

Copenhagen Business School 2011
Cand.merc.aud. - studiet
Institut for Regnskab og Revision
Kandidatafhandling

Skattefri omstrukturering

- med eller uden tilladelse ?

Udarbejdet af:

Søren Kyd Kastberg

Afleveret den 31. marts 2011

Vejleder:
Christen Amby

Censor:

Anslag:
195.832

Executive summary

This Master's Thesis has been written as a part of the MSc (Business Administration and Auditing) programme at the Copenhagen Business School. The objective of this thesis is to create clarity as to the considerations and possibilities arising in relation to tax-exempted restructuring, and through this to clarify the advantages and disadvantages of each restructuring model.

The basis for this thesis is the recent tax reform which, with the desire to harmonize the companies' stock- and dividends taxation, has resulted in the passing of Act no. 525 in June 2009. This Act is a successor to the original Act¹ that paved the way for the 2-pronged system in relation to tax-exempted restructuring, and thereby made it possible to make a tax-exempted restructuring with or without the permission from the Danish tax authorities.

The 2-pronged system consists of the licensing system with permission on one side, and the objective protocol without permission on the other side. The objective rules coexist concurrently with the licensing system regarding exchange of shares, demerger and supply of assets. By meeting certain requirements it is possible to carry out a tax-exempted restructuring without the permission from the Danish tax authorities, and thus avoid being subject to a subjective assessment, as it is the case when dealing with a tax-exempted restructuring with permission. When a tax-exempted restructuring is carried out with permission from the Danish tax authorities, an assessment has been made to find, whether or not the transaction contains tax avoidance or tax evasion ulterior motives. If this is the case, the authorities may refuse the application for permit, or require some subjective conditions to be met, in order to give the permission. When dealing with tax-exempted restructuring without the permission, the authorities cannot perform this assessment, and thereby not require subjective conditions to be met. Instead, certain rules have been incorporated in the objective protocol, to prevent that tax-exempted restructuring without permission can be used for tax avoidance or tax evasion purposes.

The tax reform and the accompanying passing of the new Act have led to some changes in the 2-pronged system, regarding tax consequences of each restructuring model. The biggest change is, that from the income year 2010 there are no longer restrictions on how much there can be distributed from the restructured companies. Instead an "ownership requirement" is introduced in the objective protection rules, to ensure the restructuring are not applied in order for tax avoidance or tax evasion.

The focus of this thesis is to evaluate, how the new tax reform impact on corporate restructuring, and how it will affect the advantages and disadvantages of the various restructuring models, including the choice between a restructuring with or without permission from the Danish tax authorities.

¹ Act no. 343 in April 2007

1. INDLEDNING	1
1.1 Problemformulering.....	2
1.2 Afgrænsning	3
1.3 Model- og metodevalg	5
1.4 Kildekritik	6
1.5 Målgruppe.....	6
2. OMSTRUKTURERING	7
2.1 Et historisk tilbageblik.....	7
2.1.1 Fusionsdirektivet	7
2.1.2 Nyere regulering.....	8
2.2 Skattefri omstrukturering generelt.....	9
2.2.1 Skattefri omstrukturering med tilladelse	9
2.2.1.1 Krav om forretningsmæssig begrundelse	11
2.2.1.2 Eventuelle vilkår ved tilladelse	12
2.2.1.3 Muligheder ved afslag på ansøgning om tilladelse	13
2.2.2 Skattefri omstrukturering uden tilladelse	14
2.2.2.1 Formålet med de objektive regler.....	14
2.2.2.2 Værnsregler.....	15
2.2.2.3 Lov 525 af 12. juni 2009 – Nye regler fra 2010.....	15
2.2.2.4 Holdingkravet	17
2.2.2.4.1 Efterfølgende skattefrie omstruktureringer.....	18
2.2.2.4.2 Reparation.....	19
2.2.2.4.3 Statusskifte	20
2.3 Skattefri aktieombytning.....	21
2.3.1 Aktieombytning – selskabsretlige regler	21
2.3.2 Skattefri aktieombytning med tilladelse	22
2.3.2.1 Vederlæggelse til handelsværdi.....	24
2.3.2.2 Forretningsmæssig begrundelse.....	24
2.3.2.3 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri aktieombytning med tilladelse	26
2.3.2.3.1 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervende selskab.....	26
2.3.2.3.2 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervede selskab.....	27
2.3.2.3.3 Øvrige forhold	27
2.3.2.4 Aktieombytning ved flere aktionærer	28

