ansøgning om tilladelse medfører. Det skyldes i højere grad de krav, der stilles til at en tilførsel af aktiver overhovedet kan gennemføres skattefrit, idet de væsentligste argumenter ovenfor, også gælder ved skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse.

11.1.4. SKATTEFRI SPALTNING UDEN TILLADELSEN

Ved skattefrie spaltninger uden tilladelse skal man overholde de samme væsentlige værnsregler, der gælder ved enten skattefrie aktieombytninger, fusioner og tilførsel af aktiver uden tilladelse. Det betyder, at ved skattefrie spaltninger uden tilladelse skal man overholde holdingkravet, at overdragelsen sker til handelsværdi og at der ikke må vederlægges med andet end aktier. Man skal derfor også have ovenstående problemstillinger in mente, når man foretager skattefrie spaltninger uden tilladelse. Det i sig selv medfører, at skattefrie spaltninger uden tilladelse er en af de mest komplicerede former for skattefrie omstruktureringer uden tilladelse. Men det der gør, at den vurderes at være den meste komplicerede form er, at der herudover er en række yderligere værnsregler, der skal overholdes, samtidig med at værnsreglerne indbyrdes kan modvirke hinanden, når de kombineres.

Som det fremgår af afsnit 8.3.6.1 er der indført strengere afgrænsninger for, hvem der kan foretage skattefri spaltninger uden tilladelse, end der er ved de øvrige skattefrie omstruktureringer uden tilladelse. Det gør som sådan ikke skattefrie spaltninger uden tilladelse mere kompliceret, men det siger noget om, at man fra lovgivers side har været særligt opmærksomme på, at lukke af for eventuelle muligheder for skatteunddragelse eller formueforskydning mellem de deltagende parter. Den afgørende årsag til, at skattefrie spaltninger vurderes at være den meste komplicerede form for skattefrie omstruktureringer uden tilladelse er, at man skal overholde FUSL § 15 a, stk. 2, 3. pkt., hvorefter forholdet mellem aktiver og forpligtelser, der overføres til det modtagende selskab, svarer

til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab. Hvor svært det er overholde dette krav afhænger som det fremgår af afsnit 8.3.7.2 af, hvorvidt der er tale om en ophørsspaltning eller en grenspaltning. Ved ophørsspaltning er det tilladt at foretage en balancetilpasning ved optagelse af lån forinden spaltningens gennemførelse. Denne mulighed foreligger som udgangspunkt ikke ved grenspaltning, idet udgangspunktet er, at låneforpligtelse og låneprovenu ikke må adskilles. Jf. dog afsnit 9.2.3. om undtagelsestilfældene hvor låneoptagelse accepteres.

Hvis man derudover kombinerer kravet vedr. forholdet mellem aktiver og passiver med, at der skal ske overdragelse til handelsværdi, samt at en selskabsaktionær der ejer mindst 10 % af kapitalen eller hvis aktier er koncernselskabsaktier ikke må modtage andet end aktier, så siger det sig selv, at råderummet er indskrænket, og at risikoen for ikke at leve op til reglerne øges. Spørgsmålet er dermed, om det er tilrådeligt, at foretage skattefrie spaltninger uden tilladelse i ret mange tilfælde, idet konsekvensen af ikke at leve op til værnsreglerne, er at transaktionen bliver skattepligtig.

Svaret herpå må være, at i mange skattefrie spaltninger uden tilladelse – og for så vidt også i de fleste øvrige skattefrie omstruktureringer uden tilladelse - bør man som minimum søge om bindende svar på de forudsætninger omstruktureringer bygger på, herunder især værdiansættelsen af aktiverne og passiver. Dermed vil man ofte stå i den ironiske situation, at det ofte ikke vil være tilrådeligt at foretage en skattefri omstrukturering uden en eller anden form for rådføring med SKAT.

