



Skatteretlig omstrukturering af selskaber

- ifølge dansk lovgivning

Cand.merc.aud. uddannelsen Aalborg Universitet 2012/13

Kandidatafhandling

Skatteretlig omstrukturering af selskaber - ifølge dansk lovgivning

Uddannelse:	Cand.merc.aud. Aalborg Universitet
Opgaveskriver:	Ninna Schneider Weinkouff
Studie.nr:	20021010
Kapitel:	7, 8 og 11
Opgaveskriver:	Janne Nørgaard Pedersen
Studie.nr:	19971207
Kapitel:	2, 10 og 12
Fælles kapitler:	Øvrige
Vejleder:	Michael Karlsen
Afleveringsdato:	1. Februar 2013

Indholdsfortegnelse

1	Forord	7
2	Summary	8
3	Indledning	11
4	Problemformulering	13
5	Afgrænsning	14
6	Metode/struktur	15
7	Selskabsformer	17
7.1	Kommanditselskab	17
7.2	Partnerselskaber (kommanditaktieselskaber)	19
7.3	Anpartsselskaber/Aktieselskaber	21
8	Forretningsmæssige begrundelser	23
8.1	Indledning	23
8.2	Generationsskifte	24
8.2.1	Autolakerer-sagen	27
8.3	Uenighed mellem aktionærerne	30
8.4	Efterfølgende frasalg af aktiviteter/aktier	31
8.5	Separation/skilsmisse	33
8.6	Opdeling af et pengetankselskab	34
8.7	Hæftelsesbegrænsning	36
8.8	Omstrukturering	37
8.9	Opsummering	38
9	Skattepligtig omstrukturering	39
10	Aktieombytning	40
10.1	Indledning	40
10.1.1	Definition	40
10.1.1.1	Succession	42
10.1.2	Lovgrundlag	42
10.2	Skattefri aktieombytning med forudgående tilladelse	43
10.2.1	Objektive betingelser	44
10.2.1.1	Krav om stemmeflertal	44
10.2.1.1.1	Overdragelse af stemmemajoritet inden aktieombytning	45
10.2.1.1.2	Stemmemaajoritet gennem ejeraftaler, aktionæroverenskomster og vedtægter	46
10.2.1.1.3	Efterfølgende spaltning	47

10.2.1.1.4	Sammenfatning	48
10.2.2	Hvilke værdipapirer er omfattet	48
10.2.3	Negativ egenkapital	49
10.2.4	Ombytningsdato	49
10.2.5	Subjektive betingelser	50
10.2.5.1	Leur-Bloem sagen (Sag C-28/95)	50
10.2.6	Skattemæssige konsekvenser	53
10.2.6.1	For aktionæren	53
10.2.6.2	For det modtagende selskab	54
10.2.6.3	For det indskydende selskab	54
10.3	Skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse	55
10.3.1	Betingelser for benyttelse af det objektive system	55
10.3.1.1	Holderkrav	56
10.3.1.2	Stemmehøjret	57
10.3.1.3	Oplysningspligt	58
10.3.2	Skattemæssige konsekvenser	58
10.3.2.1	For aktionæren	58
10.3.2.2	For det modtagende selskab	59
10.3.2.3	For det indskydende selskab	59
10.4	Opsummering	59
11	Spaltning	61
11.1	Indledning	61
11.1.1	Definition	61
11.1.2	Lovgrundlag	62
11.2	Skattefri spaltning med forudgående tilladelse	63
11.2.1	Ophørsspaltning	64
11.2.2	Grenspaltning	65
11.2.3	Vederlag	67
11.2.3.1	Negativ egenkapital	69
11.2.3.2	Fordeling af aktiver og passiver ved ophørsspaltning	69
11.2.3.3	Fordeling af aktiver og passiver ved grenspaltning	70
11.2.3.4	Kontantvederlæggelse	70
11.2.3.5	Ej værdiforøgelse af eksisterende aktier	70
11.2.3.6	Ingen aktier - ingen succession	71

11.2.4	Papirdokumentation	72
11.2.5	Skattemæssige konsekvenser	72
11.2.5.1	Aktionærerne	72
11.2.5.2	Selskaberne	74
11.2.5.2.1	Fremført underskud	75
11.2.5.2.2	Kildeartsbegrænsede fremførselsberettigede tab	75
11.2.6	Spaltningsdato	76
11.2.6.1	Opsummering	77
11.3	Skattefri spaltning uden forudgående tilladelse	78
11.3.1	Holdingskrav	78
11.3.2	Flere selskabsdeltagere	81
11.3.3	Næringsdrivende	84
11.3.4	Forholdet mellem aktiver og passiver	84
11.3.4.1	Grenspaltning	85
11.3.4.2	Ophørsspaltning	86
11.3.5	Vederlag	86
11.3.6	Papirdokumentation	87
11.3.7	Skattemæssige konsekvenser	88
11.3.7.1	Aktionærerne	88
11.3.7.2	Selskaberne	88
11.4	Ændring af aktieavancebeskatningsloven pr. 1. januar 2013	88
11.5	Opsummering	90
12	Tilførsel af aktiver	92
12.1	Indledning	92
12.1.1	Definition	92
12.1.2	Lovgrundlag	94
12.2	Skattefri tilførsel af aktiver med forudgående tilladelse	96
12.2.1	Yderligere krav til gennemførsel af skattefri tilførsel af aktiver	96
12.2.1.1	Definition af en samlet virksomhed	97
12.2.1.2	Definition af en gren af en virksomhed	98
12.2.1.2.1	Særligt om grenkrav i henhold til bestemte aktiv og passiv typer	100
12.2.1.3	Krav om at kunne fungere for egne midler	106
12.2.1.4	Vederlæggelse	108
12.2.1.4.1	Mellemregning	109

12.2.1.4.2	Udlodninger efter tilførslen af aktiver	109
12.2.1.5	Tilførselsdato	113
12.2.1.6	Papirdokumentation	113
12.2.2	Skattemæssige konsekvenser	113
12.2.2.1	For det indskydende selskab	114
12.2.2.2	For det modtagende selskab	114
12.3	Skattefri tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse	115
12.3.1	Yderligere krav til anvendelse af objektivet regelsæt	115
12.3.1.1	Holdingkrav	115
12.3.1.2	Tilførselstidspunkt	116
12.3.2	Skattemæssige konsekvenser	116
12.3.2.1	For det indskydende selskab	116
12.3.2.2	For det modtagende selskab	117
12.4	Opsummering	117
13	Konklusion	119
14	Litteraturliste	122

1 Forord

Dette speciale er skrevet som afslutningen på vores cand.merc.aud. studie på Aalborg Universitet.

Specialet omhandler den skattemæssige del af omstruktureringer af danske selskaber indenfor Danmarks grænser. Vi er begge uddannet revisorer og finder dette emne særdeles interessant.

Der skal i denne forbindelse lyde en stor tak til Peter Møller og Allan Bjergene Christensen fra BDO i Brønderslev, som igennem hele processen har været behjælpelige med råd og vejledning. Sidst men ikke mindst skal der lyde en stor tak til vores familier for opbakning og støtte under udarbejdelsen af dette speciale.

Redaktionen er afsluttet ultimo januar 2013.

Ninna Schneider Weinkouff

Janne Nørgård Pedersen

2 Summary

This thesis will discuss the different ways in which Danish companies can choose to restructure in accordance with Danish Tax legislation. Restructuring a business can mean a lot of things. You can go from being self-employed to establishing a limited liability company, or it may be that you already run a limited liability company, but you wish to change the company or group structure. The restructuring methods discussed in this thesis will be exchange of shares, demerger and addition of assets.

There are several motives for wanting to restructure a business. It may be to enable injection of capital in order to expand or make the company more competitive in a fast evolving market. It could be for more personal reasons as to enable generational succession or simply to establish a holding structure with the intention of paying tax exempt dividends from the subsidiary to the parent company to reduce capital risks in the subsidiary.

The company types available in Denmark are limited partnerships, limited partnership companies and limited liability companies. There are pros and cons attached to all three types. There is not one which is generally better than the others. It is important to thoroughly consider what your particular needs are and what kind of capital you are looking to invest before choosing one or the other.

This thesis will discuss the possibilities of exchange of shares, demerger and addition of assets mainly based on limited liability companies, as they are the most commonly used company forms in Denmark and the restructuring methods discussed here can only be fully applied to these. The other two types of companies mentioned are fiscally transparent whereas only limited liability companies are independent taxpayers.

When choosing to restructure a business using any of these three methods it is possible to do it as a taxable transaction or a tax exempt transaction. If choosing

the tax exempt option it can be done by obtaining permission from the tax authorities prior to the transaction if you have a valid commercial motive for undertaking the restructure of the business. If you do not have a valid commercial motive you can undertake the restructure without prior permission if instead certain objective requirements to the restructuring process are met.

These objective requirements have been imposed as an attempt to prevent people from using these restructuring methods as a way of tax avoidance or tax evasion.

For all three restructuring methods the principal requirement to be met in order to undertake a tax exempt restructuring transaction is that the shares received through the restructure cannot be sold within three years following. If the shares are sold within that time limit the restructure will consequently become taxable. However, it is possible for the company to undertake further tax exempt restructures within the three years holding period if no cash or cash equivalent is received as payment. It is a requirement that solely shares are received.

Compared to the other two restructuring methods demerger is the most difficult way of restructuring a company if you wish to do it without permission from the tax authorities as there are a number of further requirements which must be met in order to uphold the tax exemption.

On another point where the three differ is that it is possible to receive payment partly in shares and partly in cash or cash equivalents when undertaking exchange of shares and demerger, whereas only shares are accepted as payment for addition of assets. If any cash or cash equivalent is involved when undertaking addition of assets, the whole transaction will consequently become taxable.

The question of whether or not to obtain permission or not is not an easy one to answer as there are so many factors to consider. You cannot say that one way is generally better than the other. You have to look at all the scenarios individually

and then take all facts and consequences into consideration before choosing which path to follow.

If considering restructuring without obtaining permission prior to the transaction there are certain elements of doubt as to whether or not all requirements are met then the companies have the option of asking the tax authorities to confirm beforehand that the planned transaction is in compliance with the requirements.

It is very important that both the application for permission and the request for confirmation include the exact details on which the restructuring will be based in order to get permission or confirmation for that particular transaction. Failing to do so may result in the transaction becoming taxable.

As above mentioned there is also the possibility of undertaking a taxable restructure of the company or group. In the case of exchange of shares it will be viewed as a simple sale and purchase of shares. The shareholder will consequently be taxed in accordance with the Danish Capital Gains Act.

Taxable demerger and addition of assets are much more complicated. It involves transferring all or part of a company to another company. It will be viewed as selling those particular assets from one company to another. Tax will be liable according to the Danish Capital Gains Act, the Danish Depreciation Allowance Act or other depending on which assets are being sold.

Legislation in Denmark allows for very flexible structuring possibilities for businesses in order to obtain the exact structure which is the most suitable to the individual businesses, the owners and the markets in which they operate. It takes thorough planning to optimise the tax saving possibilities when restructuring. The main challenge in running a successful business is to find a structure in which all the personal aspects, company aspects and tax aspects coincide.

3 Indledning

Denne opgave vil omhandle omstruktureringer af selskaber.

Omstrukturering kan være mange ting. Det kan være at ændre en privat virksomhed med personlig hæftelse til et selskab med begrænset hæftelse. Det kan være en opdeling af et allerede eksisterende selskab, eller det kan være stiftelse af et nyt selskab for at opnå en holdingstruktur. Dette er bare eksempler på brug af omstruktureringer. Fælles for disse er, at det involverer en forandring af virksomhedens form eller koncernstruktur.

Størstedelen af alle virksomheder bliver startet op, baseret på en idé eller en vision fra iværksætteren. Typisk starter virksomheder op som mindre personligt drevne virksomheder, som på sigt udvikler sig og vokser. Grunden til, at de fleste starter i personlig regi, er, at der ikke er noget kapitalkrav i forbindelse med opstarten, og der er ingen formkrav i øvrigt. Dette er altså den mindst ressourcekrævende opstartsmulighed. Skattemæssigt er der ikke den store forskel på, om man vælger en privat drevet virksomhed eller et selskab, da man i Danmark som privat erhvervsdrivende kan vælge at lade sig beskatte efter reglerne i Virksomhedsskatteloven (VSL). Reglerne i Virksomhedsskatteloven om virksomhedsskatteordningen er indført for at gøre forskellen på beskatning af personligt drevne virksomheder og selskaber mindre. Der er her mulighed for at opspare overskud mod en foreløbig beskatning svarende til selskabsskattesatsen.

I opstartsfasen er det ofte indehaveren, der er eneste ansatte, men efterhånden som virksomheden udvikler sig og vokser, kan det blive nødvendigt at ansætte folk. Som virksomheden ændrer sig, vil der ligeledes blive ændret i de krav, der stilles til den, hvilket gør at virksomhedsformen eller strukturen bliver uhensigtsmæssig. Det vil blive nødvendigt at ændre denne, altså at foretage en eller flere omstruktureringer.

Der er mange selskabsretlige, skatteretlige og menneskelige forhold, der skal forenes for at kunne gennemføre succesfulde omstruktureringer. Selskabsretligt og skatteretligt kan der i dag laves næsten alle former for ønskelige konstruktioner. For at en virksomhed skal være succesfuld, er det vigtigt at finde nøjagtigt den konstruktion, der passer til deltagerens/deltagernes personlige og menneskelige forhold. Netop derfor er det særdeles vigtigt at gøre sig overvejelser omkring, hvad man personligt ønsker at opnå, og hvordan man ønsker at opnå det, før man påbegynder de fornødne omstruktureringer af virksomheden.

Advokat Michael Serup, der i over tyve år har arbejdet med omstruktureringer udtaler:

”Men 50 % 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”¹

Først når der er taget stilling til de menneskelige aspekter af virksomhedens fremtidige drift, kan man begynde at overveje hvilke selskabsretlige og skatteretlige muligheder, man har. De selskabsretlige og skatteretlige overvejelser og problemstillinger skal man derfor ikke tage hensyn til før sidst i processen, da det som sagt oftest er muligt at tilpasse disse efter virksomhedens og indehaverens særlige ønsker og behov.

¹ Dalhoff

4 Problemformulering

Der er i Danmark mange forskellige måder, hvorpå man kan drive virksomhed, og der er flere forskellige former, man kan vælge, både i privat regi, men også i selskabsform.

En virksomhed kan starte meget småt og udvikle sig over tid til noget større og mere perplekst. I den forbindelse vil det undervejs være en nødvendighed at omstrukturere virksomheden. Det kan for eksempel være for at følge med i det hurtigt forandrende samfund, vi lever i i dag, eller for bedre at muliggøre kapitaltilførsel til selskaber til brug for vækst.

Selvom mange forskellige selskabsretlige, skatteretlige og menneskelige forhold skal forenes for at kunne gennemføre succesfulde omstruktureringer, vil opgaven her kun berøre de skatteretlige aspekter af emnet.

Omstruktureringer kan efter lovgivningen gennemføres både skattefrit og skattepligtigt. Opgaven vil hovedsageligt blive baseret på de skattefrie muligheder, dog vil de skattepligtige muligheder kort blive beskrevet i kontrast til de skattefrie.

Der er efter den danske lovgivning i dag mulighed for at gennemføre omstruktureringer både med og uden tilladelse. Begge vil blive behandlet i denne opgave.

Opgaven vil koncentreres om besvarelse af følgende spørgsmål:

Hvilke valgmuligheder for selskabsformer har danske selskaber i dag, og hvilke omstrukturingsmuligheder, herunder problemstillinger og konsekvenser, har de ifølge den danske skattelovgivning?

5 Afgrænsning

I vores problemformulering skriver vi danske selskaber og dansk skattelovgivning, hvilket betyder, at vi ikke kommer ind på omstrukturering fra privat virksomhed til selskab, og vi kommer hverken ind på skattelovgivningen udenfor Danmarks grænser eller grænseoverskridende omstruktureringer. Det vil desuden kun være den nuværende danske lovgivning, der indarbejdes. Der vil ikke blive lavet en separat historisk redegørelse for lovgivningens tilblivelse og ændringer, dette vil kun blive nævnt i andre sammenhænge, hvor dette er relevant for forståelsen af de nuværende regler. Der afgrænses fra lovforslag, der er vedtaget efter 1. december 2012.

Med selskaber mener vi aktie- og anpartsselskaber. Hvor der beskrives andre former for selskaber så som partnerselskaber, vil dette blive specificeret i teksten. Hovedvægten af opgaven vil alene blive lagt på aktie- og anpartsselskaber. Vi vil koncentrere os om de skatteretlige forhold og kommer derfor ikke ind på de selskabsretlige og menneskelige forhold. Vi vil ikke i denne opgave behandle periodeopgørelser og værdiansættelse.

Besvarelsen af problemformuleringen vil tage sit afsæt i tre omstruktureringsmodeller:

- Aktieombytning
- Spaltning
- Tilførsel af aktiver.

Vi vælger ikke at gennemgå fusion som omstruktureringsmodel, da regelsættet herom er lavet om, således at der ikke længere skal søges tilladelse til dette. Fusion vil dog blive nævnt i sammenhæng med de andre modeller, hvor det synes relevant, uden det bliver diskuteret selvstændigt.

6 Metode/struktur

Specialet lægger ud med en kort indledning med introduktion til emnet omstrukturering. Efterfølgende kommer problemformuleringen, som er hele omdrejningspunktet for specialet. Omstruktureringer af selskaber er et meget bredt emne, der følger derfor en afgrænsning for bedre at definere målet med denne opgave. Afgrænsningen belyser netop det, vi vil beskæftige os med i specialet, og den skærer de ting fra, som vi ikke kommer ind på.

Dette afsnit beskriver, hvordan specialet er bygget op, og hvordan vi kommer frem til en besvarelse af problemformuleringen.

Vi har bygget specialet op således, at vi starter med kort at gennemgå de forskellige selskabsformer, der er mulighed for at benytte i Danmark, og hvad de forskellige krav og betingelser er for disse.

Efterfølgende vil der komme et afsnit med forretningsmæssige begrundelser for at foretage omstruktureringer. Dette er meget centralt ved benyttelse af de subjektive regler. Vi har valgt at gennemgå dette i et separat kapitel, da det er grundlæggende for brugen af de subjektive regler for alle tre omstruktureringsmuligheder.

I et afsnit for sig har vi beskrevet, hvad en skattepligtig omstrukturering medfører.

Hver af de omstruktureringsmodeller, vi har valgt at medtage i dette speciale, bliver diskuteret i kapitler for sig, hvor der inddrages relevante domme. Hvert kapitel afsluttes med en kort opsummering for at danne et overblik, inden der læses videre.

Til slut kommer konklusionen, hvor der bliver svaret samlet på problemformuleringen.

7 Selskabsformer

I Danmark er der mange konstruktionsmuligheder, når man vil bygge en virksomhed op. Dette kan gøres i personligt regi, med personlig ubegrænset hæftelse eller i selskabsform med begrænset hæftelse. Det er også muligt at lave former, hvor nogle hæfter ubegrænset, mens andre hæfter begrænset. I dette speciale beskæftiger vi os med selskaber med begrænset hæftelse, og primært aktie- og anpartsselskaber (A/S og ApS) som nedenfor defineret. I det her afsnit beskrives også de selskabsformer, som udover ApS og A/S er særdeles interessante i dagens Danmark.

7.1 Kommanditselskab

Et kommanditselskab (K/S) er kendetegnet ved, at der er to forskellige typer af selskabsdeltagere, kommanditisten, som hæfter begrænset for virksomhedens forpligtigelser og komplementaren, der hæfter ubegrænset for virksomhedens forpligtigelser, og er der mere end én komplementar, hæfter disse solidarisk. Der er intet krav til, at komplementaren har en ejerandel af K/S'et. Begge grupper kan være såvel fysiske som juridiske personer. Komplementaren og kommanditisterne kan ikke være én og samme person. Det er dermed et krav, at der er mere end én deltager, for at kunne stifte et K/S.

I et K/S er der ingen kapitalkrav, og der er som udgangspunkt ingen indberetningspligt og dermed ingen pligt til at aflægge regnskab.

Et K/S er skattemæssigt transparent, hvilket betyder, at beskatningen ikke falder på K/S'et selv, men derimod på selskabsdeltagerne. Der er desuden ingen formkrav til et K/S. Det baseres på en skriftlig aftale, der som minimum skal fastlægge deltagernes ejerandele og over/underskudsbrøk.

Der er intet til hinder for, at en komplementar kan være et begrænset hæftende retssubjekt, for eksempel et ApS. I praksis er det ofte sådan, at der kun er én komplementar, og at denne er et ApS.

Jævnfør lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV) § 2, stk. 2, 2. pkt. skal komplementaren have forvaltningsmæssige og økonomisk beføjelser, hvilket betyder, at komplementaren ikke kan være etableret proforma. Komplementaren skal være del af K/S'ets daglige drift.

Komplementaren er et nødvendigt led i et K/S. Tvangsopløses et komplementar ApS for eksempel, og der ikke forinden er sket udskiftning af komplementaren, ophører K/S'et med at eksistere som K/S jævnfør UfR 2005.459.

Domspraksis viser, at der ikke er helt enighed om, hvorvidt komplementarens konkurs automatisk trækker K/S'et med. I UfR 1996.179Ø blev det slået fast, at der skal laves et konkret insolvensskøn på K/S'et, hvis komplementaren er gået konkurs. Men modsat blev det i FM 2000.87 fremsat, at komplementarens konkurs er en betingelse for K/S'ets konkurs.

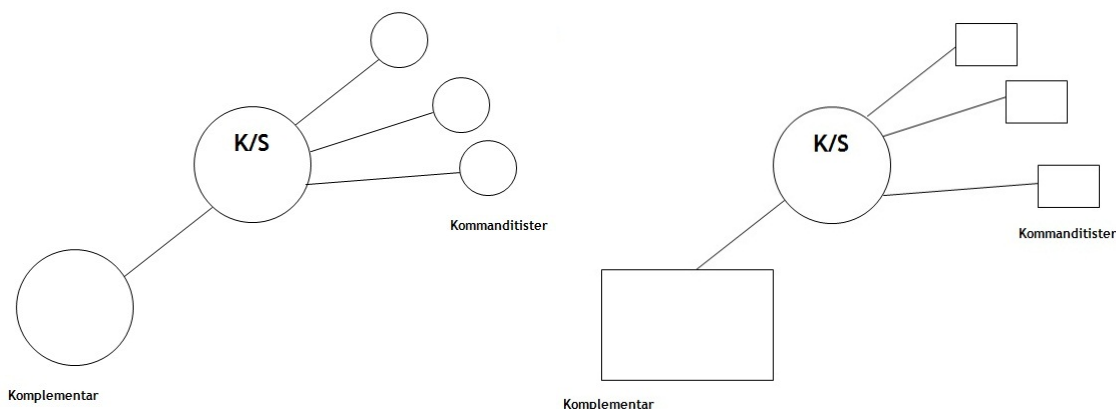
Som udgangspunkt skal et K/S ikke registreres ved Erhvervsstyrelsen, men hvis mindst ét af følgende kriterier er opfyldt, skal der ske registrering:

- K/S'et er et partnerselskab (P/S), derved skal Selskabslovens (SL) regler om registrering bruges, mere om P/S i næste afsnit.
- Alle komplementarer er selskaber med begrænset hæftelse for eksempel A/S eller ApS.

Kommanditisterne har ikke pligt til at indskyde mere, end hvad der følger af selskabsaftalen eller vedtægterne.²

² Werlauff s. 72-86

Opbygningen af et K/S illustreres i figur 1 og 2. Figur 1 illustrerer et K/S udelukkende af fysiske personer, mens figur 2 illustrerer et K/S udelukkende med selskaber. Et K/S kan også bestå af både fysiske personer og selskaber.



Figur 1: Kommanditselskab (personer) Figur 2: Kommanditselskab (selskaber)

7.2 Partnerselskaber (kommanditaktieselskaber)

Ved P/S forstås et K/S, hvor kommanditisterne har indskudt en bestemt kapital, der er fordelt på aktier jævnfør SL § 5, nr. 21. Selskabskapitalen skal mindst udgøre kr. 500.000 som ved A/S, mere om disse nedenfor. Et P/S skal med de fornødne tilpasninger følge Selskabsloven jævnfør SL § 358.

Der skal i et P/S også være mindst én komplementar, som hæfter ubegrænset. Der er dog ingen krav til, at komplementaren ejer en andel af P/S'et. Et P/S kan altså være ejet af én og samme person, kommanditisten, som oven i købet har begrænset sin hæftelse til betalingen for aktierne.

Et P/S lever i to verdener. Selskabsretligt lever man efter Selskabsloven, med fast struktur for vedtægter, bestyrelse, kapitalforhold med videre. Skatteretligt lever man i samme verdenen som et K/S, det vil sige, at der ikke er etableret et særskilt skattesubjekt. Skattepligten og fradragsretten påhviler den enkelte deltager akkurat som ved et K/S.

P/S'er adskiller sig således fra et almindeligt K/S på følgende hovedpunkter:

- Selskabskapitalen skal følge reglerne om indbetaling af selskabskapital svarende til, hvad der gælder for kapitalselskaber (min 125.000 eller 25 %)
- Selskabet skal have en fast kapital.
- Selskabet skal have en struktur svarende til et A/S.

Et P/S er derved en attraktiv selskabsretlig model for projekter, hvor intern fast struktur, ekstern hæftelsesbegrænsning og personlig skattemæssig fradragsret ønskes kombineret.

Et P/S kan omdannes til og fra et A/S jævnfør SL §§ 323 og 324. Det er dog vigtigt her at have i mente, at der ikke skatteretligt findes regler, der modsvarer disse bestemmelser. Dette betyder, at der ved omdannelse fra A/S til P/S sker en likvidationsbeskatning af A/S'et og derved afståelsesbeskatning af A/S'ets kapitalejere. En omdannelse fra P/S til A/S medfører afståelsesbeskatning for P/S'ets ejere, med mindre betingelserne i lov om skattefri virksomhedsomdannelse (VOL) er opfyldt. Disse regler vil ikke blive uddybet yderligere i nærværende opgave jævnfør afgrænsningsafsnit ovenfor. Omdannelsen kan også gennemføres ved skattefri tilførsel af aktiver efter Fusionsskattelovens (FUSL) regler, såfremt visse krav er opfyldt, mere om dette nedenfor i afsnit 12.2.1.2.1.

Skal et P/S for eksempel foretage ophørsspaltning til et kapitalselskab, vil det være nødvendigt først at omdanne virksomheden til et kapitalselskab, som herefter vil kunne deltage i spaltningen. Et P/S kan således alene deltage i spaltninger med andre P/S'er.

Deltager et P/S i en spaltning med et eller flere andre P/S'er, vil det være nødvendigt at foretage visse tilpasninger til Selskabslovens sædvanlige spaltningsregelsæt, idet der i samtlige af de deltagende P/S'er er en eller flere komplementarer, der hæfter ubegrænset for den enkelte virksomheds

forpligtelser, og som modsvar herpå har en række økonomiske og forvaltningsmæssige beføjelser.

Det vil således i forbindelse med en spaltning være nødvendigt blandt andet at tage stilling til, hvorledes denne ubegrænsede hæftelse skal håndteres i samtlige de deltagende selskaber.³

7.3 Anpartsselskaber/Aktieselskaber

ApS og A/S kaldes under ét kapitalselskaber. Det, der er mest karakteristisk i et kapitalselskab, er, at aktionærene og anpartshaverne (kapitalejerne) ikke hæfter personligt for kapitalselskabets forpligtelser, men alene med deres indskud jævnfør SL § 1 stk. 2. Kapitalejerne har ret til andel i kapitalselskabets overskud i forhold til deres ejerandel, medmindre andet er fastsat i selskabets vedtægter. I kapitalselskaber har alle kapitalandele som udgangspunkt lige ret i selskabet jævnfør SL § 45. Det kan anføres i vedtægterne, hvis der skal være forskellige kapitalklasser. I så fald skal vedtægterne yderligere angive de forskelle, der knytter sig til den enkelte klasse af kapitalandele, og størrelsen af den enkelte klasse.

Kapitalejernes ret til at træffe beslutninger i kapitalselskabet udøves på generalforsamlingen jævnfør SL § 76.