2.3.3 Skattefri aktieombytning uden tilladelse	29
2.3.3.1 Vederlæggelse til handelsværdi	31
2.3.3.2 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri aktieombytning uden tilladelse	31
2.3.3.2.1 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervende selskab	31
2.3.3.2.2 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervede selskab	32
2.3.3.2.3 Holdingkrav	32
2.3.3.2.4 Øvrige forhold	32
2.4 Skattefri tilførsel af aktiver	34
2.4.1 Tilførsel af aktiver – selskabsretlige regler	34
2.4.2 Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse	36
2.4.2.1 Opfyldelse af grenkravet	37
2.4.2.1.1 Grenkrav og fast ejendom	38
2.4.2.1.2 Grenkrav og aktiebesiddelser	39
2.4.2.2 "Fungere ved hjælp af egne midler"	39
2.4.2.3 Vederlæggelse til det indskydende selskab	40
2.4.2.3.1 Efterfølgende dispositioner	41
2.4.2.4 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse	42
2.4.2.4.1 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	42
2.4.2.4.2 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	43
2.4.2.4.3 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskabs aktionærer	44
2.4.3 Skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse	45
2.4.3.1 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse	46
2.4.3.1.1 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	46
2.4.3.1.2 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	46
2.4.3.1.3 Holdingkrav	46
2.4.3.1.4 Øvrige forhold	47
2.5 Skattefri spaltning	48
2.5.1 Spaltning – selskabsretlige regler	48
2.5.2 Skattefri spaltning med tilladelse	50
2.5.2.1 Betingelser for at foretage en skattefri spaltning med tilladelse	51
2.5.2.2 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri spaltning med tilladelse	53
2.5.2.2.1 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	53
2.5.2.2.2 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	54
2.5.2.2.3 Skattemæssige konsekvenser for selskabsdeltagere i det indskydende selskab	55
2.5.2.2.4 Skattemæssige konsekvenser for selskabsdeltagere i det modtagende selskab	57
2.5.3 Skattefri spaltning uden tilladelse	57
2.5.3.1 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri spaltning uden tilladelse	58
2.5.3.1.1 Holdingkrav	59
2.5.3.1.2 Balanceproportionalitetskravet	59

3. VALGET MELLEMLER OMSTRUKTURERING MED ELLER UDEN TILLADELSE.....	61
3.1 Generelle overvejelser	62
3.1.1 Samtidig eller efterfølgende ansøgning om tilladelse	63
3.2 Specifikke overvejelser ved skattefri aktieombytning.....	64
3.2.1 Holdingkrav	64
3.2.2 Vederlæggelse til handelsværdi.....	64
3.2.3 Anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter	65
3.2.4 Skattereforems betydning.....	65
3.3 Specifikke overvejelser ved skattefri tilførsel af aktiver.....	67
3.3.1 Holdingkrav	67
3.3.2 Overholdelse af grenkravet.....	68
3.3.3 Efterfølgende dispositioner	68
3.3.4 Anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter	69
3.3.5 Skattereforems betydning.....	70
3.4 Specifikke overvejelser ved skattefri spaltning.....	72
3.4.1 Holdingkrav	72
3.4.2 Balancetilpasningsreglen og grenkravet.....	72
3.4.3 Værnsregler ved det objektive system	73
3.4.4 Anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter	74
3.4.5 Skattereforems betydning.....	74
4. KONKLUSION.....	76
5. PERSPEKTIVERING	80
6. LITTERATURLISTE	82
7. ANVENDTE FORKORTELSER	83

1. Indledning

Lovgrundlaget vedrørende skattefrie omstruktureringer har de seneste år undergået flere radikale ændringer, som følge af forsøget på, at give virksomheder en mere enkel adgang hertil. Skattefrie omstruktureringer er derfor et aktuelt emne, der ikke er blevet mindre aktuelt med den nuværende økonomiske situation, hvor mange virksomheder har været nødsaget til at tilpasse organisationen, med henblik på at tilpasse sig nye markedssituationer, optimere driften og reducere omkostningerne mv.