11.1.5. REPARATIONSMULIGHEDER

En måde hvorpå man kan gøre det mere attraktivt at foretage skattefrie omstruktureringer uden tilladelse, samtidig med at man mindsker behovet for at søge om bindende svar hos SKAT, er ved at indføre reparationsmuligheder. Dette begreb kender man fra andre steder i skatteretten eksempelvis i VOL. Ifølge VOL § 2, stk. 1, nr. 5 må aktiernes anskaffelsessum som udgangspunkt ikke være negativ. Såfremt der sidenhen opstår korrektioner fra skattemyndighedernes side med den konsekvens at anskaffelsessummen bliver negativ, kan VOL's regler alligevel anvendes såfremt ejeren udligner den negative anskaffelsessum ved indbetaling til selskabet senest en måned efter den skatteansættende myndigheds meddelelse om, at betingelserne i VOL § 2, stk. 1, nr. 5, ikke er opfyldt, jf. VOL § 4, stk. 5. Selv hvis 1 måneds fristen overskrides, kan der søges dispensation, jf. VOL § 2, stk. 4, hvorefter skattemyndighederne foretager en samlet vurdering af omstændighederne. Hvis dispensationen gives, skal ejeren udligne den negative anskaffelsessum ved betaling til selskabet senest en måned efter meddelelsen om, at tilladelse er givet. Denne udligning sker uden, at det får negative skattemæssige konsekvenser for overdrageren eller det

modtagende selskab. Selskabet bliver dermed ikke skattepligtigt af udligningen, mens overdragerens anskaffelsessum blot forøges med udligningen.

Hvis man forestiller sig, at der blev indført lignende regler ved skattefrie omstruktureringer uden tilladelse, ville det efter min vurdering blive langt mere attraktivt at bruge de objektive regler. Et konkret eksempel på anvendeligheden af sådanne reparationsmuligheder kunne være det tilfælde, hvor SKAT efterfølgende korrigerer værdiansættelsen af de overførte aktiver og passiver. Som ovenstående viste, vil netop værdiansættelse i mange tilfælde, være en vurderingssag, hvor små ændringer i forudsætningerne, kan få forholdsvis stor betydning for den endelige værdi. I stedet for, at hele transaktionen herefter bliver skattepligtig kunne man i stedet indføre regler, der tillader, at de deltagende parter justerer vederlag, anskaffelses- og afståelsessummer m.m. På den måde ville man mindske skaden ved, at de overtagne aktiver og passiver ikke er værdiansat korrekt. Det vil samtidig mindske behovet for at søge om bindende svar hos SKAT, idet man på trods af fejl, stadig kan bevare transaktionens skattefrihed.

En sådan lempelse øger alt andet lige muligheden for at begå skatteunddragelse. Denne konsekvens kunne man dog mindske ved, at man f.eks. i forbindelse med selskabets selvangivelse tillige skal angive, hvorvidt den foretagne omstrukturering er sket med eller uden bindende svar om værdiansættelsen. Dermed kunne SKAT koncentrere sine stikprøvekontroller om netop de tilfælde. Det er samtidig klart, at sådanne reparationsmuligheder ikke skal ses som en gavebod til de deltagende parter, men det må formodes, at i de tilfælde, hvor omstruktureringen foretages mellem uafhængige parter, der vil hver part varetage sine egne interesser, hvorefter værdiansættelsen som udgangspunkt må være korrekt. I de tilfælde hvor omstruktureringen foretages mellem parter, der ikke er uafhængige, fremgår det allerede direkte af loven i dag, at der skal handles til handelsværdien, ligesom reglerne om transfer pricing foreskriver, at der skal handles på armslængdevilkår.

Selvom der således allerede er regler for værdiansættelsen ved omstruktureringer, vil der samtidig altid være tilfælde, hvor de deltagende parter, forsøger at unddrage i skat. Hvis der direkte er tale om, at man forsøger at begå skatteunddragelse, så bør det naturligvis have den konsekvens, at omstruktureringen ikke kan "repareres". Det vil sige, at transaktionen bliver skattepligtig. Hvorvidt der skal være adgang til at benytte reparationsmuligheden eller ej kunne f.eks. blive bestemt ud fra skatteundgåelsesklausulen, hvorefter der ikke skal være reparationsmulighed, hvis omstruktureringen som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller

skatteundgåelse. Det bør således mindske risikoen for, at reparationsmuligheden medvirker til, at omstruktureringen bliver foretaget ud fra forkerte forudsætninger.