A/S'er skal have en selskabskapital på mindst 500.000 kr., og ApS'er skal have en selskabskapital på mindst 80.000 kr. jævnfør SL § 4 stk. 2. Det er ikke et krav, at hele kapitalen skal indbetales. Der skal dog til enhver tid være indbetalt 25 % af selskabskapitalen, dog mindst 80.000 kr. jævnfør SL § 33. Den resterende ikke indbetalte selskabskapital vil kunne kræves indbetalt til enhver tid.

Ledelsen i kapitalselskaber består jævnfør SL § 5 af:

³ Werlauff s 87-89

- Bestyrelsen i selskaber, der har en direktion og en bestyrelse
- Direktionen i selskaber, der alene har en direktion
- Direktionen i selskaber, der både har en direktion og et tilsynsråd.

Bestyrelsen er den øverste ledelse i kapitalselskaber og forestår den overordnede ledelse, bestyrelsen vælges på generalforsamlingen.

Direktionen forestår den øverste daglige ledelse og ansættes af bestyrelsen.

Et tilsynsråd er et kontrolorgan, hvor den daglige ledelse udføres af en direktion. Det er tilsynsrådets opgave at påse, at direktionen udfører sit arbejde efter hensigten. Der er forbud mod personsammenfald i tilsynsrådet og direktionen, hvorved der opnås uafhængighed mellem de to organer.

En af forskellene mellem ApS og A/S er, at ApS ikke kan udbyde deres kapitalandele til offentligheden, det vil sige, at de ikke kan børsnoteres. Desuden er der forskel i kravet til ledelsen. Et ApS ledes af en direktion eller en bestyrelse eller en direktion og en bestyrelse. I et A/S er der krav om både en bestyrelse og en direktion. Den mest synlige forskel ligger i kapitalkravet på de 500.000 kr. i A/S mod 80.000 kr. i ApS.

8 Forretningsmæssige begrundelser

8.1 Indledning

I dette afsnit laves en gennemgang af de forretningsmæssige begrundelser, som er en forudsætning for at kunne omstrukturere skattefrit med forudgående tilladelse. Gennemgangen i dette afsnit er gældende for alle tre hovedområder i dette speciale, aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver. Derfor er det valgt at gennemgået i et separat afsnit.

Omstruktureringer kan gennemføres både med og uden forudgående tilladelse fra SKAT. Omstruktureringer uden forudgående tilladelse kræver ikke, at der ligger forretningsmæssige årsager til grund. Modsat omstruktureringer med tilladelse, hvor man i sin anmodning om tilladelse til SKAT skal godtgøre, at intentionen bag den planlagte omstrukturering er forretningsmæssigt begrundet.

Om SKAT giver tilladelse til skattefri omstrukturering inden for Fusionskattelovens rammer er afhængig af, om der er en forretningsmæssig intention og ikke en intention om skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Dette står skrevet i skatteundgåelsesklausulen i Fusionsdirektivet, og Fusionsdirektivet er implementeret i Fusionskatteloven.

Skatteundgåelsesklausulen lyder:

"En medlemsstat kan nægte at anvende eller tilbagekalde anvendelsen af alle eller enkelte af bestemmelserne i artikel 4-14, hvis en af de i artikel 1 nævnte transaktioner: a) som hovedformål eller et af hovedformålene har skatteunddragelse eller skatteundgåelse; forholder det sig sådan, at transaktionen ikke foretages af gyldige forretningsmæssige årsager som for eksempel 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.⁴"

Der findes ingen formelle, skriftlige retningslinjer udarbejdet af SKAT eller anden kvalificeret myndighed, hvori det redegøres, hvad de anser for forretningsmæssige begrundelser. Der vil altid blive foretaget en individuel vurdering i de konkrete sager, ud fra de pågældende forhold.

Der må derfor ses nærmere på domspraksis for at få et mere klart billede af, hvad forretningsmæssigt begrundet betyder i praksis.

Følgende forretningsmæssige begrundelser er udvalgt til gennemgang:

- Generationsskifte
- Uenighed mellem aktionærene
- Efterfølgende frasalg af aktiviteter/aktier
- Separation/skilsmisse
- Opdeling af et pengeselskab
- Hæftelsesbegrænsning
- Omstrukturering

Disse er valgt, da det er dem, der er mest relevant at gøre brug af i praksis.

8.2 Generationsskifte

Generationsskifte er ofte anvendt som begrundelse for at lave en spaltning. Det, SKAT er meget opmærksom på her, er at kontrollere, at spaltning i forbindelse med et generationsskifte ikke anvendes i stedet for en skattepligtig udtræden.

På tænkes der eksempelvis et salg/tilbage salg umiddelbart efter spaltningen, hvor den oprindelige aktionær udtræder, vil SKAT anse hovedformålet med spaltningen for at være skatteundgåelse.⁵

⁴ Fusionsdirektivet artikel 15 stk. 1, litra a

⁵ Halling-Overgaard s 400

Hvor en spaltning er begrundet med et generationsskifte, er det altid en konkret vurdering, om hovedformålet anses af SKAT som værende forretningsmæssigt begrundet eller for at undgå beskatning i forbindelse med udtræden af en aktionær.⁶

I SKM 2004.73TSS ønskede to aktionærer at spalte deres holdingselskab. Baggrunden var et ønske om at opstarte aktiviteter hver for sig, samtidig med at driften i datterselskabet fortsatte. Den ene aktionær ønskede derudover, at gøre klar til et fremtidigt generationsskifte med sin søn. Tilladelsen blev givet af SKAT, da det i ansøgningen var tilkendegivet, at man opretholdt den ønskede struktur i mindst tre år efter spaltningen.

Kort efter blev SKAT spurgt til, om det ene holdingselskab kunne afhænde sine aktier i datterselskabet enten ved tilbagesalg til det udstedende selskab eller ved salg til det andet nystiftede holdingselskab. Denne forespørgsel var begrundet i, at den ene aktionær var blevet alvorligt syg og derfor ikke kunne fortsætte i driften af datterselskabet. Et efterfølgende salg af holdingselskabets aktier i datterselskabet ville betyde, at en ellers skattepligtig udtræden blev lavet skattefri. Dette udelukkede ikke i sig selv, at spaltningen kunne foregå skattefrit, hvis de forretningsmæssige begrundelser i øvrigt stadig var til stede. Begrundelsen kan jævnfør Fusionsdirektivet 2009/133/EF være omstruktureringer eller rationalisering af aktiviteterne i selskabet, det vil derudover have betydning hvor længe den opnåede struktur opretholdes.

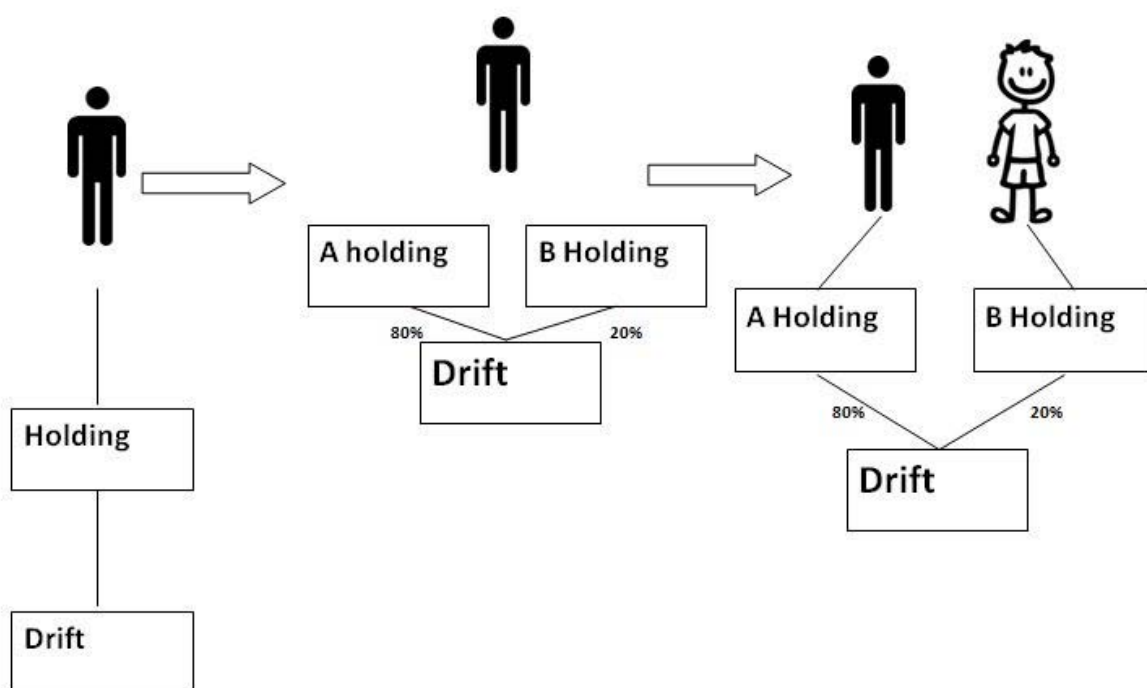
Den oprindelige begrundelse for spaltningen var at opstarte nye aktiviteter hver for sig samtidig med, at driften i datterselskabet fortsatte. Det efterfølgende salg var derimod begrundet i aktionærens sygdom, som forhindrede fortsat drift af datterselskabet.

De ændrede forhold gjorde, at SKAT ikke fandt det sandsynligt, at der reelt ville opstå nye aktiviteter i det modtagende selskab, som det først havde været

⁶ Halling-Overgaard s 406

meningen. Det efterfølgende salg af holdingselskabets aktier i datterselskabet gjorde, at de oprindelige forudsætninger for tilladelsen ikke kunne opretholdes i tre år. Samlet gjorde dette, at SKAT ikke kunne se, hvordan aktionærens udtræden kunne ske via en skattefri spaltning og ikke som et skattepligtigt salg efter aktieavancebeskatningslovens (ABL) almindelige regler. SKAT gav derfor ikke tilladelse til den ændrede model.

I SKM 2005.26TSS var A ejer af samtlige anparter i Holding ApS, der ejede samtlige anparter i Drift ApS. A ønskede at lave et glidende generationsskifte med sin søn. Der blev ansøgt om skattefri ophørsspaltning af Holding ApS til to modtagende selskaber A Holding ApS og B Holding ApS, der skulle eje henholdsvis 80 % og 20 % af anparterne i Drift ApS. Når spaltningen var gennemført, var det planen, at anparterne i B Holding ApS via succession skulle overføres fra A til B (sønnen). Herefter var det meningen, at der løbende skulle ske tilbagesalg af A Holding ApS anparter i Drift ApS. B Holding ApS blev derved ene-ejer af Drift ApS. Se figur 3 nedenfor.



Figur 3: SKM 2005.26TSS

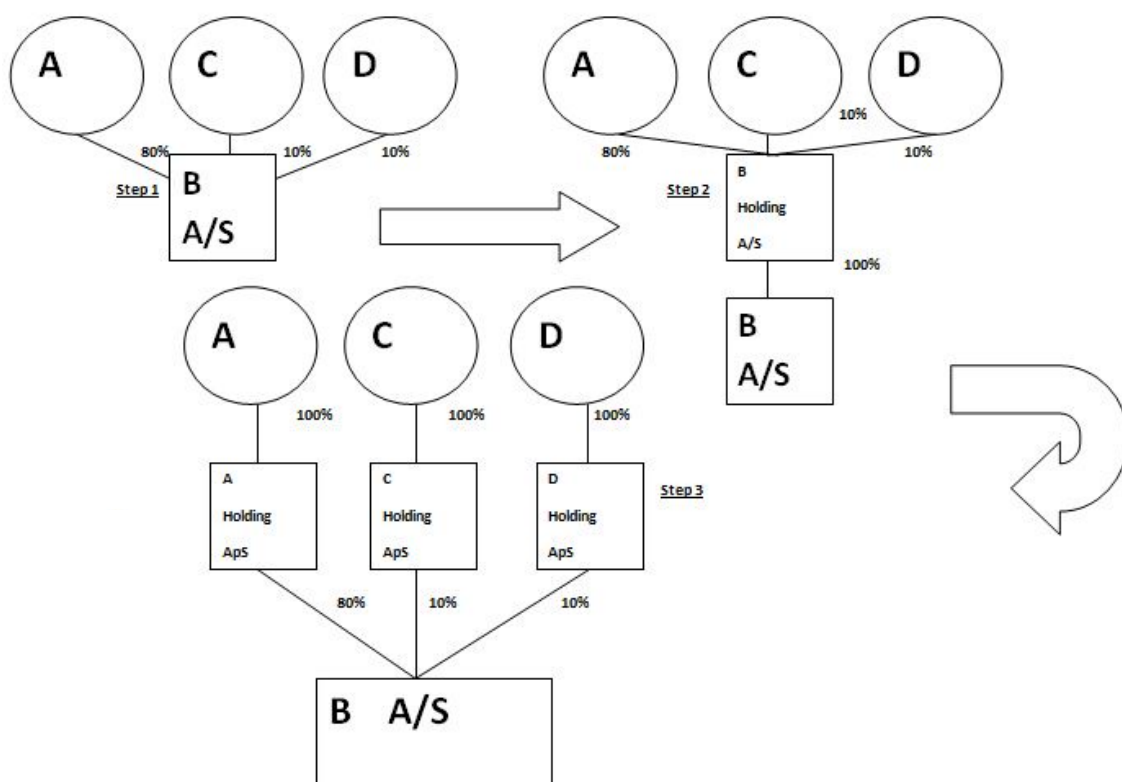
SKAT vurderede konkret i sagen, at der i dette tilfælde var tale om, at hovedformålet var at lave en skattepligtig udtræden om til en midlertidig skattefri udtræden. Der blev derfor ikke givet tilladelse til en skattefri spaltning. Den midlertidige skattefrihed ville bestå i, at A på et senere tidspunkt, vil kunne vælge enten at udlodde eller likvidere selskabet, hvor det vil være mere fordelagtigt for ham. SKAT lagde til grund, at reglerne om skattefrie spaltninger ikke er lavet for at kunne lave sådanne skattebesparende transaktioner. Skattefrie spaltninger skal forbeholdes forsvarlige økonomiske betragtninger jævnfør Fusionsdirektiv 2009/133/EF art. 15, stk. 1, litra a, hvilket for eksempel kan være omstruktureringer eller rationalisering af et selskabs aktiviteter, hvilket ikke var tilfældet her. Her var hensigten at give B ejerskab af Drift ApS uden, at det udløste skat for A. SKAT vurderede derfor, at hovedformålet ved spaltningen var skatteundgåelse.

I de to overfor nævnte sager blev der ikke givet tilladelse til en skattefri spaltning, men det blev der derimod i SKM 2004.147TSS, hvor et holdingselskab ejet af et ægtepar ønskes spaltet til tre nystiftede holdingselskaber B1, B2 og MF. Holdingselskabet ejede to datterselskaber. Anpartskapitalen i de to datterselskaber skulle fordeles ligeligt mellem de tre modtagende selskaber, medes samtlige øvrige aktiver og passiver skulle overdrages til MF. Efterfølgende skulle anparterne i B1 og B2 overdrages til ægteparrets to sønner via ABL daværende § 11 (nu § 34), altså med succession. Hensigten var, at sønnerne via deres holdingselskab skulle erhverve 1/3 hver. SKAT gav tilladelse uden vilkår. SKAT havde med i bedømmelsen, at generationsskiftet vedrørte de driftsmæssige aktiviteter, og at sønnerne allerede var involveret erhvervsmæssigt.

8.2.1 Autolakerer-sagen

En betydningsfuld sag i forbindelse med generationsskifte som en forretningsmæssig begrundelse er SKM 2007.806LSR. En autolakeringsvirksomhed

ønskede at lave en skattefri aktieombytning og derefter en ophørsspaltning, så de to medarbejderne, der var kommet med, og hovedaktionæren kunne få hvert deres holdingselskab. Se figur 4 nedenfor. Ønsket var at lave en rigtig koncernstruktur og samtidig gøre et glidende generationsskifte muligt. Det var hovedaktionærens hensigt at indløse aktier i selskabet løbende, og de to medarbejdere ville derved få en større ejerandel af aktiekapitalen. SKAT havde givet afslag på anmodningen om tilladelse til den skattefrie aktieombytning og den efterfølgende ophørsspaltning. SKAT fandt, at hovedformålet var at opnå udskydelse af aktieavancebeskatningen ved hovedaktionærens afståelse af aktier. Når hovedaktionærens holdingselskab solgte aktier i driftsselskabet, skulle dette gøres skattefrit, da der var tale om datterselskabsaktier. Landsskatteretten stadfæstede SKATs afgørelse.



Figur 4: Autolakerer-sagen

SKM 2007.806LSR førte til, at de tre aktionærer nedlagde principielt påstand om, at de skulle have tilladelse til den påtænkte omstrukturering, og der skulle fastsættes vilkår i stedet for at give afslag. Skatteministeriet har i SKM

2007.807DEP anerkendt, at der i sagen ikke var tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at hovedformålet var skatteundgåelse.

Efter Leur-Bloem sagen (SU 1997. 257) beskrives yderligere i afsnit 10.2.5.1, er det blevet gjort klart, at Fusionsdirektivet skal fortolkes på den måde, at den skattepligtige har et retskrav på tilladelse til omstrukturering omfattet af direktivet, medmindre det efter konkret bevisvurdering er klart, at skatteundgåelse er hovedformålet eller et af hovedformålene. Det er SKAT, der har bevisbyrden, dette vil blive gennemgået mere detaljeret senere i opgaven. Det blev endvidere slået fast, at SKAT kun kan have en formodning om, at skatteundgåelse er hovedformålet, hvis omstrukturen ikke er foretaget ud fra forsvarlige, økonomiske betragtninger.

Skatteministeriet vurderede i SKM 2007.807DEP, at der ikke kunne nægtes tilladelse til at gennemføre skattefrie omstruktureringer grundet i, at parterne havde lagt vægt på at udskyde beskatningen. Det er Fusionsdirektivets grundlæggende formål, at der kan laves omstruktureringer, uden det udløser beskatning, når blot transaktionerne er forretningsmæssigt velbegrundede. Det kan derfor udledes heraf, at skatteundgåelse derfor kun kan ses som hovedformålet eller et af dem, hvis skatteundgåelse eller skatteunddragelse har været den væsentligste årsag til at gennemføre omstrukturen.

I SKM 2007.806LSR havde de to medarbejdere ikke likvider til at overtage den aktiepost som hovedaktionæren besad. Omstrukturen ville give mulighed for, at det løbende overskud i driftsselskabet kunne udloddes. Hovedaktionærens holdingselskab skulle derefter tilbagesælge sine aktier til driftsselskabet, og de to medarbejders holdingselskaber kunne derefter bruge det udloddede udbytte til at tegne nye fondsaktier. Derved ville de to medarbejdere på trods af mangel på likvider kunne overtage kontrollen af driftsselskabet på sigt.

I SKM 2007.807DEP blev der udover de allerede nævnte punkter lagt vægt på, at hovedaktionæren via ABL § 35 kunne have overdraget sin aktiepost til de to medarbejdere med skattemæssig succession. Dette gjorde, at ministeriet ikke fandt, at hovedformålet med omstruktureringen var skatteundgåelse.

SKM 2007.807DEP har efter SKATs opfattelse haft en lempende effekt på kravet til den forretningsmæssige begrundelse i praksis, uden kravet om en forretningsmæssig begrundelse er bortfaldet.⁷

Ovenstående domme viser, at der ikke må være tale om en skattefri omstrukturering som et alternativ til en skattepligtig disposition, der må ligeledes ikke umiddelbart være tale om et efterfølgende salg, medmindre salget begrundes med virksomhedens driftsmæssige aktiviteter.

Sammenfattende resulterede Autolaker sagen i, at SKAT tog bekræftende til genmæle, og det blev gjort klart, at det er SKAT, der har bevisbyrden med hensyn til skatteundgåelse, og at der kun kan være tale om skatteundgåelse, hvis omstruktureringen ikke er foretaget ud fra forsvarlige, økonomiske betragtninger.

8.3 Uenighed mellem aktionærerne

Spaltning er et godt redskab, hvis aktionærer er blevet uenige, og en fortsættelse med en uenig ejerkreds ikke vil være hensigtsmæssig. Uenighed mellem aktionærerne er anvendelig som en forretningsmæssig begrundelse for spaltning. Domspraksis viser, at der er strenge krav til dokumentationen af, at der foreligger en uoverensstemmelse, der påvirker driften af selskabet. Domspraksis viser ligeledes, at SKAT afgør hver enkelt sag for sig, hvor dokumentation af uoverensstemmelserne er meget vigtig.⁸

⁷ Juridiske vejledning C.D.6.1.4.7

⁸ Halling-Overgaard s 408

Dette er meget tydeligt i SKM 2005.429TSS, hvor to brødre havde et holdingselskab sammen indenfor vognmandsbranchen. Den ene bror brugte ulovlig udenlandsk arbejdskraft, hvilket gav badwill til hele koncernen, også den del der ikke benyttede ulovlig arbejdskraft. Den lovlige bror udtalte sig særdeles negativt i pressen om den anden bror. Til sidst kommunikerede brødrene kun gennem advokat. Der opstod handlingslammelse i koncernen grundet den fundamentale uenighed mellem brødrene, og med hensynet til virksomhedens driftsmæssige forhold, samt at SKAT fandt sagen særdeles veldokumenteret, blev der givet tilladelse til spaltning.

Anderledes blev udfaldet i SKM 2008.347LSR. Her fandt landsskatteretten ikke, at begrundelsen for spaltningen var tilstrækkeligt dokumenteret i hvilke uenigheder, de to aktionærer havde i den fremtidige drift. Omstruktureringen var begrundet i risikoafgrænsning og uenighed mellem ejerne om udbyttepolitik og investeringer. Landsskatteretten fandt, at omstruktureringens hovedformål var skatteundgåelse, da der var negative anskaffelsessummer samt manglede konkrete planer for spaltningen.

I SKM 2008.134LSR var det samme situation, nemlig uenighed om udbytte og investeringspolitik, men udfaldet blev en tilladelse til spaltning, da SKAT fandt, at uenighederne var veldokumenterede og relaterede sig til driften af selskabet.

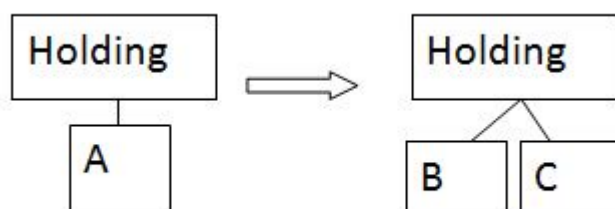
Sammenfattende kan det siges, at det er vigtigt, at uenighederne kan dokumenteres, samt at der foreligger en plan for spaltningen, og at uenighederne har konsekvenser for driften af selskabet.

8.4 Efterfølgende frasalg af aktiviteter/aktier

En lang række af de spaltningssager, som SKAT behandler, er begrundet i et efterfølgende frasalg af de modtagende selskaber. Normalt vil et frasalg af aktiver direkte fra et selskab medføre avancebeskatning. En spaltning med hensigten at frasælge medfører en likviditetsbesparelse, da beskatningen udskydes. SKAT er

derfor specielt opmærksom på spaltninger, når de er begrundet med efterfølgende salg, om disse ligeledes er forretningsmæssigt begrundet. Det er vigtigt, at skattefordelen ikke er hovedformålet eller et af dem. Det skal være begrundet i virksomhedens drift at afstå det udspaltede selskab. I de situationer hvor der allerede ved ansøgningen om tilladelse til spaltning er planlagt et hurtigt frasalg, skal der meget til for, at den planlagte spaltning anses som forretningsmæssigt begrundet. Der vil ligeledes i dette tilfælde ske en konkret vurdering, om begrundelsen er forretningsmæssig eller skatteundgåelse.⁹

I Tfs 1998.160LR ønskede et driftsselskab at frasælge en aktivitet. Dette skulle foregå ved at lave en ophørsspaltning og senere et frasalg af det modtagende selskab med den aktivitet, se figur 5. I denne figur er det selskab C, der sælges fra. Ved omstruktureringen blev et skattepligtigt salg af en aktivitet konverteret til et skattefrit salg af aktier. Dette gav ligningsrådet tilladelse til, da hovedformålet ikke var skatteundgåelse. Ligningsrådet fandt ikke, at selskabet opnåede en gunstigere stilling end andre selskaber, der gør brug af Fusionskattelovens regler om succession.



Figur 5: Tfs 1998.160LR

I SKM 2006.321SKAT var der ligeledes planlagt et salg af den udspaltede del. Det var en beslutning, der var taget som et led i fremtidsplanerne for koncernen, og beslutningen var taget af koncernledelsen. SKAT fandt, at grenspaltningen med efterfølgende frasalg var tilstrækkeligt forretningsmæssigt begrundet og gav dermed tilladelse.

⁹ Halling-Overgaard s 412-413

Det skal her nævnes, at det er samme problemstilling, der opstår, hvis det indskydende selskab udspalter den aktivitet, der ønskes bevaret, og det derefter er aktierne i det indskydende selskab, der ønskes solgt.¹⁰

Sammenfattende ud fra ovenstående afgørelser, kan man konkludere, at det er vigtigt, at det er begrundet i virksomhedens drift, at det udspaltede selskab afstås.

8.5 Separation/skilsmisse

I forbindelse med separation eller skilsmisse er spaltning et ofte benyttet redskab til at dele betydelige værdier i et selskab mellem tidligere ægtefæller.¹¹

I SKM 2002.407TSS blev der givet tilladelse til en skattefri spaltning af et selskab, der var ligeligt ejet mellem to tidligere ægtefolk. Det skal nævnes, at det var i forbindelse med skilsmissen, at den ene part havde modtaget halvdelen af anparterne. Spaltningen resulterede i en lighedeling af driftsaktiverne. Begrundelsen for spaltningen var de potentielle samarbejdsvanskeligheder, der kunne opstå efter, at samlivet var ophørt. I ansøgningen om tilladelse til skattefri spaltning var der ikke nævnt nogen konkret uenighed om driften af selskabet. Risikoen, for at dette ville opstå på grund af samlivet ophør, var således nok til, at SKAT mente, at spaltningen var forretningsmæssigt begrundet.

Et andet udfald blev der i SKM 2005.284TSS. Der blev ansøgt om skattefri spaltning af et selskab, der indtil skilsmissen var 100 % ejet af den ene ægtefælle. Begrundelsen lød på, at eneanpartshaveren og den tidligere ægtefælle ikke ønskede at arbejde sammen om driften af selskabet. Spaltningen var påtænkt således, at eneanpartshaveren primært skulle have driftsanparter i sit modtagende selskab, mens ægtefællen primært skulle modtage likvider og tilgodehavender i sit modtagende selskab. SKAT gav afslag på ansøgningen om spaltningen, da der var

¹⁰ Susanne Kjær s. 312

¹¹ Søren Halling-Overgaard s 413

tale om en eneanpartshaver med fuldstændig kontrol. Der var således ikke risiko for ledelsesmæssige konflikter, da ægtefællen ikke hidtil havde deltaget i ledelsen i et væsentligt omfang. Det spillede endvidere ind, at spaltningen skulle foregå med driftsanparter til eneanpartshaveren og likvider til den tidligere ægtefælle. Dette indikerede, at der var tale om et forsøg på at undgå udbyttebeskatning.

Forskellen mellem de to sager er hvorledes spaltningen finder sted i forhold til den ægtefælle, der ikke før ægteskabets ophør ejede noget af selskabet. I den første sag er det halvdelen af driftsaktiviteten, der overføres, mens det i den anden sag kun er likvider, hvilket svarer til at udlodde midler fra selskabet med en efterfølgende beskatning.

Samtidig er der det aspekt, at i den første sag skulle det muliggøre en fortsættelse af driften, mens dette ikke var tilfældet i sag nummer to. Dette betyder, at spaltning ved skilsmisse er mulig, når begrundelsen er forsat drift og ikke at undgå skat.

8.6 Opdeling af et pengetankselskab

Pengetankselskab er jævnfør ABL § 34, stk.1, nr. 3. et selskab, som i overvejende grad består i besiddelse af værdipapirer eller kontanter. Overstiger de finansielle indtægter/aktiver 50 % af samlede indtægter/balancesummen, betegnes selskabet som en pengetank. Det er kun aktiver, der kigges på, sammensætningen af selskabets passiver har ingen betydning. Aktier i datterselskaber regnes ikke med.