Uanset om der er tale om overdragelse af virksomheder ejet i personlig regi eller i selskabsform, er nøgleordet i forbindelse med omstrukturering og generationsskifte, ønsket om at få mulighed for at adskille overdragelsestidspunktet fra beskatningstidspunktet, således at den ved successionen opnåede skatteudskydelse, og den heraf afledte likviditetsmæssige fordel, kan komme virksomhedens forretningsmæssige grundlag til gavn.

Selskabs- og skatteretten indeholder komplicerede regler i relation til generationsskifter og omstruktureringer, hvorfor sådanne oftest gennemføres i samarbejde med virksomhedernes rådgivere, såsom advokater og revisorer. Folketinget har i flere omgange forsøgt at forbedre virksomhedernes mulighed for skattefrie omstruktureringer. I 2007 indførtes med vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april det tostregede system, med tilladelsesinstituttet på den ene side, og det objektive regelsæt om skattefri omstrukturering uden tilladelse på den anden side. Formålet med det objektive regelsæt var at lette virksomhedernes adgang til skattefrie omstruktureringer, ved at ophæve kravene om tilladelse og forretningsmæssig begrundelse, og i stedet erstatte dem med objektive kriterier for transaktionernes skattefrihed.

Senest har Folketinget med den nye skattereform og lovforslag L 202² igen forsøgt at forenkle reglerne for skattefrie omstruktureringer, ved bl.a. at ophæve de komplicerede regler omkring udbyttebegrænsning og erstatte dem med et holdingkrav.

Denne afhandling vil omhandle de skatteretlige regler og problemstillinger i forbindelse med skattefrie omstruktureringer, samt de konsekvenser dette medfører for sambeskatningsforholdene de involverede selskaber imellem. Derudover vil afhandlingen beskrive hvorledes skattereformen og lov nr. 525 af 12. juni 2009³ vil påvirke valget mellem at foretage skattefri omstrukturering med henholdsvis uden tilladelse fra SKAT.

² L 202 (Harmonisering af selskabers aktie- og udbyttebeskatning) – vedtaget den 28. maj 2009

³ Vedtaget på baggrund af L 202

1.1 Problemformulering

Som nævnt indeholder selskabs- og skatteretten komplicerede regler for, hvorledes generationsskifter og omstruktureringer kan og skal gennemføres. Regler der har betydning i relation til muligheden for at gennemføre transaktionerne skattefrit. Det komplicerede regelsæt betyder, at planlægningen af generationsskifter og omstruktureringer er en væsentlig del af processen, da de forberedelser og overvejelser der bliver gjort her, kan have betydning for den likviditetsmæssige fordel der kan opnås ved den skattefrie omstrukturering, samt for de sambeskatningsforhold der eksisterer før, under og efter transaktionerne.

Med udgangspunkt i vedtagelsen af lov nr. 525 af 12. juni 2009 ønskes det undersøgt, hvilke skattemæssige konsekvenser de ændrede regler om skattefri omstrukturering, har for gennemførelsen af skattefrie omstruktureringer i Danmark. Dette ønskes undersøgt med henblik på at kunne give en anbefaling til, i hvilke situationer det er hensigtsmæssigt at foretage omstrukturering efter de objektive regler uden tilladelse, frem for at søge tilladelse fra SKAT med de dertil hørende krav.

Ovenstående søges belyst gennem besvarelsen af følgende spørgsmål for henholdsvis skattefrie omstruktureringer med tilladelse fra SKAT, og skattefrie omstruktureringer efter de objektive regler:

- Hvilke skattemæssige konsekvenser er der i forbindelse med skattefrie omstruktureringer med henholdsvis uden tilladelse?
- Hvilke skatteretlige betingelser/værnsregler er der i forbindelse med skattefrie omstruktureringer med henholdsvis uden tilladelse?
- I hvilke situationer er det for de enkelte omstruktureringsmodeller mest hensigtsmæssigt at omstruktureringen foregår med henholdsvis uden tilladelse?

På baggrund af ovenstående gennemgang og vurderinger, vil det i hovedkonklusionen være muligt at give en anbefaling til, hvornår det vil være mest hensigtsmæssigt at foretage omstrukturering efter de objektive regler uden tilladelse, frem for at søge tilladelse fra SKAT.

1.2 Afgrænsning

I nærværende afsnit angives de områder og problemstillinger, der enten ikke bliver berørt i denne afhandling, eller som alene bliver behandlet kortfattet således at fokus holdes på hovedproblemstillingen.