11.2. DELKONKLUSION

Umiddelbart lyder det mere fordelagtigt, at foretage skattefrie omstruktureringer efter de objektive regler fremfor efter de subjektive regler. Risikoen for at man ikke kan overholde de værnsregler, der følger med i valget af de objektive regler, medfører dog, at det ofte vil være tilrådeligt, at søge om bindende svar på f.eks. værdiansættelsen af de overdragne aktiver og passiver hos SKAT. Det fører til, at det er interessant at se på, hvor kompliceret og risikofyldt det er foretage de enkelte former for omstrukturering efter de objektive regler. Det vurderes således, at kompleksiteten af værnsreglerne og risikoen for ikke at overholde dem stiger i denne rækkefølge: Aktieombytning, fusion, tilførsel af aktiver og spaltning.

Konsekvensen af at overtræde de medfølgende værnsreglerne er, at transaktionen bliver skattepligtig, og man kan således diskutere rimeligheden i dette, såfremt der ikke er tale om bevidst skatteunddragelse. Man kan derfor argumentere for, at man med fordel kunne indføre reparationsmuligheder, således at i de tilfælde, hvor SKAT korrigerer omstruktureringen efterfølgende, der kan man stadig bevare transaktionens skattefrihed, ved at omstruktureringen ændres iht. SKAT's korrektion. Det vil alt andet lige mindske behovet for at søge om bindende svar hos SKAT om f.eks. værdiansættelsen, da konsekvensen af en fejl ikke er ensbetydende med skattepligt.

I de tilfælde, hvor de deltagende parter bevidst forsøger at begå skatteunddragelse, da bør de naturligvis være afskåret fra at benytte reparationsmuligheden. Adgang til at benytte reparationsmuligheden eller ej kunne blive bestemt ud fra skatteundgåelsesklausulen, hvorefter der ikke skal være reparationsmulighed, hvis omstruktureringen som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

12. KONKLUSION

Efter den danske skattelovgivning er der fire mulige omstrukturingsmodeller: Fusioner, spaltninger, tilførsel af aktiver og aktieombytninger. De fire former for omstruktureringer kan foretages enten skattepligtigt eller skattefrit. De nuværende regler for at foretage omstruktureringer skattefrit er blevet til over en lang årrække, men med fusionsdirektivet indførelse i dansk ret i 1992, har reglerne for skattefrie omstruktureringer i stigende grad været udformet i overensstemmelse med EU-retten. Der er dog det særkende ved de danske regler for skattefrie omstruktureringer, at det i Danmark er muligt at vælge mellem to spor. Det ene spor er i større eller mindre grad styret af fusionsdirektivet, og er kendetegnet ved a) krav om tilladelse, b) krav om forretningsmæssig begrundelse og c) subjektive kriterier for transaktionens skattefrihed. Det andet spor, er et rent dansk spor, og det er kendetegnet ved a) fravær af et krav om tilladelse, b) fravær af et krav om forretningsmæssig begrundelse og c) objektive kriterier for transaktionens skattefrihed. De to spor gælder dog kun ved spaltninger, tilførsel af aktiver og aktieombytninger.

Mulighederne for at omstrukturere selskaber iht. til dansk lovgivning er dermed mange, idet man dels kan vælge mellem fire omstrukturingsmodeller, og derudover kan man vælge at foretage omstruktureringen skattepligtigt eller skattefrit. Såfremt man vælger at foretage omstruktureringen skattefrit kan man derudover vælge om det skal ske efter subjektive regler eller de objektive regler, hvis der er tale om spaltning, tilførsel af aktiver eller aktieombytning. Men uanset hvilken model man vælger at omstrukturere sit selskab efter medfører det en række konsekvenser og problemstillinger, som man skal have forholdt sig til inden man påbegynder omstruktureringen.