Efter pro rata-kravene er ophævet, er spaltning et fremragende redskab til at muliggøre, at aktionærene får fuld rådighed over hver deres selskab. Selskaber, der primært består af likvider og finansielle aktiver, er kravene til, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse skrapere. Er begrundelsen for spaltningen, at aktionærene har forskellige ønsker om anvendelse af midlerne i selskabet, stiller SKAT strenge krav til, at dette skal dokumenteres med

investeringsplaner. Kan det dokumenteres, at der er konkrete planer for at opstarte andre aktiviteter med midlerne fra pengeselskabet, vil dette ofte resultere i, at SKAT ser spaltningen for forretningsmæssigt begrundet. Finder SKAT derimod, at spaltningen hovedsageligt er begrundet i aktionærernes privatøkonomiske interesser, gives der ikke tilladelse til at spalte skattefrit.¹²

Udfaldet af SKM 2005.232TSS konkretiserer dette meget godt. Her var situationen den, at to aktionærer vil lave en aktieombytning i et selskab primært med likvide midler og derefter ophørsspalte det til to nye selskaber. Der blev ikke fremlagt konkrete planer for opstart af aktivitet i de modtagende selskaber. SKAT anså spaltningen som et forsøg på at undgå en regulær likvidation af selskabet med den dertil hørende beskatning, hvilket medførte et afslag på tilladelse til skattefri spaltning.

I SKM 2006.324SKAT var to aktionærer uenige om et selskabs drift. Efter driftsaktiviteterne i selskabet tidligere var blevet afhændet, var der i selskabet betydelige garantiforpligtelser overfor den købende koncern. I sagen blev der af hovedaktionæren fremlagt investeringsplaner for en betydelig del af egenkapitalen, og investeringerne bestod ikke primært af passiv formuepleje. SKAT havde med i bedømmelsen, at en likvidation af selskabet var væsentligt vanskeliggjort af de eksisterende garantiforpligtelser. Derudover havde hovedaktionæren nære familiemæssige relationer til mindretalsaktionæren, hvilket gjorde at udnyttelse af aktiemajoriteten ikke var en mulighed. Tilbagesalg af aktier til det udstedende selskab var derudover ikke en reel mulighed for minoritetsaktionæren, da dette ville skulle ske til underkurs på grund af garantiforpligtelserne. Derfor fandt SKAT, at spaltningen var forretningsmæssigt begrundet. Her blev der desuden lagt vægt på, at der fremover ville være erhvervs-mæssig drift i hovedaktionærens modtagende selskab.

I SKM 2006.325SKAT fandt SKAT det derimod ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at begrundelsen bag den skattefrie spaltning var

¹² Halling-Overgaard s 416

forretningsmæssigt begrundet og gav dermed afslag. Der forelå ikke konkrete forretningsmæssige planer, der rakte ud over passiv formuepleje. SKAT mente derfor, at spaltningen mest var af hensyn til aktionærens privatøkonomiske interesser.

Sammenfattende er det vigtigt for at få en godkendelse fra SKAT, at der forligger konkrete investeringsplaner om at opstarte andre aktiviteter med midlerne fra pengeselskabet, og spaltningen dermed ikke binder i aktionærernes privatøkonomiske interesser.

8.7 Hæftelsesbegrænsning

Et ofte anvendt motiv for at gennemføre en omstrukturering er hæftelsesbegrænsning. Det kan være ønsket om at opspare overskydende likviditet i et holdingselskab særskilt fra driftsselskabet, eller det kan være at adskille en driftsejendom i et særskilt selskab fra driftsselskabet og samle dem under et holdingselskab. Hæftelsesbegrænsning er ofte brugt sammen med andre begrundelser, og det kan derfor være vanskeligt at vurdere hvilke begrundelser, der ligger til grund for SKATs afgørelse.¹³

I SKM 2002.644LSR ønskedes fortaget en skattefri aktieombytning for derved at danne en holdingstruktur. Der blev skrevet i ansøgningen, at hovedformålet med aktieombytningen var: etablering af enkel selskabsstruktur, risikoafgrænsning, forberede generationsskifte samt skabe mulighed for i fremtiden at stifte nye datterselskaber. Landsskatteretten gav tilladelse til den skattefrie aktieombytning. Det kan ikke udledes ud af afgørelsen hvilke faktorer, der gjorde, at det blev givet tilladelse, blot at der var givet en samlet vurdering. Det udledes deraf, at hæftelsesbegrænsning kan være en forretningsmæssig begrundelse men ofte i samspil med andre faktorer.

¹³ Halling-Overgaard s 216

Det skal her understreges, at hvor skattefri aktieombytning og dermed hæftelsesbegrænsning ønskes, men hvor begrundelsen ikke ligger i selskabets forretningsmæssige aktivitet, gives der afslag. I Tfs1997.206LR ønskedes en skattefri aktieombytning. Ansøgningen var begrundet i ønsket om at undgå beskatning af den negative anskaffelsessum ved selskabets eventuelle konkurs. Ligningsrådet gav afslag, da omstrukturingsreglerne ikke har til formål at undgå beskatning ved konkurs.

Sammenfattende kan det konkluderes, at hæftelsesbegrænsning ofte bruges sammen med andre forretningsmæssige begrundelser, som for eksempel generationsskifte og omstrukturering.

8.8 Omstrukturering

Omstrukturering inden for koncernen kan helt klart betegnes som en forretningsmæssig begrundelse, forudsat at den ikke er begrundet i skatteundgåelse eller skatteunddragelse.¹⁴ I Tfs 1997.569LR blev der ansøgt, om to skattefrie aktieombytninger i forlængelse af hinanden. Ligningsrådet gav tilladelse til den første men ikke den anden, da ligningsrådet fandt, at der ved den anden var tale om skatteundgåelse. Afslaget havde ikke noget at gøre med, at der var tale om to aktieombytninger. Havde begge aktieombytninger været forretningsmæssigt begrundet, var der formentlig også givet tilladelse.

Ved benyttelse af omstrukturering som en begrundelse for eventuelt en aktieombytning er det særdeles vigtigt, at aktieombytningen er forretningsmæssig begrundet og ikke bunder i aktionærens private forhold.

¹⁴ Halling-Overgaard s 218

8.9 Opsummering

Det essentielle for at opnå en tilladelse til en skattefri omstrukturering er, at formålet er en eller flere gyldige forretningsmæssige begrundelser. Er dette ikke tilfældet, vil der ikke blive givet tilladelse til omstruktureringen, da hovedformålet eller et af dem anses for at være skatteundgåelse. Der er ovenfor gennemgået nogle situationer, som i praksis anses for at være forretningsmæssige gyldige begrundelser. Det er her vigtigt at nævne, at sandsynligheden for at få en tilladelse er større, hvis omstruktureringen er begrundet med flere af ovenstående situationer i samspil.

Det er meget vigtigt, at ansøgningen er meget konkret. Det er ikke nok at begrunde med "ønsket om at lette et fremtidigt generationsskifte", "en mere hensigtsmæssig koncernkultur" eller "lette muligheden for fremtidige investeringer". Ansøgningen skal indeholde en meget detaljeret redegørelse for, hvorfor omstruktureringen ønskes gennemført, og hvorledes omstruktureringen har forretningsmæssig relevans ud fra selskabets faktiske situation. Det er vigtigt, at ansøgningen er begrundet i selskabets fremtidige forretning og ikke aktionærens skattemæssige interesser.

SKAT giver tilladelse til omstruktureringen, såfremt de finder, at der ligger gyldige forretningsmæssige begrundelser bag ansøgningen. I de tilfælde hvor der ligger gyldige forretningsmæssige begrundelser bag omstruktureringen, men der samtidig er mulighed for skatteundgåelse, må SKAT ikke give afslag på ansøgningen, hvis risikoen for skatteundgåelse kan fjernes ved at opstille vilkår i tilladelsen. Overholdes vilkårene ikke, er konsekvensen, ligesom hvis de i ansøgningen skitserede forhold ikke overholdes, at omstruktureringen bliver skattepligtig.

9 Skattepligtig omstrukturering

Det giver ikke meget mening at snakke om en skattepligtig omstrukturering, da det svarer til en almindelig afhændelse og køb af aktiver.

For aktionærerne i selskabet, der ophørsspaltes, eller hvori der ombyttes aktier, vil det svare til salg af aktier og dermed beskatning efter Aktieavancebeskatningsloven.

For selskabet, der overdrager aktiver til modtagende selskaber, medfører det afståelsesbeskatning efter kursgevinstloven, aktieavancebeskatningsloven, ejendomsavancebeskatningsloven, afskrivningsloven med videre.

Der er jævnfør SEL § 4. stk. 5 hjemmel til at gennemføre skattepligtig tilførsel af aktiver med tilbagevirkende kraft, dette er ikke tilfældet med aktieombytning og spaltning.¹⁵

¹⁵ Halling-Overgaard s 441

10 Aktieombytning

10.1 Indledning

10.1.1 Definition

Aktieombytning defineres i ABL § 36 stk. 2 som *"den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, eller, hvis det allerede har et sådant flertal, erhverver en yderligere andel ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærene i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum"*.

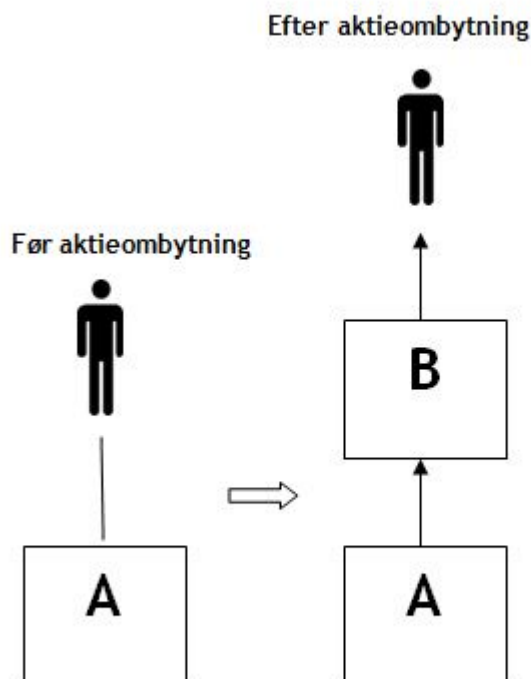
Aktieombytning dækker over alle former for afståelse af aktier/anparter i et selskab mod vederlag erlagt i kapitalandele i et nyt selskab eventuelt suppleret med at kontant vederlag. Det benyttes hovedsageligt i praksis kun til at beskrive de tilfælde, hvor der ved aktieombytningen etableres en moder/datterstruktur¹⁶.

Fordelen ved en sådan struktur er, at man kan udlodde skattefrit udbytte fra datter til moder, hvorved al kapitalen opspares i moderselskabet, således at kapitalen er sikret mod eventuel driftsrisiko i datterselskabet. På denne måde slanker man også datterselskabet, hvilket gør det lettere for 3. mand at købe sig ind, hvis selskabet ønskes afhændet.

Det er den hyppigst anvendte omstruktureringsmetode til etablering af en holdingstruktur, den ovenfor nævnte moder/datter struktur, der forløber således, at det eksisterende selskab (herefter kaldt det indskydende selskab) indskyder sine aktier/anparter som apportindskud i et andet selskab (herefter kaldt det modtagende selskab). Aktionæren/anpartshaveren i det indskydende selskab

¹⁶ Halling-Overgaard s. 185

modtager aktier/anparten i det modtagende selskab som vederlag for de afståede aktier/anparten. Se figur 6 nedenfor.



Figur 6: Aktieombytning

Aktieombytning kan også beskrives som en uegentlig fusion, idet der som ved en fusion sker en overdragelse af kontrollen i det indskydende selskab til det modtagende selskab, uden der dog foretages en sammenlægning af de to¹⁷.

Aktieombytning kan foretages både skattepligtigt efter reglerne i ABL §§ 8, 9 og 12, og skattefrit efter ABL § 36. Skattefri aktieombytning kan derudover gennemføres med forudgående tilladelse efter ABL § 36 stk. 1 - 3 eller uden forudgående tilladelse efter ABL § 36 stk. 6.

¹⁷ Den Juridiske Vejledning C.D.6.3.1

10.1.1.1 Succession

Det skal slås fast, at når der er tale om skattefri aktieombytning eller skattefrie omstruktureringer i øvrigt, hvad enten det er med eller uden tilladelse, så betyder det ikke, at det er skattefrit, således at der aldrig vil skulle svares skat. Der er tale om en udskydelse af skatten til et senere tidspunkt. Som det vil blive diskuteret nedenfor, sker der i forbindelse med ombytningen en afståelse af aktier/anparter i det indskydende selskab, mod et vederlag i aktier/anparter i det modtagende selskab. Skattefriheden består i, at overdragelsen af aktierne/anparterne sker med succession, og at skatten først vil skulle svares ved afhændelse af de modtagne aktier/anparter.

Når der succederes i aktier eller anparter, overtager modtageren disse til den anskaffelsessum, på det anskaffelsestidspunkt og med den intention, som de senest er anskaffet til. Modtager indtræder altså skattemæssigt i overdragerens sted.

10.1.2 Lovgrundlag

ABL § 36 giver hjemmel til skattefrit at kunne gennemføre en aktieombytning. Det er EU's Fusionsdirektiv 2009/133/EF, der ligger til grund for ABL § 36 stk. 1 og 2. Gennemførelse af skattefri aktieombytning efter det subjektive regelsæt forudsættes af, at der er opnået tilladelse fra SKAT jævnfør ABL § 36 stk. 1, 3. pkt.

Ved lov nr. 343 af d. 18. april 2007 indførtes § 36 a. Denne bestemmelse introducerede et objektive regelsæt, der muliggjorde gennemførelsen af aktieombytning uden tilladelse, såfremt de i bestemmelsen fremsatte betingelser var opfyldte.

Bestemmelserne i § 36 a er senere blevet slettet i forbindelse med lov nr. 525 af d. 12. juni 2009, hvor den erstattes af § 36 stk. 6. Der vil blive redegjort yderligere for de subjektive og de objektive regelsæt nedenfor.

For at fastslå hvilke selskaber, der er omfattet af reglerne om skattefri aktieombytning, henvises der i ABL § 36 stk. 1 til artikel 3 i Fusionsdirektiv 2009/133/EF, i hvilket det specificeres, at både det modtagende selskab og det indskydende selskab skal være et selskab i en medlemsstat i EU, eller der skal være tale om ejerandele i et selskab, der kan sidestilles med et dansk A/S eller ApS, som er hjemmehørende udenfor EU. Der er altså mulighed for grænseoverskridende aktieombytninger efter ABL § 36 stk. 1. Det vil dog ikke blive diskuteret nærmere, da det ligger udenfor omfanget af nærværende opgave. Der henvises til afgrænsningsafsnit ovenfor.

Derudover udelukker ABL § 36 stk. 1, 5. pkt. anvendelsen af reglerne i § 36 stk. 1-4, hvis det indskydende selskab eller det modtagende selskab er en transparent enhed. Det vil sige, at hvis beskatningen af selskabet ikke sker hos selve selskabet, men i stedet sker hos selskabsdeltagerne. Som nævnt i kapital 7 om selskabsformerne er dette P/S'er og K/S'er.

Bestemmelsen i ABL § 36 stk. 3 omhandler tilfælde, hvor ét eller flere af de involverede selskaber ikke er et selskab i en medlemsstat. De har mulighed for at benytte reglerne om skattefri aktieombytning, hvis krav om helejerskab for det modtagende selskab af det indskydende selskab er opfyldt. Dette vil ikke blive diskuteret yderligere jævnfør afgrænsningsafsnit ovenfor.

10.2 Skattefri aktieombytning med forudgående tilladelse

Reglerne for skattefri aktieombytning med forudgående tilladelse omtales også ofte som de subjektive regler. Som ovenfor nævnt er det ABL § 36, der gør det muligt at gennemføre en aktieombytning skattefrit. Der er nogle krav i regelsættet, der skal opfyldes, før dette kan lade sig gøre.

Der skal som udgangspunkt opnås en forudgående tilladelse fra SKAT, hvis reglerne om skattefri aktieombytning ønskes anvendt jævnfør ABL § 36 stk. 1, 3. pkt. Dog er SKAT i sin ret til at fastsætte yderligere vilkår i forbindelse med, at de giver tilladelse til gennemførelse af aktieombytningen jævnfør ABL § 36 stk. 1, 4. pkt.

I tilfælde hvor denne bestemmelse benyttes, er det ofte, fordi SKAT anser begivenheder i forbindelse med en aktieombytning som en mulig omgåelse af reglerne. Eksempler på dette vil blive givet nedenfor. De yderligere vilkår kan eksempelvis være krav om anmeldelse af senere ændringer herunder afhændelse af alle eller en andel af egne aktier, der kan resultere i en flytning af stemmemajoritet. Se TfS 1999.787 LR som er diskuteret detaljeret nedenfor.

Den juridiske vejledning opdeler de krav, der er til, at en aktieombytning med forudgående tilladelse kan gennemføres skattefrit i objektive betingelser¹⁸ og subjektive betingelser¹⁹.

10.2.1 Objektive betingelser

10.2.1.1 Krav om stemmeflertal

I ABL § 36 stk. 2 specificeres det *"... 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..."*. Det er således et grundlæggende krav, at det modtagende selskab i forbindelse med aktieombytningen skal opnå, eller bibeholde stemmeflertallet i det indskydende selskab.

Det kan udledes af formuleringen, at det ikke er et krav, at det modtagende selskab skal besidde aktiemajoriteten efter aktieombytningen. Det vigtigste er

¹⁸ Den juridiske vejledning C.D.6.3.3.1

¹⁹ Den juridiske vejledning C.D.6.6.4

derimod stemmebesiddelsen. Der skal således som minimum opnås et simpelt flertal af stemmerne. Det er derfor vigtigt at være særligt opmærksom, hvis aktiekapitalen er opdelt i flere aktieklasser med stemmedifferentiering.

Man skal ligeledes være opmærksom på, at det er den reelle stemmemajoritet, der er afgørende, ikke det antal af stemmer, man besidder. Man kan godt have stemmeflertallet uden at besidde den reelle stemmemajoritet. Eksempelvis hvis et selskab ejer egne aktier og derved besidder det egentlige stemmeflertal, men da et selskab ikke kan udnytte stemmeret på egne aktier vil stemmemajoriteten tilfalde en anden aktionær.

SKM 2001.303TSS bekræfter denne fortolkning. Her opnåede en aktionær tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, selvom han ikke formelt besad stemmemajoriteten. Aktiekapitalen i driftsselskabet var opdelt i A-aktier og B-aktier. Aktiekapitalen var nominelt kr. 600.000, hvoraf A-aktierne udgjorde kr. 60.000 og B-aktierne kr. 540.000. Aktionæren ejede samtlige B-aktier, og samtlige A-aktier var opført som egne aktier i selskabet. Hver A-aktie var tildelt 10 stemmer, og hver B-aktie 1 stemme. A-aktieindehaveren ville her normalvis have stemmeflertallet, selvom B-aktieindehaveren ejede størstedelen af selskabskapitalen, og en skattefri aktieombytning for B-aktieindehaveren ville ikke være mulig. Dog kan et selskab ikke selv benytte stemmeretten på deres egne aktier jævnfør den dagældende Aktieselskabslov § 67 stk. 3, og derfor havde aktionæren den reelle stemmemajoritet, og det modtagende selskab ville derfor opnå majoriteten af de aktier, hvorpå der kunne stemmes i forbindelse med aktieombytningen.

10.2.1.1.1 Overdragelse af stemmemajoritet inden aktieombytning

I Tfs 1999.492LSR ejede to brødre hver 50 % af et selskab, og den ene bror opnåede formelt stemmemajoriteten for at kunne opnå tilladelse til en skattefri aktieombytning. Men da broren kun besad stemmemajoriteten i en kortere periode,

og fordi der lå forudgående aftaler om, at besiddelsen af stemmemajoriteten kun var midlertidig, blev der givet afslag.

En lignende sag fik imidlertid en anden afgørelse. I TFS 1999.787LR var tilladelse til skattefri aktieombytning i første omgang blevet afvist grundet en risiko for, at aktionæren ikke havde i sinde at beholde stemmemajoriteten. Dog besluttede ligningsrådet til slut, at der ikke kunne gives afslag på tilladelse ved mistanke om mulig forsøg på omgåelse af reglerne. SKAT skulle i stedet revurdere sagen og forsøge at forhindre omgåelsen ved andre tiltag.

Ud fra ovenstående domspraksis kan det udledes, at det er i orden at overdrage en aktiepost umiddelbart før en aktieombytning på betingelse af, at det ikke er en midlertidig overdragelse i forsøg på omgåelse af reglerne om stemmemajoritet. Hvis SKAT mistænker omgåelse af reglerne, må de ikke på det grundlag give afslag på anmodning om tilladelse, hvis denne bygger på reelle forretningsmæssige begrundelser, som ovenfor beskrevet. SKAT skal i stedet forsøge at afværge omgåelsen ved at tilføje særlige vilkår til tilladelsen. Konsekvenserne for ikke at overholde vilkårene er, at dispositionen bliver skattepligtig.

10.2.1.1.2 Stemmemajoritet gennem ejerftaler, aktionæroverenskomster og vedtægter

Der er muligheder for gennem ejerftaler, aktionæroverenskomster og vedtægter at begrænse eller tildele stemmerettigheder, så selvom en aktionær formelt besidder stemmemajoriteten, kan der være udearbejdet en ejerftale, en aktionæroverenskomst eller være opført en klausul i selskabets vedtægter, der begrænser den pågældende aktionærs stemmerettigheder, således at denne reelt ikke har stemmemajoritet. Omvendt kan ejerftaler, aktionæroverenskomster og vedtægter også laves således, at en aktionær, der ikke gennem ejerskab besidder stemmemajoriteten, kan blive tildelt denne gennem disse.

Der kan i ovenstående også gives vetoret til mindretalsaktionærer, hvorved de kan forhindre beslutninger. Dette vil ligeledes tælle imod, at aktionæren med det formelle stemmeflertal anses for at besidde den reelle stemmemajoritet.

I SKM 2006.372LSR blev der givet afslag på ansøgning om tilladelse, da hovedanpartshaveren, på trods af formelt at besidde stemmemajoriteten, var begrænset beslutningsdygtig, da det via en anpartshaveroverenskomst var angivet, at væsentlige beslutninger skulle foretages på anpartshavermøder. Ved beslutninger taget på anpartshavermøder skal der være enighed.

Samme udfald var der i Tfs 2006.720LSR selvom der ikke i anpartshaveroverenskomsten var aftalt, at stemmerettighederne var begrænset, så var bestemmelsen omkring, at væsentlige beslutninger skulle træffes på anpartshavermøder afgørende for SKATs beslutning om at afslå ansøgning om tilladelse.

10.2.1.1.3 Efterfølgende spaltning

Der står i ABL § 36 stk. 2, 2. pkt. at betingelserne i pkt. 1, omkring kravet om stemmemajoritet, anses for opfyldt selvom det modtagende selskab bliver spaltet efter FUSL § 15 a umiddelbart efter aktieombytningen har fundet sted.

Et eksempel er SKM 2003.17TSS, der drejer sig om to brødre, der efter aktieombytningen tilsammen ejede 100 % af et holdingselskab, der ejede 2/3 af både aktiekapitalen og stemmerne i et driftsselskab. Efterfølgende ophørsspaltes det nystiftede holdingselskab, så hver af brødrene fik hver især deres eget 100 % ejede holdingselskab, der hver ejede 1/3 af kapitalen og stemmerne i driftsselskabet. Spaltning vil blive gennemgået i et separat afsnit nedenfor. Tilladelse blev opnået.

10.2.1.1.4 Sammenfatning

Der er en del aspekter omkring kravet om stemmeflertal, man skal være opmærksom på, når man vil gennemføre en ombytning af aktier. Det er som ovenfor diskuteret ikke nok at være i besiddelse af aktiemajoriteten, eller det formelle stemmeflertal, da der er andre måder, hvorpå man kan komme i besiddelse af stemmemajoriteten. Det er, som ovenfor konkluderet, den reelle stemmemajoritet, der er den afgørende faktor omkring stemmeflertalskravet. Denne kan dog blive begrænset gennem ejaftaler, aktionæroverenskomster eller vedtægter, og aktionæren anses derfor for værende begrænset beslutningsdygtig og opfylder dermed ikke kravet om stemmeflertal jævnfør ABL § 36 stk. 2, 2. pkt.

10.2.2 Hvilke værdipapirer er omfattet

Som udgangspunkt er der mulighed for ombytning efter ABL § 36 for alle værdipapirer, der er omfattet af ABL § 1.

Derudover omfattes tegningsretter af ABL § 36 jævnfør ABL § 1 stk. 4. Tegningsretter omfattes ikke i øvrigt af Aktieavancebeskatningsloven, idet de er omfattet af Ligningslovens (LL) § 28.

ABL § 36 finder ikke anvendelse på konvertible obligationer, på trods af at de ellers er omfattet af Aktieavancebeskatningsloven, da disse er fordringer. Konvertible obligationer kan dog konverteres til aktier og derefter indgå i en aktieombytning²⁰.

²⁰ Den Juridiske Vejledning C.D.6.3.3.2

10.2.3 Negativ egenkapital

Der kan som udgangspunkt ikke foretages en aktieombytning i et selskab med en negativ egenkapital. Værdiløse aktier kan ikke ombyttes mod vederlag. Det er egenkapitalen på ansøgningstidspunktet, der tages i betragtning i forbindelse med tilladelsen til skattefri aktieombytning. Det er ikke af betydning om seneste aflagte regnskab udviser en negativ egenkapital, hvis det kan godtgøres, at den på ansøgningstidspunktet er positiv.

Der blev i SKM 2002.514TSS givet tilladelse til skattefri aktieombytning på trods af, at selskabet havde en negativ regnskabsmæssig egenkapital. SKAT lagde til grund for deres tilladelse, at selskabet var en nystartet virksomhed, og at den internt oparbejdede goodwill ikke var bogført, og den dermed ikke var indregnet i selskabets egenkapital. SKAT fandt det godtgjort, at den faktiske værdi af aktierne var positiv på ombytningstidspunktet.

10.2.4 Ombytningsdato

Aktierne/anparterne i det modtagende selskab anses for overdraget på aftaledatoen, hvorimod overdragelsen af aktierne/anparterne i det indskydende selskab skal ske inden for seks måneder efter overdragelsen af aktierne/anparterne i det modtagende selskab jævnfør ABL § 36 stk. 4, 1. pkt. Der er altså ikke noget krav om, at ombytningsdatoen for det modtagende selskab og det indskydende selskab skal være sammenfaldende.

Skattefri aktieombytning kan ikke ske med tilbagevirkende kraft jævnfør § 36 stk. 4, 3. pkt.

Der er ikke et krav om efterfølgende anmeldelse til SKAT ved brug af det subjektive regelsæt. De dokumenter, der er udarbejdet i forbindelse med gennemførelsen af aktieombytningen, skal således ikke indsendes til SKAT. Dog er de

sædvanlige selskabsretlige anmeldelsesfrister vedrørende nystiftelse eller kapitalforhøjelse i fremtidigt holdingselskab over for Erhvervsstyrelsen gældende. Disse regler vil ikke blive berørt yderligere jævnfør afgrænsningen ovenfor.

10.2.5 Subjektive betingelser

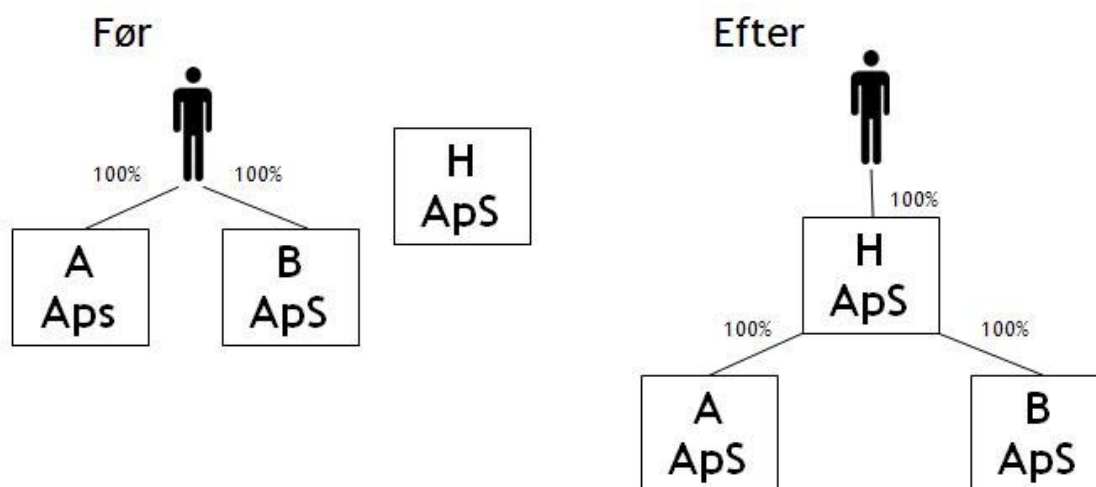
Et fundamentalt krav til at opnå tilladelse til at gennemføre en skattefri aktieombytning er, at ombytningen skal være forretningsmæssigt begrundet, som defineret ovenfor i kapitel 8.

Jævnfør Fusionsdirektivet artikel 15 stk. 1 litra a formodes det, at hvis der ikke kan godtgøres en forretningsmæssig begrundet årsag med aktieombytningen, så anses hovedformålet eller et af hovedformålene som værende skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

10.2.5.1 Leur-Bloem sagen (Sag C-28/95)

SU 1997.257, den fortsat meget omtalte Leur-Bloem sag, er en EU afgørelse. Selvom sagen angår en nederlandsk anpartshaver samt nederlandske selskaber, så er dommen af stor betydning for fortolkningen af den danske lovgivning, da denne ligesom den nederlandske lovgivning, er baseret på Fusionsdirektivet. Afgørelsen i denne sag danner præcedens for efterfølgende fortolkninger af Fusionsdirektivet.

Sagen angik en anpartshaver, der var direktør og eneanpartshaver i to ApS'er, herefter kaldt A ApS og B ApS. Anpartshaveren ønskede at erhverve anparterne i et tredje ApS ved ombytning af aktier. Det nye selskab skulle fungere som holdingselskab H ApS, i hvilket anpartshaveren ville eje 100 %. H ApS ville komme til at eje A ApS og B ApS 100 %, hvilket ville give anpartshaveren indirekte ejerskab over de to datterselskaber. Se figur 7 nedenfor.



Figur 7: Leur-Bloem sagen

Anpartshaveren anmodede om, at denne disposition kunne betragtes som "fusion ved ombytning af aktier", hvilket ifølge nederlandsk skattelovgivning ville betyde, at en eventuel kapitalvinding ved aktieoverdragelsen for det første ikke skulle beskattes, og for det andet ville der være mulighed for at modregne eventuelle tab indenfor den skattemæssige enhed, der ville blive dannet ved transaktionen. Hans argument var, at formålet med transaktionen var at tilvejebringe et nærmere samarbejde mellem de to selskaber.

De nederlandske skattemyndigheder fandt ikke, at der i dispositionen forelå en sådan "fusion". De fandt, at siden de to selskaber allerede var én enhed i finansiell og økonomisk henseende, da de havde samme direktør, som også i begge selskaberne var eneste selskabsdeltager.

EF-domstolen fandt dog ikke, at dette argument var gyldigt, og den var derfor ikke til hinder for, at transaktionen kunne anses som "fusion ved ombytning af aktier". Et uddrag af fortolkningen af Fusionsdirektivet udtrykkes således i EF-domstolens kendelse:

"...ved afgørelse af, om den påtænkte transaktion som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse, skal de kompetente nationale myndigheder foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Undersøgelsen skal kunne undergives en retslig prøvelse. I overensstemmelse med artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434²¹ kan medlemsstaterne fastsætte bestemmelser om, at den omstændighed, at den påtænkte transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, skaber en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse. Det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte de nødvendige interne procedurer herfor under hensyn til proportionalitetsprincippet. En general regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er afskåret fra at opnå skattefordele, og som er baseret på de kriterier, der er nævnt i besvarelsen af det andet spørgsmål, punkt a), går - uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse - ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med formålet med direktiv 90/434".

Det præciseres, at det skal fortolkes således, at den skattepligtige har et retskrav på at opnå tilladelse til at gennemføre omstruktureringer, som er omfattet af direktivet, hvis de gennemføres ud fra forsvarlige, økonomiske betragtninger. Det er derfor op til SKAT at modbevise disse betragtninger ud fra individuelle vurderinger, hvis de fatter mistanke om, at omstruktureringen ikke er forretningsmæssigt begrundet.

Det er ikke tilstrækkeligt, at ansøger angiver, at grunden til aktieombytningen eksempelvis er at lette et planlagt generationsskifte. Der skal i ansøgningen redegøres for detaljerne i det planlagte generationsskifte, samt der skal argumenteres for hvorledes aktieombytningen eller anden omstruktureringsform indgår i de reelle planer. Det er ud fra disse planer og formål, SKAT kan vurdere, om der foreligger en faktisk forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen²².

²¹ Nuværende direktiv 2009/133/EF artikel 15 stk. 1 litra a

²² Halling-Overgaard s. 212

Ovenstående afgørelse blev lagt til grund for afslag om tilladelse til aktieombytning i SKM2005.167 ØLR. Det fandtes ikke godtgjort, at det i ansøgningen var tilstrækkeligt begrundet, at ombytningen var tiltænkt ud fra forsvarlige, økonomiske betragtninger. Det samme var tilfældet i SKM2005.527 LSR.

Retspraksis, som vist umiddelbart ovenfor, viser, at ansøger skal godtgøre overfor SKAT, at aktieombytningen påtænkes ud fra forretningsmæssige hensyn, som defineret i kapitel 8. Hvis de ikke i tilstrækkelig grad gør dette, og hvis de samtidig opnår faktiske skattemæssige fordele i forbindelse med aktieombytningen, så må SKAT antage, at hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller skatteundgåelse. Som konsekvens vil der ikke kunne opnås tilladelse til den påtænkte skattefrie ombytning.

Det skal her specificeres, at det, som det ovenfor er nævnt, er SKAT, der bærer bevisbyrden for, at ansøger har skatteunddragelse eller skatteundgåelse i sinde ved aktieombytningen, men det er ansøger, der i forbindelse med ansøgningen skal godtgøre, at der ligger en forretningsmæssig hensigt til grund for ombytningen.

10.2.6 Skattemæssige konsekvenser

10.2.6.1 For aktionæren

En aktieombytning er, som ovenfor konkluderet, en faktisk afståelse af aktier. Aktionæren/anpartshaveren vil derfor normalvis skulle beskattes efter Aktieavancebeskatningslovens regler. ABL § 36 stk. 1 henviser til FUSL § 11, der muliggør succession. Ved benyttelse af denne bestemmelse overfører aktionæren/anpartshaveren sin skattemæssige position vedrørende aktierne i det indskydende selskab til de modtagende aktier/anparter i det modtagende selskab.

I det omfang vederlaget erlægges i aktier/anparter i det modtagende selskab, vil der ikke skulle svares skat på ombytningstidspunktet. De nye aktier anses for

modtaget på samme tidspunkt og til samme anskaffelsessum og med samme intention som de afhændede aktier. Skatten udskydes dermed indtil afhændelse af disse aktier.

Modtager aktionæren et kontant vederlag i forbindelse med aktieombytningen, vil dette skulle beskattes som udbytte efter Aktieavancebeskatningslovens regler jævnfør FUSL § 9.

10.2.6.2 For det modtagende selskab

Aktierne i det indskydende selskab anses for anskaffet af det modtagende selskab på ombytningstidspunktet og til handelsværdien på samme tidspunkt. Såfremt det modtagende selskab vælger at sælge aktierne/anparterne umiddelbart efter en aktieombytning, vil der ikke opstå en skattepligtig gevinst, eftersom aktierne/anparterne anses for anskaffet til handelsværdien på ombytningstidspunktet.

Hvis det modtagende selskab er et eksisterende selskab, og det har fremførte underskud fra tidligere år, vil der i forbindelse med aktieombytningen ikke ske en ændring eller begrænsning i senere anvendelse af dette. Foretages aktieombytningen koncerninternt, ville aktieombytningen heller ikke medføre begrænsninger i muligheden for at udnytte disse underskud til senere modregning i skattepligtig sambeskatningsindkomst.

10.2.6.3 For det indskydende selskab

Der er ingen skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab, da det i praksis bare skifter ejer.

En aktieombytning begrænser ikke det indskydende selskab i at udnytte egne underskud på et senere tidspunkt. Underskud opstået i sambeskatning vil også

kunne anvendes uændret og ubegrænset så længe sambeskatningsselskaberne forbliver de samme.

10.3 Skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse

Selvom der i ABL § 36 stk. 1, 3. pkt. står, at reglerne i 1. pkt. er betinget af, at der er opnået tilladelse hertil fra SKAT, er det dog muligt nu at gennemføre en skattefri aktieombytning uden at have opnået forudgående tilladelse jævnfør ABL § 36 stk. 6, 1. pkt. Reglerne for skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse omtales også ofte som de objektive regler.

Regelsættet er indført for at lette adgangen til skattefrie omstruktureringer. Det er mindre ressource- og tidskrævende for de involverede selskaber, hvilket gør det lettere for dem at tilpasse deres koncernstruktur til de i dag hurtigt forandrende markeder, hvilket gør dem mere konkurrencestærke i forhold til selskaber og koncerner i udlandet.

10.3.1 Betingelser for benyttelse af det objektive system

De samme objektive regler, som er beskrevet ovenfor i forbindelse med skattefri omstrukturering med forudgående tilladelse, er ligeledes gældende for skattefri omstrukturering uden forudgående tilladelse. Der henvises til afsnit 10.2.1. Modsat skattefri aktieombytning med forudgående tilladelse kræves det ikke, at aktieombytningen gennemføres baseret på en forretningsmæssig begrundelse, når man benytter det objektive regelsæt.

Der er i stedet indført nogle værnsregler, der skal forhindre, at der foretages skattefrie aktieombytninger efter de objektive regler med skatteunddragelse eller skatteomgåelse for øje. Mere om disse nedenfor.

10.3.1.1 Holdingkrav

Der er et holdingkrav på aktierne/anparterne i det indskydende selskab jævnfør ABL § 36 stk. 6, 3. pkt. Disse må ikke afhændes i en periode på tre år efter aktieombytningen. Hvis dette ikke overholdes vil ombytningen som konsekvens blive skattepligtig, med mindre der er opnået forudgående tilladelse fra SKAT til afhændelse af aktierne/anparterne. Aktieombytningen og den efterfølgende afhændelse af aktierne skal godtgøres at være forretningsmæssigt begrundet, for at en sådan tilladelse kan gives. Se kapitel 8 om forretningsmæssige begrundelser.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det til trods for holdingkravet er muligt at foretage efterfølgende skattefrie omstruktureringer, såfremt der som vederlag udelukkende modtages aktier/anparter for de tidligere ombyttede aktier/anparter. Når der foretages skattefrie aktieombytninger, anses aktierne/anparterne i det indskydende selskab som anskaffet af det modtagende selskab til handelsprisen på ombytningstidspunktet. Mere om dette nedenfor i afsnittet om skattemæssige konsekvenser.

SKM 2010.53SR bekræfter, at en aktieombytning efterfulgt af fusioner vil kunne gennemføres skattefrit. Denne sag vurderes relevant i denne sammenhæng, selvom fusioner ligger uden for omfanget af denne opgave. Afgørelsen er med alene for at understrege, at en aktieombytning kan gennemføres skattefrit, selvom der efterfølgende foretages yderligere omstrukturering af selskabet.

Holdingkravet vil fortsat være gældende i det nye selskab i den oprindelige løbetid, og der vil opstå et nyt holdingkrav i forbindelse med den efterfølgende skattefrie omstrukturering. Afhændes aktierne før udløb af den første holdingperiode, vil begge omstrukturingsaktiviteter som konsekvens blive skattepligtige. Afhændes de efter udløb af første holdingperiode men inden udløb af anden holdingperiode, vil første omstrukturering fortsat være skattefri, men den sidste vil blive skattepligtig.

Et yderligere krav til benyttelse af de objektive regler er, at aktieombytningen skal ske til den reelle handelspris jævnfør ABL § 36 stk. 6, 2. pkt. Dette vil ikke blive

diskuteret yderligere, da værdiansættelser ligger uden for omfanget af nærværende opgave.

10.3.1.2 Stemmemajoritet

Der er ligeledes krav om stemmemajoritet ved benyttelse af det objektive regelsæt, og holdingkravet gør sig især gældende her i forbindelse med efterfølgende dispositioner.

I følgende bindende svar SKM 2009.646SR bekræfter skatterådet, at den efter aktieombytningen foretagne kapitalforhøjelse ikke er i strid med holdingkravet. Der afhændes ingen aktier, selvom kapitalbesiddelsen forrykkes, og aktiemajoriteten mistes. Aktieombytningen er derfor fortsat skattefri.

I SKM 2008.375SR svarer skatterådet, at ombytningen af aktier ikke ville kunne gennemføres efter de objektive regler, da betingelserne i den dagældende ABL § 36 A stk. 1 og 3 ikke anses for opfyldt, da det vurderes, at stemmemajoriteten, som ovenfor beskrevet, ikke overføres permanent. Der er derimod tale om en forudgående aftale om en midlertidig overdragelse af stemmemajoriteten fra 50/50 mellem anpartshaver A og anpartshaver B til 100 % til anpartshaver A. Dog vil aktieombytningen kunne gennemføres efter de objektive regler, hvis der af B kun foretages en kapitaludvidelse på 49,9 % efter aktieombytningen i stedet for de planlagte 50 %, således at A fortsat besidder majoriteten.

Som det kan udledes af de umiddelbart ovenfor gennemgåede afgørelser og bindende svar, er holdingkravet ikke ensbetydende med, at det ikke er muligt at omstrukturere en koncern yderligere efter gennemførelse af en skattefri aktieombytning efter de objektive regler. Det kan lade sig gøre, hvis man holder sig indenfor de foreskrevne regler.

Det kan som i disse afgørelser og bindende svar fra SKAT være svært for aktionærene/anpartshaverne selv at vurdere, hvorledes de skal forholde sig til

reglerne ud fra deres konkrete situation. SKAT vil altid foretage individuelle vurderinger af de forskellige sager og problemstillinger. Det vil derfor være at anbefale, at der søges om et bindende svar forud for en gennemførelse af en skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse, hvis der er den mindste tvivl om opfyldelsen af kravene.

10.3.1.3 Oplysningspligt

Når et selskab gennemfører en aktieombytning uden tilladelse, er det et krav, at det senest ved indsendelse af selvangivelsen for det år, hvori aktieombytningen er gennemført, oplyser SKAT om den foretagne omstrukturering jævnfør ABL § 36 stk. 7, 1. pkt. Dette gøres ved afkrydsning i felt 162 og 164 på selskabs selvangivelsen. Manglende afkrydsning på selvangivelsen har ingen betydning for, om aktieombytningen fortsat er skattefri. Selskabet vil udelukkende blive anset for ikke at have selvangivet korrekt.²³

Af hensyn til det holdingkrav som beskrevet i afsnit 10.3.1.1, der opstår, er selskabet forpligtet til at oplyse overfor SKAT, hvis de afhænder aktier, der er omfattet af holdingkravet indenfor tre år efter aktieombytningen. Disse oplysninger skal indberettes til SKAT senest én måned efter afhændelsen jævnfør ABL § 36 stk. 7, 2. pkt.

10.3.2 Skattemæssige konsekvenser

10.3.2.1 For aktionæren

Som for skattefrie aktieombytninger med tilladelse er der her mulighed for succession efter FUSL § 9 jævnfør FUSL § 11. Der er ingen forskel på de to regelsæt, hvad skattemæssige konsekvenser angår, såfremt kravene er opfyldte.

²³ Halling-Overgaard s. 246

10.3.2.2 For det modtagende selskab

Her gælder de samme regler, som hvis den skattefri aktieombytning var gennemført med tilladelse. Se afsnit 10.2.6.2 herom ovenfor.

Her skal man være opmærksom på, at de modtagne aktier/anparter ikke kan sælges umiddelbart efter aktieombytningen til den handelsværdi, de er modtaget til jævnfør holdingkravet i afsnit 10.3.1.1

10.3.2.3 For det indskydende selskab

Her gælder de samme regler, som hvis den skattefri aktieombytning var gennemført med tilladelse. Se afsnit 10.2.6.3 herom ovenfor.

10.4 Opsummering

En aktieombytning kan ske skattepligtigt og skattefrit. Foretages aktieombytningen skattepligtigt, vil aktionæren blive beskattet af gevinsten ved afståelse af sine aktier/anparter i det indskydende selskab, da de anses for afhændet til det modtagende selskab. Hvis man vil gennemføre aktieombytningen skattefrit, kan man vælge at gøre dette med eller uden tilladelse.

SKAT vil i forbindelse med deres behandling af ansøgninger om tilladelser til skattefri aktieombytning undersøge og tage stilling til de forskellige aspekter af de forskellige sager og deres individuelle problemstillinger. Det er vigtigt, at alle forhold er korrekt oplyst ved ansøgningen om tilladelse, og at ombytningen sker på de vilkår, der er givet tilladelse til. Hvis ikke ombytningen foretages i henhold til den godkendte ansøgning, kan SKAT trække deres tilladelse tilbage. Konsekvensen vil være, at aktieombytningen bliver skattepligtig.

Fordelen ved at foretage aktieombytningen med forudgående tilladelse er, at man vil vide med sikkerhed, at den skattefrie aktieombytning er godkendt på ombytningstidspunktet, såfremt man gennemfører ombytningen i henhold tilladelsen. Ulempen er, at dette kan være en tidskrævende proces, der kræver en del ressourcer. Der skal også her tages hensyn til, at aktieombytningen skal foregå på forretningsmæssige begrundelser.

Derimod kan man ikke vide med sikkerhed, hvordan SKAT vil se på de forskellige forhold, hvis man gennemfører en skattefrie aktieombytning uden forudgående tilladelse. Man løber en risiko for ikke at have taget højde for alle aspekter og krav i forbindelse med aktieombytningen, eller der kan være usikkerheder ved for eksempel opfyldelse af stemmeflertalsbestemmelsen, hvis der eksempelvis er flere indehavere og flere aktieklasser. Det er derfor altid en god idé at benytte sig af muligheden om at få et bindende svar fra SKAT, hvis der er forhold, der er tvivlsomme.

Det er her også vigtigt at indsende korrekte og tilstrækkelige oplysninger, således at det bindende svar man modtager dækker den faktiske aktieombytning, som ønskes gennemført. Konsekvensen vil i dette tilfælde ligeledes være, at aktieombytningen bliver skattepligtig, hvis ikke man gennemfører denne i henhold til de oplysninger, man har fået det bindende svar på baggrund af.

Til gengæld er denne mulighed mindre tidskrævende at gennemføre og i de fleste tilfælde billigere at opnå og administrativt lettere. Men man skal helst på forhånd kende sine planer for mindst de næste tre år, da man bliver omfattet af et holdingkrav.

11 Spaltning

11.1 Indledning

11.1.1 Definition

FUSL § 15 a stk. 2 *“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”.*

Ved en spaltning sker der en opdeling af selskabets aktiviteter, og en eller flere af de opsplittede selskabsdele overgår til et eller flere selskaber, herefter kaldet det eller de modtagende selskaber. Det opsplittede selskab kaldes fremover det indskydende selskab. Som vederlag modtager aktionærerne i det indskydende selskab aktier i det eller de modtagende selskab/er eller eventuelt kontanter.²⁴

Skatteretligt kan spaltninger gennemføres både skattepligtigt og en skattefrit. I praksis er det den skattefrie, der er mest anvendt. Ved skattefri spaltning kan den gennemføres både med og uden forudgående tilladelse fra SKAT.

Der kan laves to former for spaltning, en ophørsspaltning og en grenspaltning. En ophørsspaltning finder sted, når det indskydende selskab opløses og dermed ophører i forbindelse med spaltningen, og samtlige dets aktiver og passiver overdrages til det/de modtagende selskab/er. Dette kaldes en egentlig spaltning.

²⁴ Halling-Overgaard s 385

Der er også tilfælde hvor det indskydende selskab ikke opløses. Her udspaltes en gren fra det indskydende selskab, som indskydes i det modtagende. Dette kaldes uegentlig spaltning.²⁵

Spaltning bruges ofte i forbindelse med generationsskifte, og det anvendes ofte sammen med andre omstruktureringsredskaber. Endvidere benyttes spaltning eksempelvis, hvor et flerejet holdingselskab ønskes opsplittet, således hver aktionær får eget holdingselskab.

11.1.2 Lovgrundlag

Lovhjemmelen til at gennemføre en skattefri spaltning findes i FUSL § 15 a stk. 1.

Skattefri spaltning kan i dag udføres med eller uden forudgående tilladelse. FUSL § 15 a stk. 1, 1. og 2. pkt. giver lovhjemmel til spaltning med tilladelse, og i FUSL § 15 a stk. 1, 4.-8. pkt. findes lovhjemmel til at udføre spaltning uden tilladelse.²⁶

ABL §§ 8 og 9 motiverede selskabsaktionærerne til at beholde de modtagende aktier i over tre år. Da disse bestemmelser blev ændret til at vedrøre aktiebesiddelsens størrelse og ikke ejer tid, blev FUSL § 15 a stk. 1. 5. pkt. tilføjet for at undgå afståelse inden tre år efter vedtagelsen af spaltningen.²⁷

Der kan gennemføres en skattefri spaltning uden tilladelse samtidig med, at der ansøges ved SKAT om tilladelse til at spalte skattefrit. Det vil sige, at hvis man gennemfører en skattefri spaltning efter de objektive regler, men også har overholdt de subjektive krav, kan man efter gennemførslen ansøge om tilladelse til spaltningen. Ved opnåelse af efterfølgende tilladelse vil man ikke længere være omfattet af de objektive krav. Der er ligeledes ikke noget i vejen for, at der kan

²⁵ Halling-Overgaard s 385

²⁶ Fogh s. 679

²⁷ Halling-Overgaard s 430

gennemføres en spaltning skattefrit uden tilladelse efter de objektive regler, hvis der er givet afslag på en ansøgning om tilladelse efter de subjektive regler.

Selskaber omfattet af selskabsdefinitionen i fusionsdirektivets artikel 3 kan gøre brug af Fusionskatteloven om skattefri spaltning under forudsætning af, at der ikke er tale om en transparent enhed. I FUSL § 15 a stk. 1, 1. pkt. benyttes begrebet "selskab i en medlemsstat". Det betyder at det er muligt at foretage en skattefri spaltning mellem danske og udenlandske selskaber indenfor EU. I Danmark opfylder kapitalselskaber, der er skattepligtige efter SL § 1 stk. 1 betingelserne for at være et selskab i en medlemsstat. Andre selskaber kan også opfylde betingelserne for at være et selskab i en medlemsstat, hvis deres skattepligtige indkomst beregnes og beskattes i henhold til de almindelige skatteregler for aktieselskaber. Transparente enheder som P/S'er og K/S'er er som sagt ikke omfattet af bestemmelserne.²⁸

Ejere af tegningsretter kan ved en skattefri spaltning ombytte disse tegningsretter i det indskydende/ophørende selskab til tegningsretter i de modtagende selskaber med skattemæssig succession jævnfør FUSL § 11.

11.2 Skattefri spaltning med forudgående tilladelse

Der kan kun gennemføres en skattefri spaltning med og uden forudgående tilladelse, når hovedformålet ikke er skatteundgåelse eller skatteunddragelse. Der er kun krav om forretningsmæssig begrundelse ved spaltning med forudgående tilladelse.

Der må ikke opstå nye aktiver eller passiver i forbindelse med spaltningen, hvilket blandt andet betyder, at der ikke kan opstå en mellemregning mellem det indskydende og det modtagende selskab.²⁹

²⁸ Halling-Overgaard s 389

²⁹ Halling-Overgaard s 388

Som ved de øvrige omstruktureringsmodeller kan SKAT knytte vilkår til tilladelsen for at sikre sig, at spaltningen er forretningsmæssigt begrundet.³⁰ Denne adgang til at fastsætte vilkår for tilladelsen bruges meget begrænset af SKAT.³¹

11.2.1 Ophørsspaltning

Når der ophørsspalttes, stilles der ikke nogle særlige krav til den spaltede enhed, og der er derfor ikke noget krav om, at der skal være tale om en samlet gren af en virksomhed. Overførelsen af aktiver og passiver kan ske som aktionærene ønsker, bare det ikke er begrundet i skatteundgåelse eller skatteunddragelse, med andre ord forretningsmæssigt begrundet.

I TfS 1994.816LR gav ligningsrådet tilladelse til, at et selskab blev spaltet til fire nye selskaber, hvor fordelingen af aktiver og passiver var meget forskellig. Begrundelsen var, at hovedaktionæren var en ældre herre, der ønskede en opdeling i flere selskaber, så han via testamente kunne fordele selskaberne mellem sine arvinger.

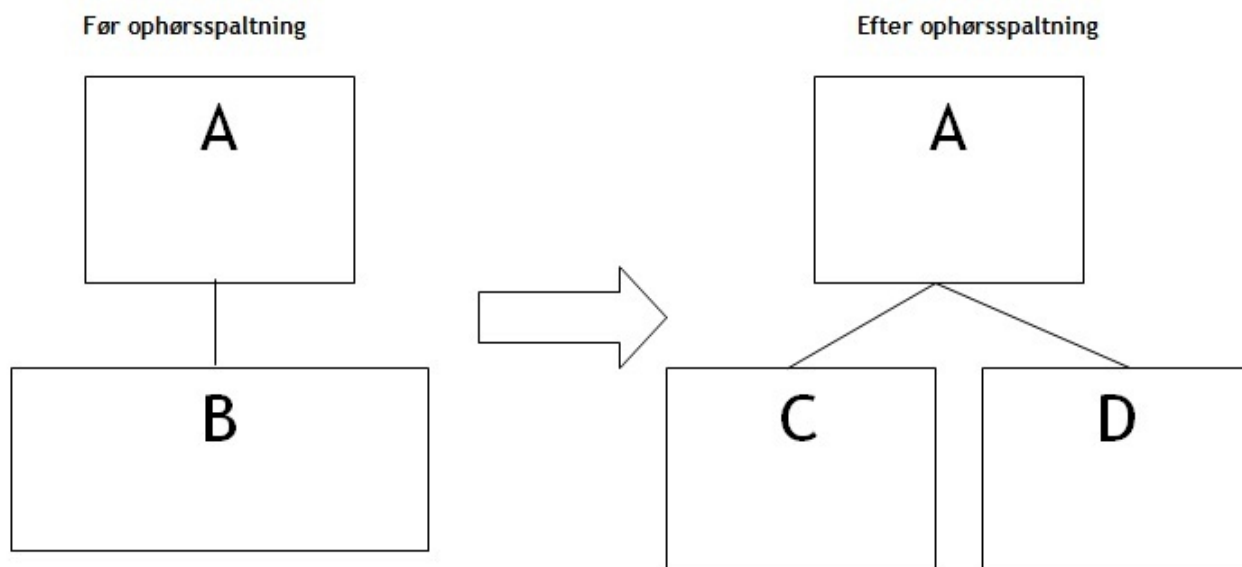
Selvom der ikke gælder særlige krav vedrørende fordelingen af aktiver og passiver i forbindelse med en ophørsspaltning, skal aktionærene stadig vederlægges i forhold til deres aktiebesiddelse i det ophørende (indskydende) selskab, FUSL § 15 a stk. 2, 1. pkt.³²

Illustrering af ophørsspaltning se figur 8.

³⁰ Halling-Overgaard s 396

³¹ Halling-Overgaard s 421

³² Halling-Overgaard s 416-418



Figur 8 ophørsspaltning

11.2.2 Grenspaltning

Ved grenspaltning skal det indskydende selskab indskyde en samlet selvstændig virksomhedsgren, der kan fungere ved egne midler. I SKM 1996.899SKM fremgik det, hvad der mentes med en gren af en virksomhed jævnfør FUSL § 15 c, stk. 2, en materielt identificerbar enhed i selskabet. Der skal lægges stor vægt på, om enheden er selvstændig i organisatorisk øjemed, og dermed ikke kun om enheden kan fungere ved egne midler. En selvstændig gren af en virksomhed vil blive defineret mere konkret senere i afsnit 12.2.1.2.