Hvis man vælger at foretage en skattepligtig omstrukturering, har det i sagens natur den konsekvens, at de deltagende parter skal opgøre eventuelle skattepligtige fortjenester eller fradragsberettigede tab. Umiddelbart lyder det som en ulempe at foretage en skattepligtig omstrukturering, og der kan også være en likviditetsmæssig problemstilling, såfremt omstruktureringen medfører store skattemæssige gevinster. Derudover kan der være en problemstilling i de tilfælde, hvor der opgøres et samlet skattemæssigt tab, der ikke kan anvendes efter omstruktureringen, og hvor man dermed har mistet den skattemæssige værdi af tabet. En skattepligtig omstrukturering vil dog ofte være en fordel, når der er store skattemæssige underskud fra tidligere år. Dels kan underskuddene modregnes i eventuelle gevinster, og dels er adgangen til at anvende underskud efter omstruktureringen ofte lempeligere ved skattepligtige omstruktureringer end ved skattefrie omstruktureringer.

Alternativet til en skattepligtig omstrukturering er en skattefri omstrukturering. En skattefri omstrukturering er likviditetsbesparende, da transaktionen ikke udløser skat. Det skyldes, at omstruktureringen hviler på et successionsprincip, hvorefter eksempelvis det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling, hvad angår de overdragne aktiver og passiver. Hvis man vælger at foretage en skattefri omstrukturering, skal man derudover tage stilling til, om det skal ske efter de subjektive regler, eller om det skal ske efter de objektive regler.

En skattefri omstrukturering efter de subjektive regler medfører den problemstilling, at man skal have tilladelse til at foretage omstruktureringen skattefrit. En sådan tilladelse gives kun, hvis skattemyndighederne iht. skatteundgåelsesklausulen vurderer, at omstruktureringen er båret af gyldige forretningsmæssige begrundelser, og at hovedformålet eller et af hovedformålene med omstruktureringen ikke er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Hvad der ligger heri er genstand for fortolkning, hvilket antallet af retssager vidner om. Tre retssager har i særlig grad medvirket til fortolkningen af skatteundgåelsesklausulen og derigennem præget praksis. Det drejer sig om Leur-Bloem-sagen, Autolakerer-sagen og Hans Markus Kofoed-sagen. De tre sager fastslog, at skattemyndighederne skal lave en konkret vurdering af de faktiske forhold, skattemyndighederne skal have relativt stærke beviser for at skatteundgåelse eller skatteunddragelse er hovedformålet, før der kan nægtes tilladelse og endeligt kan efterfølgende begivenheder kun klassificeres som skatteundgåelse, såfremt de er bindende aftalt inden omstruktureringen gennemføres. Dermed står det stadig åbent, hvad der kan karakteriseres som gyldige forretningsmæssige begrundelser. Der findes ikke noget udtømmende svar herpå, men det kan være, hvis omstruktureringen er begrundet i risikoafgrænsning, bodeling eller generationsskifte for blot at nævne nogle eksempler. Det er essentielt for at opnå tilladelse, at der i ansøgningen gives en forholdsvis detaljeret redegørelse for, hvorfor omstruktureringen ønskes gennemført, og hvorfor omstruktureringen har forretningsmæssig relevans ud fra selskabets faktiske konkrete situation. Ansøgningen skal således være præget af hensynet til den fremtidige forretning snarere end aktionærens skattemæssige interesser. Hvis skattemyndighederne vurderer, at der ligger gyldige forretningsmæssige begrundelser bag omstruktureringen, men at omstruktureringen samtidig giver mulighed for skatteunddragelse, må de ikke afvise ansøgningen, såfremt de kan fjerne risikoen for skatteundgåelsen ved at opstille et eller flere vilkår i tilladelsen. Konsekvensen af ikke at overholde vilkårene er ligesom konsekvensen af ikke at overholde de i ansøgningen skitserede forhold, nemlig at skattefriheden tilbagekaldes, og dermed bliver omstruktureringen skattepligtig.