Der er taget stilling til i følgende sager, om grenkravet er opfyldt ved spaltninger:

I SKM 2012.321SKAT var planen at grenspalte selskabet således, at ejendommen med ret til råstofudvinding kom over i et andet selskab. Overvejelser vedrørende grenkravet var her, at udvindingsaktiviteten forblev i det indskydende selskab. Der blev lagt stor vægt på, at kontrakter om råstofudvinding var helt almindeligt forekommende. Dette påviste, at det i praksis var muligt at identificere en aktivitet vedrørende ejendomsretten til råstoffer men også en aktivitet omkring

udvinding, hvilket indikerer, at grenkravet opfyldes ved at udspalte ejendommen med tilhørende ejendomsret til råstofferne.

I SKM 2011.90SR ønskedes 25 % af aktiverne og passiverne udspaltet til et modtagende selskab. Den primære aktivpost i det pågældende selskab var aktier i et andet selskab. Skatterådet fandt ikke, at grenkravet var opfyldt ved at overføre 25 % af kapitalandele til det modtagende selskab, jævnfør FUSL § 15 a stk. 3.

I SKM 2001.80LR var der tale om nogle ejendomme og varemærker, der blev benyttet af begge selskaber (indskydende og modtagende). Ejendommene og varemærkerne kunne ikke entydigt placeres i ét af selskaberne. Ligningsrådet tilkendegav, at der ved spaltningen kunne oprettes fælleseje mellem det indskydende og det modtagende selskab med hensyn til de omtalte aktiver. Ligningsrådet fandt ikke, at fællesejet var i strid med grenkravet. For at dette kunne lade sig gøre, krævede det selvfølgelig, at grenkravet var opfyldt foruden fællesejet, der skulle overføres til det modtagende selskab. Et grenkravet er ikke opfyldt, hvis en enhed er afhængig af en del af fællesejet for at udgøre en gren.

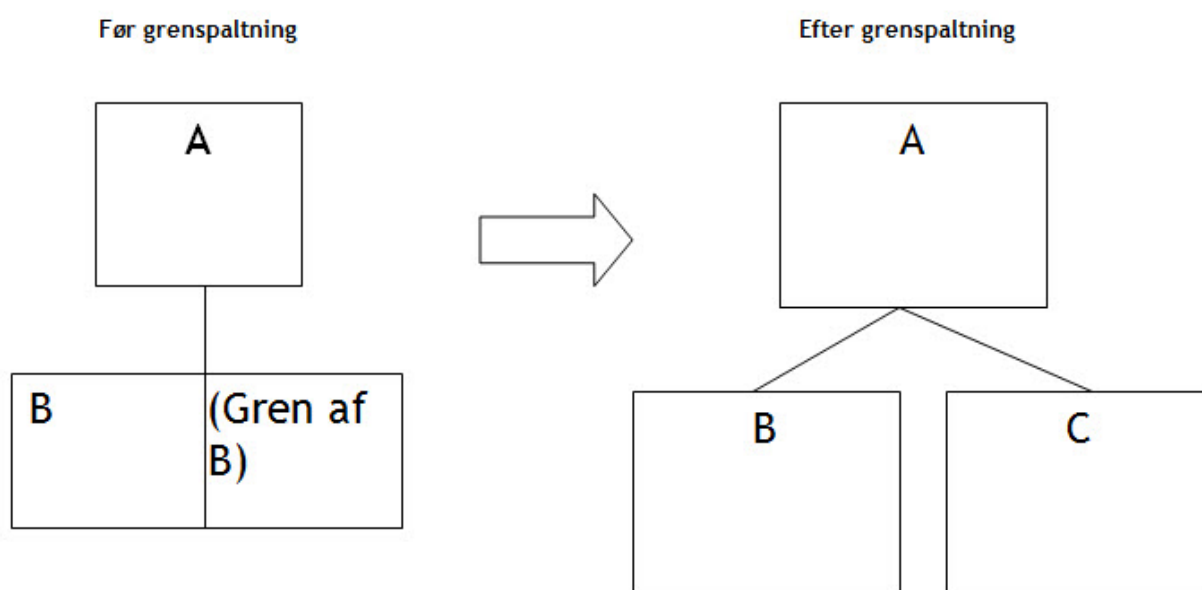
Med hensyn til grenkravet har ligningsrådet i TfS 2000.329LR tilladt, at låneprovenu og tilhørende tilbagebetalingsforpligtelse blev adskilt ved spaltningen. Dette vil normalt være i strid med grenkravet i FUSL § 15 a. stk. 3. Baggrunden for tilladelsen var, at der forelå ekstraordinære omstændigheder. Der var ikke tale om en vilkårlig opdeling uden forretningsmæssig begrundelse, men tale om en opdeling, der var begrundet i regnskabsdata 10 år tilbage. Afgørelsen er ikke udtryk for, at praksis vedrørende grenkravet er ændret men mere et udtryk for, at der til tider, hvor det er tilstrækkeligt dokumenteret, kan ses mere nuanceret på grenkravet.

Ligningsrådet bekræftede også i TfS 1998.13LR, at der ville kunne gennemføres en grenspaltning, men her var opsat et vilkår, der skulle opfyldes for, at spaltningen kunne udføres skattefrit. I det indskydende selskab var der en bil, som blev benyttet erhvervsmæssigt i den gren, der ønskes udspaltet. Ligningsrådet opsatte

det vilkår, at bilen skulle følge den gren, den vedrørte for, at spaltningen kunne gennemføres skattefrit. Denne afgørelse er helt i tråd med FUSL § 15 a stk. 3.

Når der spaltes med forudgående tilladelse, skal kravene i FUSL § 15 a stk. 2, 3. pkt. ikke overholdes. Her er det et krav, at forholdet mellem aktiver og forpligtelser, der overføres til det modtagende selskab, svarer til forholdet af aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab.³³

Illustrering af en grenspaltning se figur 9.



Figur 9 Grenspaltning

11.2.3 Vederlag

For spaltninger med spaltningsdatoer 1. juli 2002 eller senere er der ændret radikalt i Fusionskatteloven. Maksimalt 10 % kontant vederlæggelse af aktionærene i det indskydende selskab, og pro rata krav vedrørende vederlæggelsen af indskydende aktionær(er) er bortfaldet. Ophævelsen af kontantvederlagsbegrænsningen og pro rata-kravet har fået stor betydning for

³³ Halling-Overgaard s 418

brugen af spaltning, og spaltning er nu en af de mest benyttede omstruktureringsmuligheder i Fusionskatteloven.

Der er anført i FUSL § 15 a stk. 2, at der skal ske vederlæggelse af aktionærene i det indskydende selskab i forhold til deres ejerbesiddelse i det indskydende selskab. Det er som sagt ikke længere et krav, at dette sker pro rata. Der kan frit vælges mellem aktier eller kontantvederlæggelse. Det er dog en forudsætning, at der ikke sker en forrykkelse af ejerforholdet mellem aktionærene. Dette er gældende uanset, om det er en grenspaltning eller en ophørsspaltning. To aktionærer, der ejer henholdsvis 40 % og 60 % af et selskab, skal vederlægges 40:100 og 60:100, men de vælger selv, om begge vil være aktionær i de modtagende selskaber. Begge behøver ikke at blive aktionærer. Der er krav om udstedelse af minimum én aktie i det modtagende selskab. Derudover er der ikke krav til, om det er aktier eller kontantvederlag. Kontantvederlag resulterer i beskatning. En spaltning kan bruges til at skille et selskab ad i dele, der ejes af forskellige aktionærgrupper. Her er værdiansættelse særdeles relevant. Dette kommer vi ikke nærmere ind på værdiansættelse i dette speciale.³⁴

I SKM 2008.272SR blev der taget stilling til, om to brødre kunne spalte skattefrit. Et selskab var ejet af to brødre fordelt med 50 % af aktiekapitalen til hver. Selskabets aktier er vedtægtsmæssigt fordelt i A og B aktier, hvor hver bror ejede hver sin aktieklasse. Fordelingen i A og B aktier var lavet således, at det var bestemmende for, hvor afkastet af datterselskaberne skulle ende. Fordelingen var lavet for, at brødrene kunne koncentrere sig om hver sit datterselskab. Ved spaltningen blev alle aktiver og passiver fordelt ligeligt med undtagelse af posten kapitalandele i tilknyttede virksomheder. Kapitalandele i tilknyttede virksomheder blev fordelt efter tilknytningen til henholdsvis A og B aktierne. Overførelsen af nettoaktiver til de to modtagende selskaber blev derfor ikke lige store. Grunden hertil var, at de to selskaber, der er knyttet op på henholdsvis A og B aktier, havde udviklet sig forskelligt igennem årene, og de havde derfor forskellig værdi. I spaltningsdefinitionen ligger, at aktionærene i det indskydende selskab skal

³⁴ Michelsen s. 964

modtage aktier i de/det modtagende selskaber af sammen værdi, som deres aktier i det indskydende selskab havde. Var der i dette tilfælde sket en ligelig fordeling af kapitalandele i de tilknyttede virksomheder, ville der være sket en værdiforskydning de to aktionærer imellem, hvilket der ikke må jævnfør FUSL 15 a stk. 2.

11.2.3.1 Negativ egenkapital

Der gives som udgangspunkt ikke tilladelse til en skattefri spaltning, hvis der på ansøgningstidspunktet er en negativ egenkapital, da selskabsdeltagerne i det indskydende selskab skal vederlægges med aktier og eventuelt en kontant udligningssum. Dette kan ikke lade sig gøre, hvis værdien er negativ. Det er egenkapitalen på ansøgningstidspunktet, der er afgørende. Det har derfor ingen betydning, om selskabet i det sidste aflagte regnskab havde en negativ egenkapital, bare egenkapitalen senere er blevet reetableret. Det er ansøgers opgave at dokumentere, om der er flere værdier i selskabet, end årsregnskabet og periodeopgørelser viser, såfremt egenkapitalen på daværende tidspunkt var negativ.³⁵

11.2.3.2 Fordeling af aktiver og passiver ved ophørsspaltning

I forbindelse med ophørsspaltning kan der ske fri fordeling af aktiverne og passiverne i de nye selskaber. Det vil derfor normalt ikke være noget problem at undgå forrykkelse af ejerforholdet mellem aktionærerne, da der for eksempel med likvider kan ske en justering. Er der tale om større aktiver, kan aktiverne belånes, låneprovenuet kan derefter fordeles mellem de modtagende selskaber, så det passer. Mellemløbet er som tidligere nævnt ikke en mulighed jævnfør FUSL § 15 a stk. 2.

³⁵ Den Juridiske Vejledning 6.1.3.2

11.2.3.3 Fordeling af aktiver og passiver ved grenspaltning

Ved en grenspaltning er der ikke mulighed for at lave en fordeling, som ved ophørsspaltningen. Her er kravet, at der er tale om en gren af en virksomhed, der operationelt udgør en selvstændig enhed og virker ved egne midler. Det er derfor ikke muligt at foretage vilkårlige overførelser for at justere værdierne til det modtagende selskab, da dette er i strid med, at grenen af en virksomhed kun må og skal omfatte de aktiver og passiver, der naturligt hører til denne gren.³⁶

11.2.3.4 Kontantvederlæggelse

Der er som tidligere nævnt ikke længere nogen begrænsning i størrelsen af kontantvederlæggelsen. Vederlæggelsen kan frit ske mellem aktier eller kontanter. Fordelingen er den, som aktionærene finder mest hensigtsmæssig. Der skal dog udstedes mindst én aktie i det modtagende selskab. Konsekvensen af, at der vælges kontantvederlæggelse, er, at der sker beskatning.³⁷ Denne beskatning kan udskydes for fysiske personer ved at indbetale beløbet på en ophørspension, som giver aktionæren fradrag i den personlige indkomst. Fradraget i den personlige indkomst forudsætter, at vedkommende har en tilstrækkelig høj indkomst til at kunne udnytte fradraget. Alternativt kan det vælges at udnytte fradraget i aktieindkomsten dog med en lavere skatteværdi. Der kan indskydes op til 2.507.900, såfremt visse forudsætninger er opfyldt jævnfør Pensionsbeskatningsloven (PBL) § 15 A stk. 6. Disse forudsætninger vil ikke blive redegjort for yderligere.³⁸

11.2.3.5 Ej værdiforøgelse af eksisterende aktier

Jævnfør FUSL § 15 b, stk. 4, kan selskabsdeltagerne i det indskydende selskab, som inden spaltningen også er selskabsdelstager i det/de modtagende selskaber ikke vederlægges ved, at deres hidtidige aktier i det/de modtagende selskaber stiger i

³⁶ Den juridiske Vejledning 6.1.3.1

³⁷ Halling-Overgaard s 420

³⁸ Mørup

værdi. Dette er af hensyn til den skattemæssige succession. Sker der ikke vederlæggelse i nytegnede aktier, vil der ske beskatning.

I SKM 2010.237LSR blev der givet afslag til en grenspaltning. Aktionæren i det indskydende selskab modtog godt nok aktier i det modtagende selskab, men samtidig skete der en annullering af en del af aktionærens eksisterende beholdning i det modtagende selskab. Dette svarede til, at aktionæren i det indskydende selskab havde fået en værdiforøgelse af de aktier, han havde i forvejen. Derved opfyldtes kravene i FUSL § 15 a, stk. 2 ikke, og der blev derfor givet et afslag.

Det samme gjorde sig gældende i SKM 2006.139SKAT, hvor to personaktionærer ejede et A/S ligeligt. Der ønskedes foretaget en grenspaltning til to nystiftede modtagende selskaber, hvortil en del af det indskydende selskab ville blive overdraget. Den ene aktionær ønskede fortsat at være aktionær i det indskydende selskab og samtidig modtage vederlæggelse med aktier i et af de nystiftede modtagende selskaber. Den anden aktionær ønskede at udtræde af det indskydende selskab. Han ønskede sig derfor udelukkende vederlagt med aktier i det modtagende selskab. SKAT gav afslag på ansøgningen, da den ene aktionær, ikke forudsættes fuldt ud vederlagt med aktier i et modtagende selskab men derimod med aktier i det indskydende selskab. Derved anså SKAT ikke kravet i FUSL § 15 a, stk. 2 som opfyldt.

11.2.3.6 Ingen aktier - ingen succession

Der blev taget stilling til spørgsmålet vedrørende udbytte i forbindelse med en skattefri spaltning i SKM 2006.179LSR. En aktionær ønskede i forbindelse med spaltningen at udtræde som aktionær i det spaltede selskab og dermed ikke modtage vederlag i aktier ved spaltningen. Den del af det tilgodehavende udbytte, der vedrørte det selskab, der ønskede at udtræde, var ikke skattefrit. Det fundamentale og bærende princip for skattefrie spaltninger er jo, at det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs aktiver og passivers

skattemæssige stilling, se afsnit 10.1.1.1 om succession. Dette betyder, at modtages der ikke aktier, kan der heller ikke succederes i dem, og udbytte bliver derfor skattepligtigt jævnfør Personskatteloven (PSL) § 4 a.

11.2.4 Papirdokumentation

Der er ikke længere noget krav om, at dokumentation skal indsendes til SKAT. SKAT kan som vilkår til tilladelsen angive, at diverse dokumenter skal fremsendes.³⁹

Ophørsspalttes det indskydende selskab, vil det modtagende selskab have pligt til at indsende selvangivelse for det ophørte selskab jævnfør FUSL § 7 stk. 2. Selvangivelsesfristen er efter de normale regler i Skattekontrolloven (SKL) § 4 stk. 2, med andre ord seks måneder efter indkomstårets udløb. Det er ligeledes som nævnt i FUSL § 7 stk. 2. det modtagende selskab, der hæfter for eventuelle skattekrav og bøder. Skatterådet har i SKM 2011.546SR givet et bindende svar, der bekræfter ovenstående.

11.2.5 Skattemæssige konsekvenser

11.2.5.1 Aktionærerne

Modtager aktionærerne kontantvederlag bliver dette beskattet efter FUSL § 15 b stk. 4, 3. pkt.

Ophører det indskydende selskab, altså en ophørsspaltning, sker beskatningen af kontantvederlaget efter Aktieavancebeskatningsloven. Beskatningen sker som ved salg til tredje mand, det vil sige handelsværdi, da det anses som en reel

³⁹ Halling-Overgaard s 421

afhændelse af aktier. Selskaber beskattes efter ABL § 8 og 9 og personer efter ABL § 12.

Er der i stedet tale om en grenspaltning, beskattes vederlaget som udbytte jævnfør FUSL § 15 b stk. 4, 4. pkt.⁴⁰ Aktionærerne i det indskydende selskab ejer fortsat aktierne i det indskydende selskab, der er således ikke tale om afståelsesbeskatning. I stedet anses værdien af aktiver og passiver, der er udspaltet til det modtagende selskab, for udloddet til aktionærerne i det indskydende selskab.

Aktier i det indskydende selskab, der ikke anses for afhændet, anses for ombyttet med aktier i det/de modtagende selskab/er 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. Aktionærer i et selskab, der laver en grenspaltning, afstår ikke aktier i det indskydende selskab.

Aktionærerne beholder derimod alle deres aktier i det indskydende selskab, aktierne falder dog i værdi svarende til de aktiver og passiver, som overføres til det modtagende selskab. Til gengæld får aktionærerne aktier i det modtagende selskab svarende til samme værdi. Anskaffelsessummen for aktierne i det indskydende selskab før spaltningen fordeles på de aktier, selskabsdeltagerne i det indskydende selskab efter spaltningen har i det indskydende selskab samt på de aktier, selskabsdeltagerne har modtaget i det/de modtagende selskaber.

Er der flere kategorier af aktier i det indskydende selskab, der ikke anses for afhændet, anses en forholdsmæssig del af hver kategori af aktier for ombyttet med aktier i hvert enkelt af de modtagende selskaber jævnfør FUSL §§ 12 og 13.

Når det indskydende selskabs aktionærer ombytter deres aktier med aktier i det modtagende selskab, benyttes successionsprincippet jævnfør FUSL § 15 b stk. 4. Dette medfører, at aktier, der er modtaget som vederlag anses for anskaffet på det tidspunkt, til den anskaffelsessum og med den hensigt, som aktierne i det

⁴⁰ Halling-Overgaard s 423

indskydende selskab var anskaffet. Dette gælder uanset om det indskydende selskab ophører eller ej.⁴¹

Er der ikke tale om en ophørsspaltning, vil de resterende aktier i det indskydende selskab og aktierne i det modtagende selskab anses som anskaffet på samme tid, nemlig det oprindelige anskaffelsestidspunkt for aktierne i det indskydende selskab jævnfør FUSL § 15 b stk. 4, 8. pkt.

Anskaffelsessummen for aktierne i det indskydende selskab fordeles ud på aktierne i det modtagende selskab forholdsmæssigt med udgangspunkt i handelsværdien i de enkelte selskaber og den samlede kursværdi på spaltningdagen jævnfør FUSL § 15 b stk. 4, pkt. 9.⁴²

11.2.5.2 Selskaberne

Den skattemæssige behandling af skattefri spaltning findes i FUSL § 15 b stk. 2. både vedrørende det indskydende selskab og det modtagende selskab.

Successionsprincippet medfører, at der ikke sker nogen beskatning af avancer hos det indskydende selskab, da det modtagende selskab efter FUSL § 8 indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling på de enkelte aktiver med hensyn til anskaffelsessum, -tid og hensigt samt afskrivninger og nedskrivninger. Normalt vil beskatningen finde sted efter kursgevinstloven, ejendomsavancebeskatningsloven, aktieavancebeskatningsloven, afskrivningsloven § 40, statskatteloven § 5 a samt i genvundne afskrivninger efter afskrivningsloven.

⁴¹ Fogh s. 692

⁴² Den juridiske vejledning C.D.6.1.8

11.2.5.2.1 Fremført underskud

Ved ophørsspaltning mistes tidligere års underskud både i det indskydende selskab og i det modtagende selskab, da dette ikke kan udnyttes i det modtagende selskab jævnfør FUSL § 8, stk. 6.

Ved en grenspaltning kan underskud i det indskydende selskab bruges i det indskydende selskabs senere indkomstår jævnfør LL § 15. Med hensyn til det modtagende selskab går tidligere års underskud tabt jævnfør FUSL § 8, stk. 6.

Sker spaltningen mellem sambeskattede selskaber, kan underskud, der er opstået, mens sambeskatningen har bestået, fortsat udnyttes i det modtagende selskab jævnfør FUSL § 8, stk. 6, 2. og 3. pkt. Dermed medfører en koncernintern spaltning ikke begrænsning i muligheden for at anvende underskud.

11.2.5.2.2 Kildeartsbegrænsede fremførselsberettigede tab

Fremførselsberettigede tab behandles efter FUSL § 8 stk. 8. Fremførselsberettigede tab fra tidligere år både i det indskydende og i det modtagende går tabt ved ophørsspaltning, og de kan derved ikke benyttes i det modtagende selskab. Ved en grenspaltning kan uudnyttede tab i det indskydende selskab dog fortsat fradrages i en fremtidig gevinst i det indskydende selskab, men ikke i det modtagende.⁴³

Det sammen gør sig gældende, når det drejer sig om selskaber, der er sambeskattede. Kildeartsbegrænsede tab indgår ikke i et selskabs skattepligtige indkomst og kan ikke overføres til koncernforbundne selskaber i en sambeskatning.⁴⁴

Det er specielt med hensyn til uudnyttede underskud og fremførselsberettigede tab, at rådgiver skal være meget opmærksom på, at det i nogle tilfælde bedre kan betale sig at lave en skattepligtig spaltning og derefter fratække underskud/tab, end det kan at fremføre avancen og dermed miste underskud/tab.

⁴³ Halling-Overgaard s 423

⁴⁴ SKM2011.506.ØLR

11.2.6 Spaltningsdato

FUSL § 5 ligger til grund for fastsættelse af spaltningsdatoen. Dato skal være sammenfaldende med skæringsdato for det modtagende selskabs regnskabsår. Spaltes der til et nystiftet selskab, skal spaltningsdato være sammenfaldende med det modtagende selskabs åbningsstatus.

I tilfælde efter SEL § 31 stk. 3. som følge af koncernforbindelse (SEL § 31C) anvendes FUSL § 5 stk. 3 tidspunktet for ophøret henholdsvis etableringen af koncernforbindelsen som skattemæssig spaltningsdato. I tilfælde omfattet af FUSL § 5 stk. 3. er det ikke et krav, at alle selskaber har samme spaltningsdato. Spaltningsdatoen er ikke nødvendigvis den samme for det indskydende selskab, som det er for det/de modtagende selskaber. Jævnfør FUSL § 15 b stk. 4, 2.pkt. er det spaltningsdatoen i det indskydende selskab, der skal benyttes, hvilket skatterådet slog fast i SKM 2006.551SR.

Stiftes der ved spaltningen et nyt selskab, som ikke modtager aktiver og passiver fra selskaber udenfor koncernen, kan dato for indkomstårets start bruges som spaltningsdato jævnfør Selskabsskatteloven (SEL) § 31 stk. 3, 7 pkt.⁴⁵ Bliver selskabet et ultimativt moderselskab, gælder reglen som udgangspunkt ikke jævnfør SEL § 31 stk. 3, 8. pkt.

SEL § 31 stk. 3, 9. pkt. vedrører et ultimativt moderselskab, som har ét datterselskab, og som ikke har haft anden erhvervmæssig aktivitet end at eje aktier i datterselskabet. Her har koncernetableringen virkning fra indkomstårets start, forudsat at de modtagende selskaber stiftes ved spaltningen, eller er selskaber nævnt i SEL § 31 stk. 3. 6. pkt. (skuffeselskaber). Samtidig må der ikke

⁴⁵ Halling-Overgaard s 425-426

etableres eller ophøre koncernforbindelser mellem andre selskaber.⁴⁶ I denne forbindelse skal det bemærkes, at følgende ikke regnes for erhvervsmæssig aktivitet:

- passiv kapitalanbringelse af overskydende likviditet
- udlån til koncernselskaber
- udførelse af administrative funktioner udelukkende for koncernselskaber.⁴⁷

11.2.6.1 Opsummering

Når der skal omstruktureres, er det meget vigtigt at være opmærksom på, om der etableres eller ophøres en koncernforbindelse (SEL § 31 C), da det er afgørende for den skattemæssige spaltningsdato. Der skal ligeledes henledes opmærksomhed på, om omstruktureringen falder ind under undtagelserne i SEL § 31 stk. 3 6.-9. pkt., som ovenfor nævnt.

Med baggrund i det forudgående er det særdeles svært at fastlægge hvilken dato, der skattemæssigt skal betragtes som spaltningsdato. SKAT har i SKM 2006.118 meddelt, at stillingtagen til hvilken spaltningsdato, der skal anvendes, ikke er noget SKAT gør i forbindelse med behandling af ansøgninger om tilladelse til skattefri omstrukturering. Ønsker man stillingtagen til, om den ønskede spaltningsdato kan accepteres, kan der søges om et bindende svar. Det er en ting, man skal være særligt opmærksom på i forbindelse med omstruktureringen, da dette forlænger processen.

I praksis opstår der ofte usikkerhed omkring fastlæggelse af den skattemæssige spaltningsdato, da det efter selskabslovens regler er en flerleddet proces, hvor der blandt andet skal ske offentliggørelse af en spaltningsplan. Spaltningsplaner er dog ikke et krav ved spaltninger, hvor der kun deltager ApS'er jævnfør SL § 255 stk. 2⁴⁸

⁴⁷ Kjær og Bertelsen s. 219

⁴⁸ Halling-Overgaard s 427

11.3 Skattefri spaltning uden forudgående tilladelse

Hjemlen til at udføre en skattefri spaltning uden forudgående tilladelse findes i FUSL §§ 15 a og 15 b. Omstruktureringer uden forudgående tilladelse har sin største force i enkle og overskuelige omstruktureringer, såsom ophørsspaltning af holdingselskaber eller spaltning af pengetankselskaber.⁴⁹

Når der spaltes skattefrit uden forudgående tilladelse, kræves der ikke dokumentation for, at spaltningen er forretningsmæssigt begrundet jævnfør kapitel 8. Der er i stedet nogle objektive krav, der skal sikre, at formålet ikke er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.⁵⁰

De objektive krav er:

- Holdingkrav
- Flere selskabsdeltagere
- Næringsdrivende
- Forholdet mellem aktiver og passiver

11.3.1 Holdingkrav

Folketinget vedtog 14. december 2012 en lov om ændring af Aktieavancebeskatningsloven, som medfører ændringer i Fusionskatteloven. Jævnfør afgrænsningsafsnittet er der afgrænset fra love vedtaget efter 1. december 2012. Denne lov er af så stor betydning, at den alligevel kort vil blive skitseret nedenfor i afsnit 11.4.

Efter FUSL § 15 a stk. 1, 5. pkt. er det en betingelse for at spalte skattefrit uden forudgående tilladelse, at selskaber, der ejer mindst 10 % af kapitalen i et af de deltagende selskaber, ikke afstår aktierne i de næste tre år efter vedtagelsen af

⁴⁹ Werlauff 2. S. 441

⁵⁰ Halling-Overgaard s 428

spaltningen. Man skal være opmærksom på, at holdingkravet gælder både det indskydende og det modtagende selskab, derved påligger holdingkravet forholdsvis mange begrænsninger i selskabernes dispositionsmuligheder tre år frem.

En personaktionær, der ejer over 10 % efter spaltningen, er ikke bundet af noget holdingkrav. Ejertidskravet gælder ikke for personaktionærer og heller ikke for selskabsaktionærer med en ejerandel på under 10 %, da deres afståelse er skattepligtig uanset ejertid. Det er en betingelse for at anvende FUSL § 15 a stk. 1, 4. pkt., at en selskabsaktionær med en ejerandel på over 10 % ejer aktierne i det modtagende selskab i over tre år. Overholdes dette krav ikke, er konsekvensen, at spaltningen bliver skattepligtig. Dette betyder, at aktionæren og det indskydende selskab bliver beskattet af deres avancer. Kravet er objektivi, hvilket betyder, at aktierne i det modtagende selskab ikke kan afstås uden beskatning. Er de objektive regler benyttet, så der er spaltet uden forudgående tilladelse, er det uden betydning, hvilken baggrund aktierne sælges på, spaltningen vil altid blive skattepligtig.⁵¹ Det er i dette henseende vigtigt at være opmærksom på en række situationer, som kan blive klassificeret som afståelse jævnfør ABL § 36, stk.6, 2. pkt. Her kan nævnes for eksempel salg, tilbagesalg til udstedende selskab, tvangsopløsning, likvidation samt visse vedtægtsændringer.

I denne forbindelse er det vigtigt at have i mente, at tredjemands nytegning af aktier i selskabet ikke medfører en overtrædelse af holdingkravet. Dette forudsætter dog, at der nytegnes til handelsværdi. Derimod er en kapitalnedsættelse en overtrædelse af holdingkravet. Tilsvarende er gældende, hvis et selskab med et holdingkrav går konkurs.⁵² Skattepligten kan dog forhindres, hvis der søges om tilladelse hos SKAT. Det skal kunne dokumenteres, at spaltningen og den efterfølgende afståelse er forretningsmæssigt begrundet jævnfør kapitel 8.

Skifter aktier skattemæssig status, anses de som afstået og anskaffet igen på tidspunktet for statusskiftet til handelsværdien på dette tidspunkt. Der forelægger

⁵¹ Halling-Overgaard s 430-431

⁵² Kjær s.320

skift af skattemæssig status, når aktier overgår fra en status, hvor gevinst og tab medregnes til den skattepligtige indkomst, til en status, hvor gevinst og tab ikke medregnes til den skattepligtige indkomst, eller omvendt jævnfør ABL § 33 A.

I de tilfælde hvor en skattefri spaltning er udført uden forudgående tilladelse, og aktierne i et af de deltagende selskaber efterfølgende skifter skattemæssig status, vil aktierne ikke i relation til holdingkravet blive anset for afstået, og spaltningen vil ikke blive skattepligtig på grund af statusskiftet. Statusskiftet medfører dog, at aktierne anses for afstået, når der ses udover holdingkravet, og der skal ske beskatning efter de almindelige regler af datterselskabs/koncernselskabsaktier, som skifter status til portefølgeaktier jævnfør ABL § 33 A stk. 3, 2. pkt.⁵³ Dette betyder, at det kun er de aktier der skifter skattemæssig status, der bliver beskattet. Andre aktiver i omstruktureringen for eksempel en ejendom kan fortsat omstruktureres skattefrit.

Kravet om, at aktierne i det modtagende selskab ikke må afstås indenfor tre år, forhindrer ikke, at aktierne afstås i forbindelse med en skattefri omstrukturering, såsom tilførsel af aktiver eller aktieombytning. I sådanne tilfælde vil kravet efter FUSL § 15 a stk. 1, 5. pkt. blive ført videre til de efterfølgende selskaber i omstruktureringen jævnfør FUSL § 15 a stk. 7.⁵⁴ Det er dog et krav ved efterfølgende omstruktureringer, at der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier jævnfør FUSL § 15 a stk. 1, 6. pkt.

Det betyder, at aktier i et selskab kan være omfattet af både et gammelt og nyt holdingkrav vedrørende spaltningen og den efterfølgende omstrukturering. Afstås aktierne inden udløbet af det første holdingkrav, er konsekvensen, at begge omstruktureringer bliver skattepligtige. Afstås aktierne først efter det første holdingkrav er udløbet, men inden det andet er udløbet, bliver kun den sidste omstrukturering skattepligtig.

⁵³ Den juridiske vejledning C.D.7.2.1

⁵⁴ Halling-Overgaard s 430

11.3.2 Flere selskabsdeltagere

Et yderligere krav til at spalte skattefrit uden forudgående tilladelse er FUSL § 15 a stk. 1, 8. pkt. Der kan ikke laves skattefri spaltning uden tilladelse, hvis følgende tre betingelser alle er opfyldt:

- Det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager og
- en eller flere af dem har været selskabsdeltagere i mindre end tre år uden at have rådet over flertallet af stemmerne og
- de pågældende selskabsdeltagere samtidig er selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de tilsammen råder over flertallet af stemmerne.

Dette gælder, både hvor det modtagende selskab er et eksisterende selskab, og hvor det modtagende selskab er et nystiftet selskab.

Denne regel blev lavet for at hindre, at spaltning blev benyttet i stedet for skattepligtigt salg af en aktivitet. Uden denne værnsregel kunne en skattefri spaltning uden forudgående tilladelse tilrettelægges således, at "køberen af aktiverne" før spaltningen indskyder købesummen ved en kapitalforhøjelse, og dermed bliver aktionær i det indskydende selskab. Ved spaltningen modtager "køberen" aktier i det selskab, der får overdraget de pågældende aktiver, mens de oprindelige aktionærer vederlægges med aktier i det/de andre modtagende selskaber. Her ville holdingkravet ikke være nok, da det maskerede salg sker i forbindelse med selve spaltningen og ikke i forbindelse med efterfølgende salg.⁵⁵

Netop denne problemstilling tog SKAT stilling til i SKM 2005.357TSS som omhandlede et maskeret salg af to skibe. "Køber" skulle lige inden spaltningen erhverve én aktie i det indskydende selskab, hvilket betød, at "køber" blev aktionær i det indskydende selskab. Der var kort før spaltningen optaget et lån, som det var planen at fordele med tilbagebetalingsforpligtelsen til det modtagende selskab, hvor skibene også skulle være, mens den likvide beholdning fra lånet skulle overføres til et af de andre modtagende selskaber. Med hensyn til

⁵⁵ Den juridiske vejledning C.D.7.2.2

vederlæggelsen skulle "køber" vederlægges med aktier i hans eget selskab, samt en mindre kontant udligningssum. De øvrige aktionærer skulle vederlægges kontant samt med samtlige aktier i et til lejligheden nystiftet selskab. SKAT mente, at spaltningen havde skatteundgåelse eller skatteunddragelse som et af hovedformålene, og SKAT kunne dermed ikke give tilladelse til en skattefri spaltning. SKAT lagde vægt på, at "sælger" ikke længere ønskede at drive virksomhed med de to skibe, at "køber" inden spaltningen skulle købe én aktie i det indskydende selskab, lånet var optaget og delt, som det var, samt at handelsværdien af de to skibe var væsentlige højere end de værdiansættelser, der var benyttet. Derudover havde SKAT også beregnet den skattepligtige avance, der ville komme til beskatning, hvis der var sket et regulært skattepligtigt salg. I denne dom er alle tre ting i FUSL § 15 a stk. 1, 8. pkt. opfyldt, og SKAT har dermed givet afslag.

Formuleringen *"en eller flere af dem været selskabsdeltagere i mindre end tre år uden at have rådet over flertallet af stemmerne"* betyder, at hvis en selskabsdeltager eller samme kreds af selskabsdeltagere råder over flertallet af stemmerne i både det indskydende og det modtagende selskab, kan der godt laves en skattefri spaltning uden tilladelse.

I forbindelse med opfyldelse af ejertidskravet på mindst tre år, havde skatterådet givet et bindende svar i SKM 2007.818SR. Et selskab ønskedes ophørsspaltet uden tilladelse. Selskabet havde fire anpartshavere, der oprindeligt ejede 25 % af selskabet. Der blev udført nogle interne handler med anparterne anpartshaverne imellem, hvilket gjorde, at anpartshaverne ikke havde ejet alle deres anparter i over tre år ved den planlagte skattefrie spaltning. Skatterådet mente ikke, at bestemmelsen skulle fortolkes således, at anpartshaver skulle have ejet samtlige sine anparter i tre år. Skatterådet mente derimod, at kravet skulle lyde på, at anpartshaverne skulle have været selskabsdeltager i tre år, hvilket var opfyldt. Skatterådet mente derfor, at der kunne ophørsspalttes uden tilladelse.

I SKM 2007.791SR svarede skatterådet bekræftende på en forespørgsel om skattefri ophørsspaltning. Sagen vedrørende tre aktionærer, der havde ejet deres aktier i selskabet i over tre år. De tre aktionærer ønskede at lave en skattefri aktieombytning uden tilladelse efter ABL 36 a, og derefter ønskede de skattefrit at ophørsspalte det nye selskab uden forudgående tilladelse til tre nye separate selskaber. Det, at skatterådet svarer ja på denne forespørgsel betød, at ejertid optjent ved succession også tæller med ved opgørelse af, om selskabsdeltageren har været aktionær i mindst tre år.

Samme problematik gjorde sig gældende i SKM 2008.288SR, hvor en anpartshaver kort efter en skattefri anpartsombytning døde ved en ulykke, og anparterne blev overdraget ved succession til ægtefællen. SKAT gav dispensation til, at den udførte anpartsombytning kunne opretholdes uanset hovedanpartshavers død. SKAT gav ligeledes tilladelse til, at anparterne kunne overdrages videre med succession til børnene efter ABL § 34 (gave). Efter overdragelsen til børnene var det planen at ophørsspalte selskabet. Dette svarede skatterådet ja til, da overdragelsen var sket med succession, og den oprindelige ejer havde ejet anparterne i mere end tre år og derved opfyldte kravet i FUSL § 15 a stk. 1, 8. pkt.

I SKM 2010.862SR blev der taget stilling til, om alle selskabsdeltagere kunne ses under ét med hensyn til ejertid, dette var ikke tilfældet. Hver selskabsdeltager skal ses for sig med hensyn til ejertid, og derfor tillod skatterådet ikke en skattefri spaltning uden tilladelse.

Tidligere var der i FUSL § 15 a stk.1, et 7. pkt., som var formuleret således, at aktionærene skulle anses for selskabsdeltagere fra det tidspunkt, hvor erhvervelsen af aktierne havde fundet sted, selvom de var erhvervet ved succession. Dette forhindrede den meget brugte model, hvor to aktionærer, der hver ejer 50 % af et driftsselskab laver en aktieombytning og omgående spalter holdingselskabet i to selskaber, således at hver opnår 100 % ejerskab i hver sit holdingselskab. Alle kravene i FUSL § 15 a stk.1, 8 pkt. er i dette tilfælde opfyldt, og en skattefri spaltning ville derfor ikke tidligere kunne gennemføres. Ingen af

aktionærerne har rådet over flertallet i det indskydende selskab. De opnår hver især flertallet i de modtagende selskaber, og de har ikke ejet aktierne i over tre år. FUSL 15 a stk. 1, 7. pkt. blev afskaffet, og modellen kan i dag benyttes under forudsætning af, at aktionærerne har ejet aktierne i driftsselskabet i over tre år.⁵⁶

Sammenfattende kan det nævnes, at FUSL § 15 a stk. 1, 8. pkt. blev lavet for at hindre, at køber indskyder købssummen via en kapitalforhøjelse inden spaltningen og derved omdanner et skattepligtigt salg til et skattefrit salg. Efter afskaffelsen af det tidligere FUSL 15 a stk. 1, 7. pkt. regnes en overdragelse ved succession med ved beregningen af ejertiden forstået på den måde, at ejertid optjent ved succession også tæller med.

11.3.3 Næringsdrivende

Selskabsdeltagere, der beskattes af aktierne i det indskydende selskab efter ABL § 17 (næringsdrivende med køb og salg af aktier), og som kan modtage skattefrit udbytte af disse aktier, kan ikke anvende de objektive regler jævnfør FUSL § 15 a stk. 1, 9. pkt., hvis der vederlægges med andet end aktier i det modtagende selskab.

11.3.4 Forholdet mellem aktiver og passiver

Der er i FUSL § 15 a stk. 2, 3. pkt. indsat en meget væsentlig forudsætning for at udføre en spaltning uden forudgående tilladelse. Det er et krav, at forholdet mellem aktiver og gæld, der overføres til det modtagende selskab, er i samme forhold som i det indskydende selskab. Bestemmelsen er lavet af to årsager. Den ene er forhindring af, at der ved spaltningen sker overførsel af mere gæld, end

⁵⁶Halling-Overgaard s 432

forholdet er i det indskydende selskab. Dette ville ellers reducere den senere skattepligtige avance i det modtagende selskab.

Det andet, bestemmelsen skal forhindre, er, at det indskydende selskab ikke tømmes for værdier og derved efterlades med mere gæld, end forholdet var før spaltningen, derved ville den skattepligtige avance ved salg af aktierne i det indskydende selskab blive reduceret.⁵⁷

11.3.4.1 Grenspaltning

Det er muligt at optage et lån inden spaltningsdatoen. Dette kan gøre det muligt at foretage en korrekt fordeling mellem aktiver og passiver. Optagelse af lån til brug for balancetilpasning er dog som udgangspunkt kun muligt i ophørsspaltninger, da det strider mod grenkravet at adskille låneprovenu og låneforpligtelse. I TfS 2000.329LR, beskrevet i afsnit 12.2.1.2.1, tillod Ligningsrådet dog, at låneprovenu og tilhørende tilbagebetalingsforpligtelse blev adskilt ved spaltningen. Dette vil normalt være i strid med grenkravet i FUSL § 15 a. stk. 3. Det er ikke muligt at oprette en mellemregning i forbindelse med spaltningen, da det er forholdet inden spaltningen, der er styrende. Sagt på en anden måde, balancetilpasningskravet skal være opfyldt på spaltningsdatoen.⁵⁸

Denne bestemmelse betyder, at det er meget problematisk at gennemføre en grenspaltning, hvor alle aktiver og passiver, der hører til grenen, skal medtages, og samtidig skal kravet om forholdet mellem aktiver og passiver opretholdes. Det er med andre ord nærmest umuligt at gennemføre en skattefri grenspaltning uden forudgående tilladelse.

I SKM 2008.551SR har skatterådet givet et bindende svar på, at en kassekredit kunne deles ud mellem det indskydende selskab og det modtagende selskab, så kravet i FUSL § 15 a stk.2, 3. pkt. var opfyldt. Det blev lagt til grund, at den del af kassekrediten, der blev overført til det modtagende selskab, var opstået på grund

⁵⁷Werlauff 2 s. 442

⁵⁸Kjær s. 308

af ombygning af grenens aktiver og dermed vedrørende grenen. Grenkravet var derved opfyldt.

11.3.4.2 Ophørsspaltning

Forholdet mellem aktiver og passiver volder også problemer med hensyn til ophørsspaltning. Består et selskab af henholdsvis en driftsaktivitet og likvider, og planen er at gennemføre et generationsskifte således, at faderen får et selskab med likvider, og sønnen får et selskab med driftsaktivitet. Denne model vil være umulig at gennemføre skattefrit uden tilladelse. Ved en spaltning med forudgående tilladelse kan aktionærene frit placere aktiver og passiver i de modtagende selskaber. Denne model ville derfor skulle gennemføres med forudgående tilladelse.

Ophørsspaltning af et holdingselskab, der kun ejer aktier i et driftsselskab, kan spaltes skattefrit uden forudgående tilladelse, så hver aktionær får et selskab med en andel af aktierne i driftsselskabet, da der her ikke ændres på forholdet mellem aktiver og passiver.⁵⁹

11.3.5 Vederlag

Udover ovenfor nævnte krav til vederlaget se afsnit 11.2.3, er der i FUSL § 15 a, stk. 2, 2. pkt. indsat et krav om, at vederlæggelsen skal ske til handelsværdi. Det betyder, at værdien af de tildelte aktier med eventuelt tillæg af en kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de overførte aktiver og passiver.⁶⁰

Dette krav er ikke gældende, hvis der spaltes skattefrit med forudgående tilladelse. Kravet om, at der ikke må ske forrykkelse af ejerforholdet aktionærene

⁵⁹Halling-Overgaard s 434

⁶⁰Michelsen s. 966

imellem, er fortsat gældende og for at vurdere dette, ser SKAT på, om spaltningen er sket til handelsværdi.⁶¹

Endelig må der ikke efter FUSL § 15 a stk. 2, 4. pkt. ske kontant vederlæggelse ved skattefrie spaltninger uden tilladelse, hvis selskabsaktionær ejer mindst 10 % af kapitalen i det indskydende selskab, eller hvis selskabsaktionærens aktier i det indskydende selskab er omfattet af ABL § 4B (koncernselskabsaktier).⁶²

De tidligere regler om begrænsning af udbytte i de første tre år efter spaltningen er ophævet, så der i dag ikke er nogen begrænsning vedrørende udbytte.

Folketinget vedtog 14. december en lov om ændring i Aktieavancebeskatningsloven som medfører rettelser i Fusionskatteloven. Vederlag i skattefrie spaltninger uden forudgående tilladelse påvirkes af disse rettelser se afsnit 11.4.

11.3.6 Papirdokumentation

Udover ovenfor nævnte krav til papirdokumentation se afsnit 11.2.4 skal selskabet jævnfør FUSL § 15 a, stk. 7, senest samtidig med indsendelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvori spaltningen har fundet sted, give SKAT besked på, at det har deltaget i en skattefri spaltning uden forudgående tilladelse.

Det står også i FUSL § 15 a stk. 7, at hvis en selskabsaktionær, der ejer mere end 10 % af aktierne i det modtagende selskab, afstår inden tre år, skal dette anmeldes til SKAT senest en måned efter afståelsen.⁶³

⁶¹Halling-Overgaard s 435

⁶²Michelsen s. 964

⁶³Halling-Overgaard s 436

11.3.7 Skattemæssige konsekvenser

11.3.7.1 Aktionærerne

Der er ingen forskel på de skattemæssige konsekvenser om spaltningen gennemføres med eller uden forudgående tilladelse.

11.3.7.2 Selskaberne

Der er ingen forskel på de skattemæssige konsekvenser om spaltningen gennemføres med eller uden forudgående tilladelse.

11.4 Ændring af aktieavancebeskatningsloven pr. 1. januar 2013

Folketinget vedtog 14. december 2012 ændring af Aktieavancebeskatningsloven, som også medfører ændringer i Fusionsskatteloven. Lovændringen går ud på at ophæve avancebeskatningen på unoterede aktier. Gevinst og tab på unoterede porteføljeaktier (ejerandel mindre end 10 %) med virkning fra 1. januar 2013 vil generelt blive skattefritaget uanset ejertid. Dette betyder, at unoterede aktier generelt bliver skattefrie, unoterede aktiebesiddelser på over 10 % var nemlig før lovændringen allerede skattefrie.

Formålet med lovændringen er at gøre det nemmere for vækstvirksomheder at tiltrække risikovillig kapital. Dette skulle foregå ved at give investorer mulighed for en skattefri aktiegevinst ved senere salg.

Lovændringen gælder kun unoterede porteføljeaktier og derfor ikke mindre investeringer i børsnoterede aktier.

For at værne mod, at investeringer i børsnoterede papirer omkvalificeres til skattefrie gevinster, må højst 85 % af porteføljeselskabets regnskabsmæssige

aktiver (gennemsnit over et regnskabsår) være placeret i aktier, der handles på et reguleret marked, hvis aktierne i selskabet skal kunne afstås skattefrit.

Der sker ikke ændring af beskatningen af udbytte på porteføljeaktier. Dette vil dermed fortsat være skattepligtigt uanset, at aktiegevinsten nu bliver skattefri.

For at værne mod spekulation i at sælge og genkøbe som alternativ til udbytteudlodninger indsættes en værnsregel. Denne værnsregel indebærer, at en skattefri avance ændres til et skattepligtigt udbytte, hvis der sker salg og genkøb i samme selskab inden for seks måneder, hvis salgssummen er højere end den nye købssum.

Denne ændring i Aktieavancebeskatningsloven medfører ændringer i Fusionskatteloven. Der laves en tilføjelse i § 15 a, stk. 1, 5. pkt., så adgangen til spaltning uden tilladelse er betinget af, at selskaber, der efter spaltningen har skattefrie unoterede porteføljeaktier i et af de deltagende selskaber, ikke afstår aktierne i en periode på tre år.

Ændringen medfører medvidere en tilføjelse i § 15 a, stk. 2, 4. pkt. Denne medfører, at adgangen til at spalte skattefrit uden tilladelse er betinget af, at der ikke tildeles kontantvederlag til selskabsaktionærer, der har skattefrie unoterede porteføljeaktier i det indskydende selskab.

Disse tilføjelser i Fusionskatteloven er logiske. Hvis der vederlægges med kontanter til en selskabsaktionær, der har skattefrie aktier, betyder det, at vederlæggelsen ikke kommer til beskatning. Samtidig hvis det var tilladt at afstå skattefrie aktier med det samme, svarer dette til et skattefrit salg.

11.5 Opsummering

Når det gælder spaltning er der to former: ophørsspaltning og grenspaltning. Ved ophørsspaltning ophører det indskydende selskab med at eksistere, mens der ved grenspaltning udspaltes en gren, mens resten af det indskydende selskab fortsætter med at eksistere.

Spaltninger kan ske skattefrit men også skattepligtigt. Skattepligtigt svarer til almindelig afståelse og køb. Om det er den skattefrie eller skattepligtige spaltning, der er mest fordelagtig er en konkret vurdering i de forskellige tilfælde. Noget, rådgiverne skal være særligt opmærksomme på, er, om der er uudnyttede underskud eller fremførselsberettigede tab i det indskydende selskab eller dets sambeskatningskreds. Grunden til dette er, at muligheden for at anvende uudnyttede underskud og fremførselsberettigede tab efterfølgende afhænger af, om spaltningen er foretaget skattefrit eller skattepligtigt, om det er ophørsspaltning eller grenspaltning, og om spaltningen sker indenfor eller udenfor sambeskatningskredsen.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at fortjeneste ved afståelse eller likvidation af datterselskabsaktier er skattefri jævnfør ABL § 8, og at udbytte fra datterselskabsaktier kan modtages skattefrit jævnfør SEL § 13, stk. 1, nr. 2. En spaltning af et datterselskab kunne derved med fordel ske skattepligtigt, da det ikke medfører beskatning, og man dermed undgår de betingelser, der skal opfyldes, hvis det skulle gøres skattefrit.

Den skattefrie spaltning kan ske både med eller uden tilladelse. Fordelen i første omgang ved at spalte uden tilladelse kan senere blive vendt til en ulempe, da de objektive regler begrænser den efterfølgende handlefrihed betydeligt. En skattefri spaltning uden forudgående tilladelse medfører, at selskabsaktionæren med en ejerandel på minimum 10 % ikke må afstå aktier i det modtagende selskab minimum tre år efter spaltningens vedtagelse. Her skal man være opmærksom på, at en række efterfølgende hændelser kan kategoriseres som afståelse med den

konsekvens, at spaltningen bliver skattepligtig. Tre år er en lang periode, hvor en usikkerhed kan resultere i beskatning. Ønsker man ikke at underlægge sig bindinger i relation til salg af aktier eller forholdet mellem aktiver og passiver, skal tilladelsessystemet vælges. Når man vælger at spalte skattefrit uden forudgående tilladelse, kan det være en rigtig god ide at indhente et bindende svar, hvis der er væsentlig usikkerhed omkring én eller flere faktorer, da resultatet af en eventuel fejl i værdiansættelse, fejl omkring spaltningsdato eller fejl i fordeling af forholdet mellem aktiver og passiver kan blive, at spaltningen bliver skattepligtig. Et bindende svar vil ligeledes være klart at foretrække ved grenspaltninger uden tilladelse, hvis der ikke med fordel søges om tilladelse.

Der er mange muligheder. Der kan blandt andet gennemføres en skattefri spaltning uden tilladelse samtidig med, at der ansøges ved SKAT om tilladelse til at spalte skattefrit. Det er også en mulighed at søge om tilladelse til skattefri omstrukturering, hvis det viser sig, at omstruktureringen uden tilladelse bliver skattepligtig. En tilladelse vil ikke automatisk medføre en gunstigere skattemæssig behandling, men den giver mulighed for, i modsætning til en skattefri omstrukturering uden tilladelse, at der kan gives dispensation til for eksempel et salg, hvis der indtræder uforudsete begivenheder efter, omstruktureringen er gennemført.

Der er selvfølgelig heller ikke noget i vejen for, at der kan gennemføres en spaltning skattefrit uden forudgående tilladelse efter de objektive regler, hvis der er givet afslag på en ansøgning om tilladelse efter de subjektive regler.

12 Tilførsel af aktiver

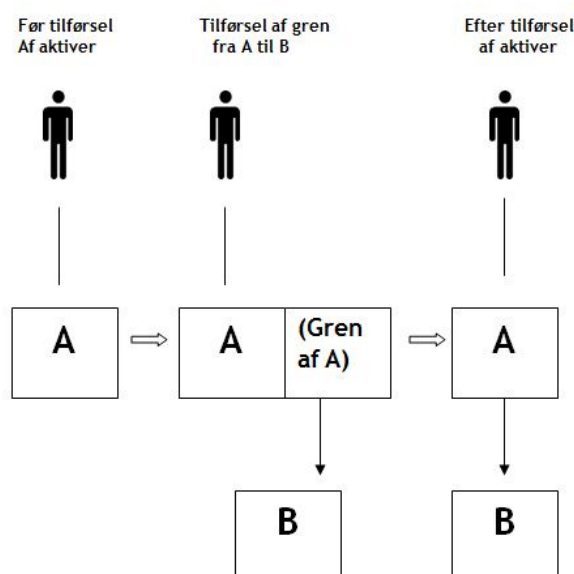
12.1 Indledning

12.1.1 Definition

Tilførsel af aktiver defineres i FUSL § 15 c stk. 2, 1. pkt. som:

”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”.

Der er altså tale om en afståelse af en hel eller en del af en virksomhed mod et vederlag i aktier eller anparter i det modtagende selskab. Dette kan være et alternativ til aktieombytning, se kapitel 10 ovenfor, til at opnå en holdingstruktur. I dette tilfælde vil det indskydende selskab dog være holdingselskabet, idet det indskyder aktiviteten ned i et nystiftet eller allerede eksisterende driftsselskab mod et vederlag i aktier i det modtagende selskab, se figur 10 umiddelbart nedenfor. Som ovenfor gennemgået er driftsselskabet det indskydende selskab, og holdingselskabet det modtagende selskab, når der er tale om aktieombytning.



Figur 10: Tilførsel af aktiver

Der er som ovenfor nævnt tale om en faktisk afståelse, altså afhændelse af aktiver. Dette vil som udgangspunkt resultere i en afståelsesbeskatning for det indskydende selskab. Det er dog muligt at foretage tilførsel af aktiver skattefrit, eller rettere med udskydelse af skatten ved succession, som gennemgås i afsnit 10.1.1.1, hvis betingelserne herfor i Fusionsloven er opfyldte. Mere herom nedenfor.

Dernæst fortsætter FUSL § 15 c stk. 2, 2. pkt. med at definere en gren af en virksomhed som *“alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, det vil sige en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler”*.

Det er i praksis tale om et apportindskud efter SL § 35 stk. 1, hvis der er tale om overførsel af aktiver i forbindelse med nystiftelse af et selskab, eller SL § 160 hvis der er tale om indskud i et eksisterende selskab. Der er her tale om et selskabsretligt aspekt, hvilket derfor ikke vil blive diskuteret nærmere.

Der er som udgangspunkt et krav, at man opnår forudgående tilladelse fra SKAT, hvis man ønsker at benytte reglerne om skattefri tilførsel af aktiver. Men der er ligeledes åbnet mulighed for skattefri tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse ved lov nr. 343 af 18. april 2007, der også er gældende for skattefri aktieombytning og skattefri spaltning som ovenfor beskrevet.

12.1.2 Lovgrundlag

Det er EU's Fusionsdirektiv 2009/133/EF, der ligger til grund for FUSL § 15 c. FUSL § 15 c giver hjemmel til skattefrit at kunne gennemføre tilførsel af aktiver.

Gennemførelse af skattefri tilførsel af aktiver efter det ovenfor nævnte regelsæt forudsættes af, at der er opnået forudgående tilladelse fra SKAT jævnfør FUSL § 15 c stk. 1, 2. pkt. Jævnfør FUSL § 15 c stk. 1, 4. pkt. kan det gennemføres uden forudgående tilladelse, såfremt betingelserne i FUSL § 15 c stk. 1, pkt. 5-8 er opfyldt. Disse betingelser vil blive gennemgået mere detaljeret nedenfor.