Såfremt man ønsker at foretage en skattefri omstrukturering, men omstruktureringen mangler en gyldig forretningsmæssig begrundelse, så kan løsningen være at foretage en skattefri omstrukturering efter de objektive regler. Formålet med de objektive regler er at gøre adgangen til at foretage omstruktureringer lettere og mindre kompliceret. Hvorvidt dette er lykkedes, kan der dog stilles spørgsmålstegn ved, da konsekvensen af at vælge de objektive regler er, at man i stedet skal overholde en række værnsregler for at bevare transaktionens skattefrihed. Værnsreglerne medfører således, at de deltagende parter handlefrihed begrænses mht. den praktiske gennemførelse af omstruktureringen og mht. efterfølgende dispositioner. Komplexiteten og konsekvenserne af værnsreglerne er dog forskellig afhængig af hvilken omstruktureringsmodel, der er tale om. Det vurderes således, at kompleksiteten af værnsreglerne og risikoen for ikke at overholde dem stiger i denne rækkefølge: Aktieombytning, fusion, tilførsel af aktiver og spaltning. Da konsekvensen af ikke at overholde værnsreglerne er, at omstruktureringen bliver skattepligtig, vil det ofte ikke være tilrådeligt at foretage en skattefri omstrukturering, uden at man som minimum har fået et bindende svar på de værdiansættelser, der ligger til grund for omstruktureringen.

Det er således ironisk, at på trods af valget om at foretage omstruktureringen efter de objektive regler, så vil man alligevel ofte være nødsaget til at rådføre sig hos SKAT, for at være sikker på transaktionens skattefrihed. En måde, hvorpå man kunne øge anvendeligheden af de objektive regler, er ved at indføre reparationsmuligheder. I de tilfælde hvor SKAT efterfølgende korrigerer værdiansættelsen, og hvor der ikke er mistanke om skatteunddragelse, burde man stadig kunne bevare transaktionens skattefrihed, ved at omstruktureringen ændres iht. SKAT's korrektion. Behovet for at søge om bindende svar hos SKAT ville således mindskes, da konsekvensen af en fejl ikke er ensbetydende med at hele omstruktureringen bliver skattepligtig.

Hvorvidt man skal foretage omstruktureringen skattepligtigt, skattefrit efter de subjektive regler eller skattefrit efter de objektive regler, kan der ikke gives noget entydigt svar på. Det afhænger ubetinget af de konkrete omstændigheder, og nogle gange kan det endda vise sig, at det mest hensigtsmæssige er et simpelt salg fremfor en kompliceret omstrukturering. Men uanset hvad man vælger, medfører valget en række konsekvenser og problemstillinger, der skal løses eller overholdelse. Sammenfattende kan man dog sige, at den danske skattelovgivning giver rig mulighed for at få den selskabsstruktur, man ønsker sig. Det kræver dog ofte planlægning og rettidig omhu, hvis omstruktureringen skal optimeres skattemæssigt.

13. LITTERATURLISTE

Bøger:

- Fogh, Karen m.fl. (2009): Selskabsbeskatning, 26. udgave, Thomson Reuters Professional A/S, København 2009.
- Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær (2010): s. Generationsskifte og omstrukturering det skatteretlige grundlag, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København.
- Michelsen, Aage m.fl. (2009): Lærebog om indkomstskat, 13. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København.
- Ramskov, Bent & Buur, Torben (2009): Sambeskatning, 2. udgave, Forlaget Stout, Herning.
- Serup, Michael (2003): Fusionsskatteloven med kommentarer 2. udgave, Forlaget Thomson A/S, København.
- Serup, Michael (2008): Fusionsskatteloven med kommentarer 3. udgave, Forlaget Thomson A/S, København.
- Werlauff, Erik (2010^a): Selskabsskatteret 2010/11, 12. udgave, Thomson A/S, København.
- Werlauff, Erik (2010^b): Selskabsret, 8. udgave, Thomson A/S, København.

Artikler:

- Dalhoff, Maria (2005): Generationsskifte tager tid, Jyllands-Posten 03.01.2005.
- SKM 2009.503: Damgaard, Sanne Neve: En fusions skattemæssige konsekvenser for udnyttede underskud – skattefrie fusioner.
- TFS 2007.256: Werlauff, Erik: Forelæggelse for EF-Domstolen af parallel national (skatte)ret
- TFS 2007.592: Werlauff, Erik og Rønfeldt, Thomas: Udbytte er udbytte – og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til at være f.eks. en kontant udligningssum.
- TFS 2008.21: Serup, Michael: Skatteundgåelse som et hovedformål – et retsforlig om hovedformålet med en transaktion.
- TFS 2009.491: Damgaard, Sanne Neve: En fusions skattemæssige konsekvenser for fremførselsberettigede underskud - skattepligtige fusioner.