For at fastslå hvilke selskaber, der er omfattet af reglerne om skattefri tilførsel af aktiver, henvises der til artikel 3 i Fusionsdirektiv 2009/133/EF, i hvilket det specificeres, at både det modtagende og det indskydende selskab skal være et selskab i en medlemsstat, eller der skal være tale om ejerandele i et selskab, der kan sidestilles med et dansk aktie- eller anpartsselskab, som er hjemmehørende udenfor EU i en stat, der har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark. Der er altså mulighed for grænseoverskridende tilførsel af aktiver efter FUSL § 15 c stk. 1. Det vil dog ikke blive diskuteret nærmere, da dette ligger udenfor omfanget af nærværende opgave. Der henvises til afgrænsnings afsnit ovenfor i kapitel 5.

FUSL § 15 c stk. 1 udelukker anvendelsen af reglerne om tilførsel af aktiver, hvis enten det indskydende eller det modtagende selskab er en transparent enhed, som ovenfor defineret i kapitel 7.

Skatterådet besvarede i SKM 2009.410SR spørgsmål om, om et P/S skattefrit kunne omdannes til A/S. Et P/S er i skattemæssig henseende transparent, idet beskatningen sker hos selskabsdeltagerne og ikke i selskabet. Skatterådet lagde afgørelsen i TFS 2000.66LR til grund for sit svar. Denne afgørelse omhandlede et K/S, der skattefrit kunne omdannes til selskab ved tilførsel af aktiver, idet samtlige ideelle andele af selskabet tilførtes det nye A/S. En ideel andel i et interessentskab anses ikke for værende en selvstændig virksomhed, og derfor kan en overdragelse af en sådan ikke anses som værende en overdragelse af en gren af en virksomhed.⁶⁴ Men overdragelse af samtlige ideelle andele anses som overdragelse af virksomhed, og derfor kan der foretages tilførsel af aktiver efter Fusionskattelovens regler. Jævnfør FUSL § 15 c stk. 2, 1. pkt. skal der tilføres en gren eller en hel virksomhed. Skatterådet fandt med yderligere henvisning til TFS 1992.234, grundet at P/S'er skattemæssigt kan sidestilles med K/S'er, at P/S'et kunne omdannes til A/S ved brug af Fusionskattelovens regler om skattefri tilførsel af aktiver på trods af, at det er skattemæssigt transparent.

Desuden er der i FUSL § 15 c stk. 3-7 et regelsæt der finder anvendelse på nogle bestemte selskaber, der dog ikke findes omfattet af § 15 c stk. 1.

Disse selskaber er:

- DSB (FUSL § 15 c stk. 3)
- EI distributionsselskaber (FUSL § 15 c stk. 4)
- Vand- og spildevandsforsyningsselskaber (FUSL § 15 c stk. 5)
- Naviair (FUSL § 15 c stk. 6)
- Brugsforeninger (FUSL § 15 c stk. 7)

Disse selskaber vil ikke blive behandlet nærmere i nærværende opgave, da de er omfattet af en særlovgivning.

⁶⁴ Ligningsvejledningen S.D.3.2.3.

12.2 Skattefri tilførsel af aktiver med forudgående tilladelse

For at opnå tilladelse til at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver, skal der som i de to ovenfor diskutererede omstrukturingsmodeller i forbindelse med anmodningen om tilladelse lægges en forretningsmæssig årsag til grund herfor. Kapitel 8. Der vil altså ikke blive givet tilladelse, hvis det vurderes, at der med tilførslen af aktiver påtænkes skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

I SKM 2006.9SKAT blev der ansøgt om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver ved overdragelse af udlejningsejendomme til et nystiftet selskab. Det indskydende selskab havde tidligere alene drevet kommunal virksomhed, og indkomsten derfra havde ikke været skattepligtig. Da selskabet derudover begyndte at udleje ejendomme, som var en skattepligtig virksomhed, blev hele virksomheden som konsekvens skattepligtig. Selskabet ønskede at skille de to aktiviteter ad således, at den kommunale virksomhed igen ville opnå skattefrihed, og udlejningsejendommene ville blive beskattet i et separat selskab. Da det fremgik af anmodningen, at formålet var, at adskille en skattepligtig del af en virksomhed fra en del, der derved kunne opnå skattefrihed, kunne SKAT ikke give tilladelse. SKAT anså hovedformålet med tilførslen af aktiver som værende skatteundgåelse.

Tilførsel af aktiver kan på mange måder sammenholdes med aktieombytning, blandt andet fordi begge omstrukturingsmuligheder hovedsageligt benyttes til at etablere en holdingstruktur. Det er derfor de sammen overvejelser, SKAT foretager i begge tilfælde. Se kapitel 10 ovenfor.

12.2.1 Yderligere krav til gennemførsel af skattefri tilførsel af aktiver

Ovenfor er der nævnt de forskellige krav, der er til de selskaber for, at de er omfattet af FUSL § 15 c som specificeret i afsnit 12.1.2, samt kravet om forretningsmæssig begrundelse. Der er nogle yderligere krav, der skal opfyldes for at undgå, at tilførslen af aktiver på trods af, at den selskabsretligt betragtes som

apportindskud, altså tilførsel af aktiver jævnfør SL §§ 35 eller 160, skattemæssigt opfattes som en skattepligtig afståelse af aktiver.

Som ovenfor defineret, er det et krav jævnfør FUSL § 15 c stk. 2, 1. pkt. at tilførslen af aktiver skal inkludere den samlede eller en eller flere grene af en virksomhed. Der skal altså indskydes hele virksomheden fra det indskydende selskab eller en gren af virksomheden. For at kunne indskyde en gren af en virksomhed, skal grenen kunne betragtes som en selvstændig virksomhed⁶⁵. Det vil blive defineret nedenfor, hvordan en hel virksomhed og en gren af en virksomhed defineres, se næste afsnit.

For det modtagende selskab er det et krav, at det efter tilførslen af aktiver fungere, som en selv fungerende enhed såvel organisatorisk som økonomisk. Selskabet skal med andre ord kunne fungere for egne midler⁶⁶.

For det indskydende selskab er kravet, at det udelukkende må modtage aktier/anpartar som vederlag for den indskudte virksomhed, eller for den indskudte gren af virksomheden. Der er ikke mulighed for delvis kontant vederlag.

12.2.1.1 Definition af en samlet virksomhed

Det er det almindelige skatteretlige begreb, der ligger til grund for, om der er tale om en samlet virksomhed. Enkeltaktiver, der ikke selvstændigt udgør en erhvervmæssig virksomhed, kan derfor ikke indgå i en tilførsel af aktiver. Det er et hovedkrav, at der eksisterer en samlet virksomhed i det indskydende selskab, før der foretages en tilførsel af virksomheden til et andet selskab, og det må derfor forudsættes, at der senest efter tilførslen af aktier også skal være en sådan virksomhed i det modtagende selskab.

⁶⁵ Serup s. 592-593

⁶⁶ Serup s. 601

I hovedreglen er der tale om overførsel af en samlet virksomhed, når det indskydende selskab indskyder sine samlede aktiver og passiver til et andet selskab.

12.2.1.2 Definition af en gren af en virksomhed

En gren af en virksomhed defineres således *"ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, det vil sige en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler"* jævnfør FUSL § 15 c stk. 2, 2. pkt.

Det kan udledes heraf, at den del af virksomheden, grenen, der skal tilføres et andet selskab, skal være en selvstændig del af virksomheden, der fungerer for egne midler. Der er dog ingen retningslinjer eller vejledende kriterier for, hvordan man tager stilling til, om definitionen af en gren er opfyldt. Skal grenen af en produktionsvirksomhed være for eksempel en fabrik, der føres som en selvstændig virksomhed? Eller kan det være en del af denne fabrik, der fabrikere en bestemt varegruppe? Skal grenen udarbejde et separat årsregnskab? og i det hele taget have egen bogholderifunktion? Disse spørgsmål er svære at svare på ud fra ovenfor anførte definition.

I TfS 1996.899 specificerer Skattedepartementet *"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. I den forbindelse kan en række vejledende kriterier inddrages uden, at opfyldelsen af enkeltkriterier dog i sig selv vil være udslagsgivende for den samlede bedømmelse. Gruppen af aktiver og passiver skal udgøre et eller flere afgrænsede forretningsområder i forhold til den samlede virksomhed. Denne afgrænsning mellem forretningsområder kan for eksempel være begrundet i, at der er tale om forskellige emneområder eller om forskellige geografiske områder og lignende. Således vil en division eller afdeling,*

der arbejder på tværs af flere divisioner, som udgangspunkt kunne anses som en virksomhedsgren. Der kan dog ikke ubetinget stilles krav om, at der er tale om en decideret afdeling eller filial af virksomheden, eksempelvis med egen bogholderifunktion.”

Her kan der udledes nogle mere konkrete retningslinjer end fra Den Juridiske Vejledning. Som det specificeres her, skal grenen, altså gruppen af aktiver og passiver, kunne afgrænses fra den øvrige virksomhed enten ved emneområde eller geografisk område eller lignende. Grenen kan altså bestå i at være en fabrik eller en filial med anden adresse end selskabets hovedkontor, men dette er heller ikke et krav. Det kan som sagt også være et emneområde, altså forskellige varegrupper eller serviceydelser, der kan udgøre en gren, hvis denne kan fungere for egne midler. Det er ligeledes heller ikke et krav, at afdelingen/grenen er tilhørende et bestemt sted. Denne kan godt fungere på tværs af hele virksomheden. I en rådgivningsvirksomhed kan der eksempelvis sidde rådgivere til både den private sektor og erhvervssektoren i hver filial. Disse to rådgivningstyper vil kunne splittes til to emnetyper, selvom de er fordelt på flere kontorer. Der er jævnfør udtalelsen fra Skattedepartementet ovenfor heller ikke krav til, at grenen har separat bogholderifunktion, og ud fra dette må det udledes, at der heller ikke er krav om, at de udarbejder egen årsrapport.

Det er ud fra ovenstående svært at opdele gren/ikke gren i kategorier, hvorved det er let at klassificere de forskellige i enten den ene eller den anden. Det er derfor nødvendigt for SKAT at foretage individuelle vurderinger i hvert tilfælde.

De, der tilhører en gren af en virksomhed, er alle de aktiver og passiver, der knytter sig dertil. Det inkluderer altså også immaterielle anlægsaktiver. Disse skal alle tilføres som én enhed. Man kan ikke benytte regelsættet om tilførsel af aktiver på tilførsel af særskilte enkelte aktiver eller passiver. Dog med undtagelse af udlejningsejendomme med dertilhørende gæld, da disse ofte opfylder kravet om at udgøre en virksomhed eller en gren heraf.

Skatterådet fandt i SKM 2008.924SR, at ejendommen udgjorde en selvstændig gren af selskabet, og den kunne derfor overføres til datterselskab efter reglerne om skattefri tilførsel af aktiver.

Selskaber kan drive en eller flere biaktiviteter, der ikke direkte har nogen tilknytning til hovedaktiviteten. Dette kan eksempelvis være, at selskabet ejer en udlejningsejendom eller værdipapirer. Mere om værdipapirer nedenfor. Her er det muligt at udskille hovedaktiviteten i virksomheden med de tilhørende aktiver og passiver til et nystiftet datterselskab og beholde biaktiviteterne i moderselskabet for at etablere en holdingstruktur.

12.2.1.2.1 Særligt om grenkrav i henhold til bestemte aktiv og passiv typer

Der er fire typer aktiver og passiver, der i praksis behandles anderledes end øvrige aktiver og passiver i forhold til grenkravet. Disse er:

1. Fast ejendom
2. Aktier/anparter
3. Ideelle andele
4. Låneprovenue

Ad. 1. Fast ejendom

Domspraksis viser, at det indskydende selskab som udgangspunkt selv bestemmer, om fast ejendom skal forblive i indskydende selskab, eller om det skal indskydes i det modtagende selskab. Dette gælder uanset, om ejendommen tilhører den gren af virksomheden, der vedrører den indskudte gren, eller om den udgør en gren i sig selv.

Ligningsrådet gav i Tfs 1997.611LR et selskab tilladelse til at tilføre sine aktiviteter til et datterselskab, hvor moderselskabet efterfølgende skulle koncentrere sig om at forske og udvikle nye produkter. Samtidig ejede det indskydende selskab en række ejendomme. Den ene ejendom blev anvendt af selskabet selv til

administration, fabriksdal med laboratorium samt lagerhal. Øvrige ejendomme var almindelige udlejningsejendomme. Selskabet fik tilladelse til at alle ejendommene blev i det indskydende selskab, ikke kun udlejningsejendommene.

I afgørelsen SKM 2006.9 SKAT som gennemgået i afsnit 12.2 ovenfor fandt SKAT det godtgjort, at en række udlejningsejendomme kunne tilføres et nystiftet selskab efter FUSL § 15 c men endte med at give afslag på ansøgningen alligevel, da SKAT efter en individuel vurdering af sagen ikke fandt, at der forelå en forretningsmæssig begrundet tilførsel.

Ad. 2. Aktier/anparter

Som udgangspunkt vil det at eje aktier eller anparter ikke konstituere en selvstændig virksomhed. Derfor kan overdragelse af disse ikke anses som tilførsel af en virksomhed eller som tilførsel af en gren af en virksomhed.

I SKM 2006.145SKAT ville et selskab, der ejede datterselskabsaktier tilføre hele virksomheden til et nystiftet datterselskab, og derefter skulle det ophørsspaltes. SKAT lagde tolkningen af FUSL § 15 c til grund for afslaget på anmodningen. I definitionen af tilførsel af aktiver anvendes betegnelsen "virksomhed" alene, hvorimod der i FUSL § 1 stk. 3 anvendes betegnelserne "sin formue" og "samtlige sine aktiver og passiver" i FUSL § 15 a stk. 2. SKAT lagde vægt på, at definitionen af tilførsel af aktiver ville have været formuleret anderledes, hvis den skulle finde anvendelse på andet en den skattemæssige betydning af "virksomhed", som defineret ovenfor. Siden besiddelse af aktier i de to datterselskaber ikke kunne anses som værende en selvstændig virksomhed, måtte SKAT derfor give afslag på anmodning om tilførsel af aktiver. Efter en konkret vurdering af sagen gav SKAT dog tilladelse til skattefri tilførsel af driftsaktiviteten, idet SKAT vurderede, at hovedformålet med transaktionen ikke var skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

I Tfs 1996.924LR anmodede et selskab om tilladelse til tilførsel af aktiver til et nystiftet 100 % ejet datterselskab. Aktiverne bestod af drift af virksomhed inden

for cykel- og knallertbranchen samt aktier i to 100 % ejede datterselskaber. Det ene datterselskab drev lignende virksomhed indenfor cykel- og knallertbranchen, det andet var et hvilende selskab. Ligningsrådet tilkendegav, at tilførsel af driften samt aktierne i det aktive driftsselskab ville være i orden, da tilførslen af disse ansås som organisatorisk begrundet. Aktierne i det hvilende selskab kunne imidlertid ikke inkluderes i tilførslen, da disse ikke udgjorde en gren af en virksomhed, eller en selvstændig bedrift, set ud fra et organisatorisk synspunkt. Aktierne i det ene datterselskab havde en sådan tilknytning til den gren af virksomheden, der blev tilført til det modtagende selskab, at de kunne inkluderes i tilførslen, hvorimod der med aktierne i det andet datterselskab ikke fandtes at være nogen tilknytning, eller at besiddelsen af disse kunne anses for at være en gren i sig selv, og de skulle derfor forblive i det indskydende selskab. Det skal tilføjes, at der i afgørelsen kun fremgår, at aktierne i det første datterselskab kan tilføres det modtagende selskab, det fremgår ikke om dette er et krav for at kunne gennemføre en tilførsel af aktiver.

Det fremgik derimod i TfS 2000.238LR, at Ligningsrådet vurderede, at aktiebesiddelsen i de direkte ejede datterselskaber knyttede sig så meget op af grenen, der ønskes udskilt, at disse skulle indgå i tilførslen. De øvrige indirekte ejede selskaber, hverken kunne eller skulle indgå i tilførslen uanset deres formål. Ligningsrådet stillede ikke krav til, at aktier ejet indirekte i datterselskaber, der drev lignende virksomhed som det indskydende, skulle indgå.

I TfS 2011.279 svarede Skatterådet nej til, at 25 % ejerandele i en tilknyttet virksomhed kan anses som en gren af en virksomhed efter FUSL § 15 a.

Det ses ud fra ovenfor nævnte afgørelser, at SKAT ikke anser besiddelse af aktier eller anparter i et eller flere selskaber som værende en selvstændig virksomhed, uanset at dette er selskabets eneste aktivitet. Disse vil derfor ikke kunne tilføres et andet selskab alene, hverken som virksomhed eller som gren af en sådan. Dette er ikke ensbetydende med, at de ikke kan indgå i en tilførsel af aktiver som del af driften i en virksomhed, eller en gren af en virksomhed, der anses som en

selvstændig virksomhed eller en gren af en virksomhed. Det skal godtgøres overfor SKAT, at aktie-/anpartsbesiddelsen er af en sådan art, at den anses som del af bedriften. Ligeledes kan der være situationer, hvor SKAT vurderer, at aktie-/anpartsbesiddelsen er en så væsentlig del af virksomheden eller grenen, at det er en betingelse for tilførslen, at denne skal indgå.

Ad 3. Ideelle andele

Ideelle andele i I/S'er og K/S'er udgør ikke en gren af en virksomhed, eller en selvstændig bedrift. Det er muligt at anvende regelsættet om skattefri tilførsel af aktiver vedrørende tilførsel af en sådan ideel andel til et A/S eller ApS, såfremt det modtagende selskab overtager det fulde ejerskab af I/S'et eller K/S'et senest i forbindelse med tilførslen.

Yderligere skal følgende krav være opfyldt for, at SKAT kan godkende, at ideelle andele i I/S'er og K/S'er indgår i tilførsel af aktiver:

- overdragelsen af interessentskabsandelen sker i forbindelse med overdragelsen af virksomheden, og
- overdragelsen af interessentskabsandelen anses for organisatorisk begrundet.

Ligningsnævnets rådet fandt i TfS 2000.66LR, at selskab A ikke kunne tilføre sine 39,4 % ideelle andele i et K/S til et allerede eksisterende selskab B, der selv ejede 1 % af de ideelle andele, mens C besad de resterende 59,6 %. Dog blev der givet tilladelse til overdragelse af de 59,6 % fra C til A mod realisationsbeskatning, og efterfølgende skattefri tilførsel af de 99 % af de ideelle andele fra A til B.

I SKM 2009.410SR bekræftede Skatterådet, at omdannelsen fra P/S til kapitalselskab kunne gennemføres som tilførsel af aktiver efter Fusionskattelovens regler, såfremt samtlige aktiver og passiver vedrørende den overdragede del af virksomheden ville være til stede i det modtagende selskab efter tilførslen af aktiver.

Begge af ovenstående bindende svar understreger, at ideelle andele i skattemæssigt henseende kan indgå i en tilførsel af aktiver med fuld succession, så længe det indskydende selskab efter gennemførelsen af tilførslen af aktiver opnår 100 % aktie-/anpartsbesiddelse i det modtagende selskab.

Ad. 4. Låneprovenu

Som defineret i FUSL § 15 c stk. 2 skal alle aktiver og passiver, der vedrører en gren af en virksomhed, indgå i tilførslen til det modtagende selskab. Det er ikke muligt at undlade enkelte aktiver eller passiver, selvom de egentlig er unødvendige for den videre drift af grenen, der tilføres det modtagende selskab.

Selvom et selskab optager en låneforpligtelse og får udbetalt et låneprovenu, vil disse nødvendigvis ikke være uadskillelige for evigt i forhold til udskillelse af en gren fra selskabet. Dog er det ikke muligt umiddelbart før udskillelsen af grenen at optage en låneforpligtelse, og så udskille provenuet sammen med grenen og lade låneforpligtelsen forblive i det indskydende selskab. Det vurderes, at i disse tilfælde er låneforpligtelsen og låneprovenuet stadig så tæt forbundne, at adskillelsen af disse ville føre til, at FUSL § 15 c stk. 2 ikke ville være opfyldt.

Dette understreges af Tfs 1999.297LR, da ligningsrådet her bekræftede, at der kunne gennemføres en skattefri tilførsel af aktiver på betingelse af, at låneprovenu og tilhørende gældsforpligtelse begge enten forblev i det indskydende selskab, eller tilførtes samlet som del af grenen, der indskydes i det modtagende selskab. Selskabet havde anmodet om at indskyde gælden i det modtagende selskab og lade provenuet forblive i det indskydende selskab. Ligningsrådet skrev i deres svar at "et provenu, der fremkommer ved, at et lån udbetales, hænger sammen med forpligtelsen til at tilbagebetale lånet. Der kan derfor i sagens natur - i al fald i en situation som den foreliggende - ikke forekomme, at låneprovenuet og tilbagebetalingsforpligtelsen hører til to forskellige grene af virksomheden. Betingelserne i FUSL § 15 c stk. 2 kan således ikke anses for opfyldt, såfremt der i forbindelse med tilførsel af aktiver foretages en sådan vilkårlig opdeling af aktiver og passiver."

Det kan udledes af denne udtalelse, at der kan forekomme situationer, hvor en sådan opdeling kan finde sted. Dette fremgår af *"... i al fald i en situation som den foreliggende ..."*. Den åbner for muligheden for at skille provenu og gæld ad i situationer, der er forskellig fra den nævnte afgørelse. Den giver dog ikke indikationer på, i hvilke situationer dette i så fald vil kunne forekomme.

Det kommer til udtryk i Tfs 2000.329LR, hvor ligningsrådet kommer frem til, at der foreligger en sådan forretningsmæssig begrundelse for optagelse af lånet og efterfølgende adskillelse af låneprovenu og gældsforpligtelse, at de erkender, at provenu og gæld tilhører hver sin, at selskabets to grene i henhold til FUSL § 15 c stk. 2.

Forskellen mellem de to afgørelser vurderes at være, at i Tfs 2000.329LR, hvor det indskydende selskab består af to aktiviteter, hvor af den ene hidtil har finansieret den anden, opstår en forskudt værdiansættelse af de to, hvorfor et tilskud fra den underskudsgivende aktivitet til den underskudsdekkende aktivitet udligner differencen mellem de to. Hvorimod det i Tfs 1999.297LR ikke er en forretningsmæssig begrundelse at ville slanke balancen for lettere at kunne gennemføre et planlagt generationsskifte.

EF-Domstolen tiltræder imidlertid i deres udtalelse i forbindelse med *SKM 2002.620EFD Ligningsrådets udtalelse som citeret ovenfor vedrørende Tfs 1999.297LR " ... at der ikke kan anses at foreligge en tilførsel af aktiver i Fusionsskattedirektivets 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. 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."* De lukker dermed heller ikke muligheden for adskillelse af disse i forbindelse med udskillelsen af en gren af virksomheden.

Konklusionen på ovenstående diskussion må være, at der kan foretages tilførsel af aktiver i henhold til FUSL § 15 c stk. 2, selvom der i den forbindelse optages et lån, hvor provenu og gældsforpligtelse derefter adskilles i forbindelse med omstruktureringen, såfremt adskillelsen har en forretningsmæssig begrundelse, og ikke har skatteunddragelse eller skatteundgåelse som formål.

12.2.1.3 Krav om at kunne fungere for egne midler

For at opfylde betingelserne i FUSL § 15 c stk. 2 skal virksomheden eller grenen af virksomheden, som tilføres et andet selskab i sig selv kunne fungere for egne midler. Ved egne midler forstås, at selskabet ikke må være afhængigt af at optage lån hos moderselskab eller hovedaktionær på andre vilkår, end de kan optage lån til hos uafhængige långivere⁶⁷. De må endvidere ikke være afhængige af, at disse nærtstående parter eller andre parter i øvrigt stiller sikkerhed i nogen form for virksomhedens eller grenens forpligtelser. Virksomheden vil i ovenstående eksempler anses for ikke at opfylde betingelsen om at fungere for egne midler, og den vil ikke kunne indgå i en tilførsel af aktiver. Det grundlæggende synspunkt må her være, at det modtagende selskab efter tilførslen skal opfylde de kapitalkrav, der selskabsretligt stilles selskabsklassen, altså om det er A/S eller ApS. Derudover skal det modtagende selskab kunne fungere fra tilførselsdatoen og fremadrettet uafhængigt af det indskydende selskab.

Dette understøttes af en række afgørelser. Der henvises i blandt andet TfS 1996.669 LR til Skatteministeriets udtalelse i cirkulære nr. 31 af 22. februar 1996 om at, *"... en fordeling af finansielle aktiver og/eller likvider på en sådan måde, at den virksomhed, der opstår ved tilførslen, ikke kan fungere ved hjælp af egne midler herunder egne lånemuligheder hos uafhængige långivere, ikke falder ind under definitionen af en virksomhed eller en gren af en virksomhed. Et selskab, der kun kan fungere ved hjælp af lån fra moderselskabet eller hovedaktionæren*

⁶⁷ Den Juridiske Vejledning C.D.6.2.6.2

på andre vilkår end ved lån hos uafhængige långivere eller ved hjælp af lån med sikkerhed i form af kaution, pant, indeståelse eller lignende fra moderselskabet eller hovedaktionæren eller tredjemand i øvrigt, falder ikke ind under definitionen af en virksomhed eller en gren af en virksomhed". På baggrund af dette kunne SKAT kun give tilladelse til tilførsel af en aktivitet inklusiv de dertilhørende forretninger, såfremt moderselskabets kautioner for gæld til bank samt finansieringsinstitutter blev ophævet.

I TfS 1996.197LR blev der givet afslag på anmodning om tilførsel af aktiver, fordi der ud fra en vurdering af, at datterselskabet havde behov for at optage lån hos moderselskabet, samt at moderselskabet skulle kautionere for gæld optaget i banken til at dække finansieringen af virksomheden, derfor ikke kunne anses for at kunne fungere for egne midler.

Disse to afgørelser viser hver især, at for at opfylde betingelserne i FUSL § 15 c stk. 2 må der ikke lånes af nærtstående parter på fordelagtige vilkår, og de nærtstående parter må ikke stille sikkerhed således, at virksomheden kan opnå lån eller kreditter, som denne ellers ikke ville have muligheder for at få. Evnen til at fungere for egne midler skal være til stede på tilførselstidspunktet. Det blev demonstreret i TfS 2000.274TSS, at selvom det ikke er praktisk muligt for virksomheden på tilførselstidspunktet, at eksisterende sikkerhedsstillelser for lån bliver ophævet, kan der forekomme tilfælde, hvor der kan gives tilladelse til tilførslen med forbehold for, at lånet, der er kautioneret for, indfries efterfølgende for midler, der er opnået uden indvirkning fra nærtstående parter.

Fælles for samtlige af de ovenfor diskuterede afgørelser omkring betingelsen om at kunne fungere for egne midler er, at de alle har skullet dokumentere, at de fra tilførselstidspunktet og fremadrettet har kunnet fungere for egne midler helt uafhængigt af det indskydende selskab. Den sidste viser, at det kan være muligt at opnå tilladelse uanset om dokumentationen først har fundet sted 4-5 måneder efter den egentlige gennemførsel af tilførslen af aktiver.

12.2.1.4 Vederlæggelse

Der er i de foregående to kapitler redegjort for reglerne vedrørende vederlæggelse i forbindelse med aktieombytning og spaltning. Der er i begge disse tilfælde mulighed for udelukkende at modtage vederlag i form af aktier eller anparter i det modtagende selskab, eller der er mulighed for at kombinere dette med et kontant vederlag. Dette er ikke tilfældet for tilførsel af aktiver. Her er krav om, at vederlaget udelukkende er i form af aktier eller anparter. Formuleringen af FUSL § 15 c stk. 2 er helt klar i formuleringen omkring dette "*... mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital*". Det skal forstås således, at der skal tildeles nye aktier eller anparter. Betingelsen herom i FUSL § 15 c stk. 2 opfyldes altså ikke ved værdistigning i aktier eller anparter allerede ejet i det modtagende selskab på tilførselstidspunktet. Det synes ikke defineret, om aktierne eller anparterne, der modtages som vederlag af det indskydende selskab, skal være nytegnede, eller om disse kan være det modtagende selskabs egne aktier eller anparter⁶⁸. Det kan udledes af dette, at der ikke er krav om, om det skal være det ene eller det andet. Begge dele vil blive godtaget.

Det ser umiddelbart simpelt ud at vurdere, om vederlæggelsen består 100 % af aktier og anparter, eller om der modtages et kontant delvederlag. Det kan dog alligevel give en del problemstillinger i forhold til, om der i en periode efter tilførslen efterfølgende sker udlodninger til anpartshaver i form af udbytter, kapitalnedsættelser eller lignende. En eventuel mellemregning mellem modtagende selskab og indskydende selskab etableret i forbindelse med tilførslen vil også anses som en kontantvederlæggelse. Alt dette kan medføre, at tilførslen af aktiver ikke længere er i overensstemmelse med FUSL § 15 c, og den vil derefter blive skattepligtig. Nogle af disse problemstillinger vil blive gennemgået umiddelbart nedenfor.

⁶⁸Den Juridiske Vejledning D.C.6.2.4.1

12.2.1.4.1 Mellelægning

Problemstillingen med mellelægningen kommer til udtryk i Tfs 1997.661LR, hvor der ville opstå en differencepost mellem aktiver og passiver i forbindelse med overførslen af minimumskapitalkravet på kr. 500.000. Denne differencepost ville blive anset som en mellelægning mellem det indskydende og det modtagende selskab. Selskabet anførte i anmodning, at den ville blive forrentet med diskontoen +4 % og løbende blive afdraget, som der blev likviditet til det i det modtagende selskab. Der blev givet tilladelse til skattefri tilførsel af aktier på betingelse af, at mellelægningen ikke ville opstå.

Der henvises ligeledes til Tfs 1998.599LR, hvor der også i forbindelse med tilførslen af aktiver opstod en mellelægning. Her blev det ligeledes gjort klart, at det er uden betydning, hvornår mellelægningen vil blive indfriet. Hvis den opstår ved tilførslen, så er virksomheden på tilførselstidspunktet ude af stand til at fungere for egne midler, og tilførslen af aktiver er derfor ikke omfattet af FUSL § 15 c. Det er således ubetydeligt, at den indfries for egne midler umiddelbart efter tilførslen.

12.2.1.4.2 Udlodninger efter tilførslen af aktiver

Der kan forekomme problemer i forbindelse med efterfølgende udlodning fra det modtagende selskab til det indskydende selskab efter gennemførslen af tilførslen af aktiver. Især hvis udlodningen har været aftalt forud for gennemførslen, er risikoen stor for, at dette vil blive anset som et kontant vederlag. Selvom udlodningen ikke har været aftalt på forhånd, kan transaktionen få skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab, hvis denne vurderes af SKAT til at være et delvist kontant vederlag i forbindelse med tilførslen af aktiver.

Der blev i SKM 2007.843DEP redegjort for EF-domstolens afgørelse i Kofoed-sagen C 351/05, der anses for væsentligt at have påvirket praksis i dag. Sagen drejede sig om udbytte udloddet umiddelbart efter gennemførslen af en aktieombytning. Her blev det fastslået, "*at udbytte deklareret umiddelbart efter en aktieombytning*

uden at der forelå en retligt forpligtende aftale herom ikke kunne anses for en kontant udligningssum". Skatteministeriet fortsætter dog med at udtale, at ovenstående dog "ikke er til hinder for, at de nationale myndigheder og domstole anvender nationale retsprincipper fortolket i overensstemmelse med Fusionskattedirektivets daværende artikel 11⁶⁹ til at nægte adgang til at anvende Fusionskattedirektivets bestemmelser ved omgåelse og misbrug", og det blev endvidere konstateret, at der ikke knytter sig formelle betingelser til implementeringen af Fusionskattedirektivets regler. Altså kan udbytte frit udloddes straks efter gennemførelsen af tilførslen af aktiver, såfremt der ikke foreligger planer herom inden tilførslen, og der er en forretningsmæssig begrundelse for tilførslen af aktiver. Denne praksis vil blive uddybet straks nedenfor. Efterfølgende udlodninger kan afgrænses på to måder:

1. Beløbsmæssig afgrænsning
2. Tidsmæssig afgrænsning

Ad 1 Beløbsmæssig afgrænsning

Praksis viser, at der kan være en beløbsmæssig begrænsning på, hvad der kan udloddes fra det modtagende selskab til det indskydende selskab, i forhold til, om dette kan anses som kontantvederlag. Der kan ikke udloddes udbytte bestående af midler, der i forbindelse med tilførslen af aktiver skulle tilføres det modtagne selskab. Man kan altså ikke udlodde af midler, der ikke kunne være blevet i det indskydende selskab.

Et eksempel på dette er SKM 2009.91ØLR (TfS 2009.350) hvor både SKAT, Landsskatteretten og landsretten finder, at tilladelsen til skattefri tilførsel af aktiver skal tilbagekaldes, dog baseret på forskellige argumenter. Både SKAT og Landsskatteretten fandt, at der forelå en forudgående aftale om udlodning af udbytte. Der udloddedes det første år kr. 19.265.200 til det indskydende selskab, selvom det modtagende selskab kun har et overskud på kr. 1.831.357. På ansøgningstidspunktet var der fremlagt planer om kapitaludvidelse på 63 mio. kr. i

⁶⁹ Nuværende artikel 15 i Fusionsdirektivet

det modtagende selskab, d. 10/5 1999 blev der indgået en betinget aftale om aktionærindkomst vedrørende kapitalforhøjelse samt udbytte, og den endelige aftale blev indgået d. 20/7 1999. Landsretten fandt dog imidlertid, at den bindende aftale angående udlodning af udbytte lå efter tilførslen af aktiver, og udlodningen kunne derfor ikke anses for værende kontant vederlag i forbindelse med tilførslen. Landsretten fandt det dog ikke godtgjort, at udlodningen var foretaget på et forretningsmæssigt grundlag, og derfor måtte det antages, at hovedformålet med transaktionen var skatteunddragelse og kunne efter Fusionskattedirektivets daværende artikel 11's regler tilbagekalde tilladelsen til skattefri tilførsel af aktiver. Sagen endte i Højesteret (SKM 2011.501HR), der fandt at tilbagekaldelsen af tilførslen af aktiver var berettiget fordi "*det indgik af det aftalte forløb, at en del af vederlaget for tilførslen af aktiver til datterselskaber skulle betales ved udlodning fra datterselskabet af en del af den indskudte kapital*".

Ligeledes blev tilladelsen til gennemførsel tilførslen af aktiver tilbagekaldt i SKM 2003.228LSR, idet Landsskatteretten ikke fandt det godtgjort af de involverede parter, at udlodningen af udbytte efter tilførslen ikke var planlagt forud for gennemførslen, da en væsentlig del af udbyttet vedrørte overkursen ved den skattefri tilførsel af aktiver.

Der er tilfælde, hvor SKAT ud fra en konkret vurdering af sagen har fundet, at det ikke strider imod FUSL § 15 c, at der udloddes mere end det modtagne selskabs resultat. Dette er tilfældet i SKM 2006.403SKAT, hvor udlodningen oversteg årets resultat, men fandtes at vedrøre en ikke bunden del af det modtagne selskabs egenkapital fra før tilførslen af aktiver.

Der er en grænse for, hvad der kan anses for værende beløbsmæssigt i orden at udlodde efter gennemførslen af tilførslen af aktiver. Der må således ikke udloddes mere end det modtagne selskabs resultat for regnskabsåret, med mindre det er godtgjort, at beløbet ikke helt eller delvist består af midler tilført det modtagne selskab, eller som er opstået i forbindelse med tilførslen.

Ad 2 Tidsmæssig afgrænsning

Der skal ligeledes fremkomme en tidsmæssig afgrænsning for, hvornår det er tilladt at udlodde udbytte efter en gennemførsel af en tilførsel af aktiver, da det ikke vil være rimeligt at afholde selskaber, der er etableret ved tilførsel af aktiver, fra at udlodde udbytte for altid.

Når der ses på praksis, er der ingen grund til at antage, at der er tale om mindre end tre år, hvilket svarer til holdingkravet ved omstruktureringer uden tilladelse. Ifølge diskussionen ovenfor fremkommer det, at hvis planen for udlodningen er vedtaget før gennemførslen af tilførslen af aktiver, og hvis denne inddrager tilførte midler, vil det ikke kunne lade sig gøre i henhold til FUSL § 15 c uanset tidshorisonten for udlodningen, med mindre der opnås ligningsrådets tiltrædelse. Dette aspekt spillede også ind i SKM 2009.91ØLR, da SKAT valgte at tilbagekalde en tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver, se Ad 1 om beløbsmæssig afgrænsning. En udlodningssituation kan udmærket være forretningsmæssig begrundet og der dermed ikke foreligger skatteundgåelse. Dette er dog ikke udtryk for at FUSL § 15 c stk. 2's krav om at der kun må vederlægges i ejerandele ikke er overtrådt.

Det må konkluderes ud fra ovenstående diskussion, at det kan være svært for parterne i en tilførsel af aktiver selv at bedømme, hvad det kan udloddes og hvornår. Det ligger fast, at der skal lægges en individuel vurdering af de konkrete sager til grund for, om udlodningen er i overensstemmelse med FUSL § 15 c. Det vil derfor være det mest hensynsmæssige i alle tilfælde at søge om et bindende svar hos SKAT på den konkrete disposition, før der udloddes udbytte mellem det modtagende selskab og det indskydende selskab efter gennemførsel af tilførsel af aktiver.

12.2.1.5 Tilførselsdato

Det er en betingelse for benyttelse af Fusionsskattelovens regler, at tilførselsdatoen er sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagne selskabs regnskabsår jævnfør FUSL § 5 stk. 1.

I tilfælde hvor det modtagne selskab er et nystiftet selskab, etableres der ved tilførslen af aktiver en koncernforbindelse, som er omfattet af SEL § 31 c. Jævnfør FUSL § 5 stk. 3 vil datoen for etableringen af denne koncernforbindelse skulle anvendes som skattemæssig tilførselsdato for det modtagende selskab. Det kræves dog ikke af FUSL § 5 stk. 3, at det modtagende selskab og det indskydende selskab har samme skattemæssige tilførselsdato.

12.2.1.6 Papirdokumentation

Der har hidtil været krav om indsendelse af dokumentation i forbindelse med skattefri tilførsel af aktiver senest en måned efter gennemførslen. Dette er ikke længere et krav for almindelige selskaber, som omfattet af denne opgave, jævnfør FUSL § 6 stk. 4. SKAT kan dog i forbindelse med tilladelsen angive betingelser om indsendelse af disse dokumenter i henhold til FUSL § 6.

12.2.2 Skattemæssige konsekvenser

Der er i forbindelse med tilførsel af aktiver tre parter. Det modtagende selskab, det indskydende selskab og det indskydende selskabs aktionær eller anpartshaver. Tilførslen af aktiver vil dog ikke have nogen skattemæssig konsekvens for aktionæren/anpartshaveren i det indskydende selskab, da denne fortsat ejer de samme andele i det samme selskab.

12.2.2.1 For det indskydende selskab

Det indskydende selskab anses for at afstå aktiver til det modtagende selskab.⁷⁰ Idet det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling jævnfør FUSL § 8, vil der ikke ske afståelsesbeskatning hos det indskydende selskab. Skattebyrden tilsvarende de tilførte aktiver overføres altså fra det indskydende selskab til det modtagende selskab jævnfør FUSL § 15 d.

Det indskydende selskab kan have uudnyttet skattemæssigt underskud fra tidligere år. Dette vil i forbindelse med tilførsel af aktiver ikke blive berørt af dispositionen. Dette vil dog fremover blive betragtet som det indskydende selskabs særunderskud, og det vil ikke kunne modregnes i kommende års sambeskatningsindkomst. Er der tale om tilførsel af aktiver mellem to selskaber, der allerede er sambeskattet forud for tilførslen, vil dette skattemæssige underskud kunne modregnes i fremtidig sambeskatningsindkomst.

Anskaffelsessummen for de aktier/anpartar som det indskydende selskab modtager i det modtagende selskab opgøres til handelsværdien på samme måde som ved aktieombytning, se afsnit 10.2.6.2 ovenfor.

12.2.2.2 For det modtagende selskab

Som nævnt umiddelbart ovenfor indtræder det modtagende selskab i det indskydende selskabs skattemæssige position, idet der er tale om succession. Det modtagne selskab overtager således aktiverne til samme anskaffelsessum, samme anskaffelsestidspunkt, og også samme intention som det indskydende selskab. Det vil sige, hvis det drejer sig om for eksempel ejendomme, som det indskydende selskab har anskaffet som led i næring, vil dette overføres til det modtagne selskab.

⁷⁰ Halling-Overgaard s. 367

Hvis det modtagende selskab ikke er nystiftet i forbindelse med tilførslen af aktiver, da mister selskabet fradragsretten til eventuelle uudnyttede skattemæssige underskud, med mindre det har været sambeskattet med det indskydende selskab forud for tilførslen af aktiver.

12.3 Skattefri tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse

Der er i forbindelse med lov nr. 343 af 18. april 2007 blevet mulighed for tilførsel af aktiver uden af skulle opnå forudgående tilladelse på lige fod med ombytning af aktier og spaltninger.

For at kunne benytte reglerne for tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse skal samtlige betingelser opfyldes, som for tilførsel af aktiver med tilladelse, samt yderligere krav som også er tilfældet for aktieombytning og spaltning. Der er dog ikke krav om, at tilførslen af aktiver uden forudgående tilladelse skal gennemføres med forretningsmæssige begrundelser.

12.3.1 Yderligere krav til anvendelse af objektivet regelsæt

12.3.1.1 Holdingkrav

Der opstår holdingkrav ved tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse tilsvarende det gennemgået ovenfor vedrørende aktieombytning og spaltning. De aktier/anparter det indskydende selskab modtager i det modtagende selskab må ikke afhændes i en periode på tre år efter vedtagelsen af tilførslen af aktiver jævnfør FUSL § 15 c, stk. 1, 5. pkt.

Dog kan aktierne/anparterne i det modtagne selskab indgå i en efterfølgende skattefri omstrukturering, såfremt der kun modtages vederlag i aktier eller anparter jævnfør FUSL § 15 c, stk. 1, 6. pkt. Se også aktieombytning og spaltning

ovenfor. Det skal tilføjes, at det som ovenfor nævnt ikke er muligt at modtage andet end aktiver eller anparter som vederlag, hvis tilførslen af aktiver skal gennemføres skattefrit, hverken med eller uden forudgående tilladelse.

12.3.1.2 Tilførselstidspunkt

Tilførselstidspunktet for tilførsel af aktiver uden tilladelse er tilsvarende tilførselstidspunktet for tilførsel af aktiver med forudgående tilladelse som gennemgået ovenfor i afsnit 12.2.1.5.

Anmeldelsen til SKAT skal senest ske ved indsendelse af selvangivelsen for det indkomstår, hvori tilførslen af aktiver har fundet sted. Der er ingen krav om indsendelse af yderligere dokumenter. Dog er det indskydende selskab forpligtet til indenfor en måned efter salget af aktierne/anparterne i det modtagende selskab at indberette salget til SKAT, hvis de afhændes inden for holdingkravets periode på tre år.

12.3.2 Skattemæssige konsekvenser

12.3.2.1 For det indskydende selskab

Der er ingen forskel på de skattemæssige konsekvenser ved gennemførelse af tilførsel af aktiver efter de subjektive og de objektive regelsæt for det indskydende selskab.

Ligeledes opgøres anskaffelsessummen for de modtagne aktier/anparter i det modtagende selskab efter samme principper som efter de subjektive regler.

12.3.2.2 For det modtagende selskab

Der er ingen forskel på de skattemæssige konsekvenser ved gennemførelse af tilførsel af aktiver efter de subjektive og de objektive regelsæt for det modtagende selskab.

12.4 Opsummering

Tilførsel af aktiver kan, som de to ovenfor beskrevne omstruktureringmuligheder, gennemføres både skattepligtigt og skattefrit. Vælger man den skattefrie mulighed kan denne ligeledes gennemføres med og uden forudgående tilladelse.

En skattepligtig tilførsel af aktiver anses som køb og salg af aktiver, hvor det indskydende selskab vil blive beskattet af eventuel skattepligtig gevinst, dog med mulighed for modregning herfor i uudnyttede underskud. Her er mulighed for vederlæggelse i aktier eller anpartar i det modtagende selskab eller i kontanter, eller eventuelt en kombination af de to.

Vælger man derimod en skattefri tilførsel af aktiver, skal man være særligt opmærksom på kravet om, at der skal indskydes en samlet virksomhed eller en gren af virksomheden, der skal kunne betragtes som en selvstændig virksomhed. Der er tale om tilførsel af en samlet virksomhed, når det indskydende selskab indskyder sine samlede aktiver og passiver til det modtagende selskab. Ved en gren af en virksomhed forstås alle de aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, der ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, der skal kunne fungere ved hjælp af egne midler.

Enkeltaktiver kan i hovedreglen ikke udgøre en gren af en virksomhed, med undtagelse af udlejningsejendomme. Udlejningsejendomme med den dertilhørende gæld vil kunne tilføres det modtagende selskab såfremt det i øvrigt opfylder kravene om at være en gren af en virksomhed.

Skattefri tilførsel af aktiver adskiller sig væsentligt fra aktieombytning og spaltning ved, at vederlaget udelukkende kan bestå af aktier eller anparter i det modtagende selskab. Der er her således ikke mulighed for delvis kontant vederlæggelse. En fravigelse af denne regel vil medføre, at tilførslen af aktiver bliver skattepligtig. I tilfælde hvor de modtagne aktier i det modtagende selskab ikke svarer til de tilførte aktiver, vil der opstå en mellemregning mellem det modtagende selskab og det indskydende selskab. Denne mellemregning vil blive anset som et kontant vederlag, og som konsekvens vil tilførslen af aktiver blive skattepligtig.

Vælger man at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver efter de subjektive regler, skal man i ansøgning om tilladelse godtgøre, at der er en forretningsmæssig begrundet årsag til, at man ønsker at gennemføre omstruktureringen. Efter det objektive regelsæt er der ikke krav om en forretningsmæssig begrundelse. Man vil her i stedet blive ramt af et holdingkrav, der forhindrer en eventuel afhændelse af de i forbindelse med tilførslen af aktiver modtagne aktier inden for tre år efter omstruktureringen. Afhændelse af aktierne inden holdingkravets treårsperiode vil medføre, at tilførslen af aktiver bliver skattepligtig.

Det er ikke muligt at sige, hvilken en af mulighederne for tilførsel af aktiver, der generelt er den bedste. Det kommer altid an på en konkret vurdering af de individuelle omstændigheder. Hvis det er store uudnyttede underskud i det modtagende selskab, og det indskydende selskab og det modtagende selskab ikke forud for tilførslen har været sambeskattede, så kan der med fordel gennemgøres en skattepligtig tilførsel af aktiver.

Vælger man at gennemføre tilførslen af aktiver skattefrit, er der mange overvejelser, man skal gøre sig på forhånd. Hvis man ved på forhånd, at man vil afhænde aktierne indenfor en nærmere fremtid, er det nødvendigt at søge om tilladelse for at undgå at blive omfattet af holdingkravet.

13 Konklusion

Danske virksomhedsejere har mulighed for at vælge at starte sin virksomhed op enten i privat regi eller i selskabsform. De er dog ikke bundet af den form, de starter ud med, da der er mulighed for at omstrukturere sin virksomhedsform og struktur efterhånden, som virksomheden vokser og udvikler sig, eller efterhånden som indehaverens personlige situation ændrer sig.

Vælger virksomhedsejeren, at virksomheden skal drives i selskabsform, er der flere valgmuligheder:

1. K/S
2. P/S
3. Kapitalselskab

Omstruktureringer kan gennemføres skattefrit eller skattepligtigt. Omstrukturering, der foretages skattefrit, kan gøres både med og uden forudgående tilladelse.

Brugen af successionsprincippet resulterer i, at der i en skattefri omstrukturering ikke sker avancebeskatning i det indskydende selskab, da det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling.

Ansøges der om tilladelse til skattefri omstrukturering hos SKAT, skal der ligge en forretningsmæssig begrundelse bag formålet med omstruktureringen. Når der ansøges om tilladelse til en skattefri omstrukturering, undersøger SKAT de forskellige aspekter i de konkrete sager. Det er derfor særdeles vigtigt, at alle forhold er korrekt oplyst ved ansøgningen om tilladelse, og at omstruktureringen efterfølgende sker på de vilkår, der er givet tilladelse til. Sker omstruktureringen ikke i henhold til ansøgningen, kan SKAT trække tilladelsen tilbage, og omstruktureringen bliver som konsekvens skattepligtig. Mener SKAT, at der ligger gyldige forretningsmæssige begrundelser bag omstruktureringen, men

omstruktureringen samtidig giver mulighed for skatteundgåelse eller skatteunddragelse, må SKAT ikke afvise ansøgningen, såfremt SKAT kan fjerne risikoen herfor ved at opstille vilkår til tilladelsen.

Den klare fordel, ved at omstrukturere med forudgående tilladelse, er, at man er sikker på, at omstruktureringen er godkendt og dermed skattefri under forudsætning af, at omstruktureringen gennemføres i henhold til tilladelsen.

Mangler man en forretningsmæssig begrundelse, men fortsat ønsker at omstrukturere skattefrit, kan man gøre brug af de objektive regler. Formålet med at indføre reglerne om skattefrie omstruktureringer uden forudgående tilladelse var at gøre det lettere og mindre kompliceret for selskaberne at omstrukturere skattefrit. Der er en risiko for, at der ikke er taget højde for alle aspekter og krav i forbindelse med en skattefri omstrukturering uden forudgående tilladelse. I tilfælde hvor der er tvivlsspørgsmål, er det en særdeles god ide at få et bindende svar. I forbindelse med bindende svar er det ligeledes vigtigt, at SKAT får de korrekte oplysninger, så det bindende svar dækker den omstrukturering, man faktisk agter at gennemføre.

Der er i forbindelse med skattefrie omstruktureringer uden tilladelse opsat nogle værneregler, der skal sikre, at der ikke sker skatteundgåelse. Komplexiteten og konsekvenserne af værnereglerne er forskellige alt efter hvilken omstruktureringsmodel, der vælges. Ved aktieombytning og tilførsel af aktiver er der oprettet et holdingkrav som værnregel, mens der ved spaltning udover holdingkravet også blandt andet er begrænsningerne i FUSL § 15 a stk. 1, 8. pkt. og FUSL § 15 a stk. 2, 3. pkt., hvilket gør spaltning klart den mest komplekse at udføre skattefrit uden forudgående tilladelse.

Det kan være en fordel i forbindelse med spaltning og tilførsel af aktiver, hvor der er store uudnyttede underskud, at gennemføre omstruktureringen skattepligtigt, da en eventuel gevinst kan modregnes heri.

Om en omstrukturering skal være skattepligtig eller skattefri med eller uden tilladelse, kan der ikke gives et entydigt svar på. Hvad der er bedst i den enkelte omstrukturering er meget individuelt og skal vurderes i den konkrete situation. Uanset hvilken løsning der nås frem til, er der nogle konsekvenser og problemstillinger der skal løses eller overholdes.

I Danmark giver skatteretten rigtig gode muligheder for, at man kan få netop den konstruktion, man gerne vil have. Det kræver en grundig planlægning, hvis omstruktureringen skal optimeres skattemæssigt.

14 Litteraturliste

Bøger:

- Erik Werlauff, Selskabsret 8. udgave, Thomson Reuters Professional A/S, København, 2010 (Werlauff)
- Søren Halling-Overgaard og Birgitte Sølvkær Olesen, Generationsskifte og omstrukturering - det skatteretlige grundlag 3. udgave, jurist og økonomforbundets forlag, 2010 (Halling-Overgaard)
- Aage Michelsen med flere, Lærebog om indkomstskat 14. udgave, jurist og økonomforbundets forlag, 2011 (Michelsen)
- Erik Werlauff, Selskabsskatteret 2010-11, 12. udgave, Thomson Reuters Professional A/S, København, 2010 (Werlauff 2)
- Karen Fogh med flere, Selskabsbeskatning 26. udgave, Thomson Reuters Professional A/S, København, 2009 (Fogh)
- Michael Serup, Fusionskatteloven med kommentarer 4. udgave, Karnov Group Denmark, København 2012 (Serup)

Artikler:

- Susanne Kjær, Skattefri omstrukturering - praksis, SR-SKAT 6/2010. (Kjær)
- Susanne Kjær og Malene Bertelsen, Skattefrie omstruktureringer uden tilladelse, SR-SKAT 3/2007. (Kjær og Bertelsen)
- Maria Dalhoff, Generationsskifte tager tid, Jyllands-Posten 3/1-2005. (Dalhoff)
- Steen Mørup, Værd at vide om ophørspension, BDO 11/2011 (Mørup)

Domme, udtalelser fra SKAT og bindende svar

- SKM 1996.899SKM
- SKM 2001.80LR
- SKM 2001.303TSS
- SKM 2002.407TSS
- SKM 2002.514TSS

- SKM 2002.644LSR
- SKM 2003.17TSS
- SKM2003.228LSR
- SKM 2004.73TSS
- SKM 2004.147TSS
- SKM 2005.26TSS
- SKM 2005.167ØLR
- SKM 2005.232TSS
- SKM 2005.284TSS
- SKM 2005.357TSS
- SKM 2005.429TSS
- SKM 2006.9SKAT
- SKM 2006.118
- SKM 2006.139SKAT
- SKM 2006.145SKAT
- SKM 2006.179LSR
- SKM 2006.324SKAT
- SKM 2006.325SKAT
- SKM 2006.372LSR
- SKM 2006.403SKAT
- SKM 2006.551SR
- SKM 2007.791SR
- SKM 2007.806LSR
- SKM 2007.807DEP
- SKM 2007.818SR
- SKM 2007.843DEP (Kofoed) C 351/05
- SKM 2008.134LSR
- SKM 2008.272SR
- SKM 2008.288SR
- SKM 2008.347LSR
- SKM2008.375SR
- SKM 2008.551SR
- SKM 2008.924SR
- SKM 2009.410SR
- SKM 2009.646SR
- SKM 2010.53SR
- SKM 2010.237LSR
- SKM 2010.862SR
- SKM 2011.90SR
- SKM 2011.501HR (SKM 2009 91 ØLR) (TfS 2009 350)
- SKM2011.506.ØLR
- SKM 2012.321SKAT
- TfS 1992.234
- TfS 1994.816LR
- TfS 1996.197.LR

- TFS 1996.669.LR
- TFS 1996.899
- TFS 1996.924LR
- TFS 1997.206LR
- TFS 1997.569LR
- TFS 1997.611LR
- TFS 1997.661LR
- TFS 1998.13LR
- TFS 1998.160LR
- TFS 1998.599LR
- TFS 1999.297LR
- TFS 1999.492LSR
- TFS 1999.787LR
- TFS 2000.66LR
- TFS 2000.238LR
- TFS 2000.274.TSS
- TFS 2000.329LR
- TFS 2006.720LSR
- TFS 2011.279
- SU 1997.257
- FM 2000.87.
- UfR1996.179Ø
- UfR 2005.459

Love, lovforslag og vejledninger

- Aktieavancebeskatningsloven (ABL)
- Fusionskatteloven (FUSL)
- Selskabsloven (SL)
- Selskabsskatteloven (SEL)
- Personskatteloven (PSL)
- Pensionsbeskatningsloven (PBL)
- Ligningsloven (LL)
- Skattekontrolloven (SKL)
- Virksomhedsskatteloven (VSL)
- Aktieselskabsloven (ASL)
- Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (LEV)
- Lov om skattefri virksomhedsomdannelse (VOL)
- Lov nr. 343 af d.18 april 2007

- Lov nr. 525 af d. 12. juni 2009
- Den juridiske vejledning 2012-2
- Ligningsvejledningen, almindelig del 2012-2
- Fusionsdirektivet, 2009/133/EF (Rådets direktiv af 19. oktober 2009)
- Fusionsdirektivet, 90/434/EØF (Rådets direktiv af 23. juli 1990 (det gamle))
- Lov nr. 1255 af 18. december 2012 (lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven, ligningsloven, lønsumsafgiftloven og forskellige andre love)

Benyttede forkortelser

FM: Finansministeriet

SKM: Skatteministeriet

UfR: Ugeskrift for retsvæsen

TfS: Tidsskrift for Skatter og afgifter

SU: Skat Udland