Domme, udtalelser fra SKAT og bindende svar

- EFD af 15/1 2002, C-43/00
- EFD af 17/7 1997, C-28/95
- EFD af 5/7 2007, C-321/05
- SKM 2002.407 TSS
- SKM 2005.132 TSS
- SKM 2005.232 TSS
- SKM 2005.284 TSS
- SKM 2005.357 TSS
- SKM 2005.87 LSR
- SKM 2006.145 SKAT
- SKM 2006.323 SKAT
- SKM 2006.324 SKAT
- SKM 2006.325 SKAT
- SKM 2006.574 LSR
- SKM 2006.9 SKAT
- SKM 2007.272 SKAT
- SKM 2007.347 LSR
- SKM 2007.555 SR
- SKM 2007.806 LSR
- SKM 2007.807 DEP
- SKM 2007.922 SR
- SKM 2008.134 LSR
- SKM 2008.182 SR
- SKM 2008.375 SR
- SKM 2008.551 SR
- SKM 2008.728 DEP
- SKM 2008.764 SR
- SKM 2009.143 LSR
- SKM 2009.227 SR
- SKM 2009.366 SR
- SKM 2009.646 SR
- SKM 2009.91 ØLR

- SKM 2010.849 SKAT
- SKM 2011.501 HR
- SU 1997.257
- TFS 1991.269 LSR
- TFS 1993.563
- TFS 1996.899 DEP (SKM af 19/11 1996)
- TFS 1997.206 LR
- TFS 1997.661 LR
- TFS 2000.238 LR
- TFS 2000.329 LR
- TFS 2007.325
- TFS 2008.36
- TFS 2008.46

Love, lovforslag og vejledninger:

- Afskrivningsloven (AL)
- Aktieavancebeskatningsloven (ABL)
- Bekendtgørelse af lov om påligningen af indkomstskat til staten (Ligningsloven) (LL)
- Cirkulære nr. 185 af 17.11.1982 (Værdiansættelsescirkulæret).
- Den juridiske vejledning 2011-2: C.D. Selskabs-, fonds- og foreningsbeskatning
- Ejendomsbeskatningsloven (EBL)
- Fusionsskatteloven (FUSL)
- Lov nr. 1260 af 3. november 2010
- Lov nr. 143 af 2. maj 1967
- Lov nr. 202 af 28. maj 2009
- Lov nr. 219 af 3. april 1992
- Lov nr. 220 af 2. juni 1983
- Lov nr. 254 af 30. marts 2011
- Lov nr. 256 af 11. juni 1960
- Lov nr. 313 af 21. maj 2002
- Lov nr. 343 af 18. april 2007
- Lov nr. 525 af 12. juni 2009
- Lov nr. 647 af 19. dec. 1975

- Lovforslag 110 2006/2007 1. samling (Lov nr. 343 af 18/04 2007): Lovforslag - Skattefri omstrukturering af selskaber og justering af sambeskatningsreglerne m.v.
- Lovforslag 121: Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven og andre skattelove.
- Lovforslag 84 2010/2011 1. samling (Lov nr. 254 af 30/03 2011): Opfølgning på harmoniseringen af selskabers aktieafkastbeskatning m.v.
- Lovforslag 99 2001/2002 2. samling (Lov nr. 313 af 21. maj 2002): Ændring af afskrivningsloven m.v.
- LV E.I.4.1.3.1. - Afståelse af erhvervsvirksomhed, goodwill og immaterielle rettigheder m.v.
- Pensionsbeskatningsloven (PBL)
- Rådets direktiv af 19. oktober 2009 (2009/133/EF)
- Rådets direktiv af 23. juli 1990 (90/434/EØF)
- Selskabsloven
- Selskabsskatteloven (SEL)
- Statsskatteloven (SL)
- TSS-Cirkulære 2000-10
- TSS-Cirkulære 2000-9
- Virksomhedsomdannelsesloven (VOL)
- Virksomhedsskatteloven (VSL)
- Værdiansættelsesvejledningen: Transfer Pricing; kontrollerede transaktioner; værdiansættelse.
- Ændringsdirektiv 2005/19