Ovenstående problemformulering ligger op til en behandling, inden for et bredt skatte- og selskabsretligt område. Med henblik på at højne informationsniveauet omkring de centrale problemstillinger i afhandlingen, er det således nødvendigt at afgrænse indholdet.

Afhandlingen tager udgangspunkt i de skattemæssige aspekter ved en skattefri omstrukturering, hvorfor der primært vil blive fokuseret på skatteretlige frem for selskabsretlige aspekter. Selskabsretlige regler vil derfor alene blive inddraget generelt, og i mindre omfang som et fundament for den skatteretlige analyse. Samtidig vil afhandlingen ikke indeholde en fuldstændig gennemgang af, hvilke dokumenter og erklæringer der skal udarbejdes ved en given omstrukturering, da afhandlingens mål ikke er at give en fuldstændig beskrivelse over praktiske handlinger ved en skattefri omstrukturering.

Afhandlingen vil udelukkende omhandle selskaber og deres forhold i relation til omstruktureringer, hvorfor der ikke vil blive taget hensyn til personlige virksomheder og deres muligheder for skattefrie omdannelser. Derudover vil særlige regler for investeringsselskaber og udloddende investeringsforeninger ikke blive behandlet. I forlængelse heraf skal det præciseres, at hvor der i afhandlingen benyttes betegnelsen selskab, skal dette forstås synonymt med et kapitalselskab, således at både aktieselskaber og anpartsselskaber for læsevenlighedens skyld ikke nævnes.

Af hensyn til muligheden for at gå i dybden med hovedproblemstillingen, vil afhandlingen udelukkende beskrive danske regler og nationale forhold, og vil således ikke beskæftige sig med grænseoverskridende omstruktureringer. Gennemgangen omfatter således kun juridiske personer, som er fuldt skattepligtige til Danmark i henhold til Selskabsskattelovens § 1.

Der vil ikke blive inddraget en case virksomhed i afhandlingen, men der vil blive inddraget eksempler hvor det findes relevant for forståelsen, af de til tider komplicerede omstruktureringskonstruktioner.

Da et af afhandlingens problemstillinger er at beskrive, hvorledes lov nr. 525 af 12. juni 2009 påvirker de skattemæssige forhold omkring en omstrukturering, herunder valget om hvorvidt denne skal foretages med eller uden tilladelse, vil gennemgangen af de forskellige omstrukturingsmodeller visse steder tage udgangspunkt i lovgivningen som den så ud, inden vedtagelsen loven. De steder hvor skattereformen har påvirket de daværende værnbestemmelser, vil ændringerne og konsekvenserne heraf blive beskrevet, ligesom de med lov nr. 525 nyindførte værnregler vil blive beskrevet.

Gennemgangen af de forskellige omstrukturingsmodeller vil behandle situationer med og uden tilladelse fra SKAT, og det forudsættes i alle de i afhandlingen beskrevne eksempler, at gældende krav og lovgivning overholdes. Konsekvenserne ved, at en omstrukturering skifter status fra skattefri til skattepligtig, vil således ikke blive behandlet, ligesom afhandlingen ikke vil komme ind på værdiansættelse og transferpricing relaterede problemstillinger, i forbindelse med koncerninterne omstruktureringer.

Da denne afhandling har til formål at beskrive de skattemæssige konsekvenser og overvejelser ved henholdsvis tilladelsessystemet og det objektive system, vil omstrukturingsformen fusion ikke blive behandlet. Årsagen hertil er, at det efter vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007, ikke længere er muligt at opnå tilladelse til en skattefri fusion. Der eksisterer således ikke længere et tostrengt system ved fusioner, hvorefter regelsættet kan anvendes med eller uden tilladelse.

Love og lovforslag som er vedtaget eller fremsat efter den 1. marts 2011 er ikke behandlet. Endvidere vil domsafsigelser og artikler efter den nævnte dato, ikke blive inddraget i afhandlingen.

1.3 Model- og metodevalg

Det søges i afhandlingen at udarbejde en struktureret gennemgang og analyse, af de skattemæssige konsekvenser for de deltagende selskaber ved skattefrie omstruktureringer, herunder skattereforens påvirkning heraf, samt at beskrive fordele og ulemper ved de enkelte omstrukturingsmodeller, der kan danne grundlag for valget mellem at foretage den skattefrie omstrukturering med henholdsvis uden tilladelse.

Afhandlingens første del vil derfor hovedsageligt være af deskriptiv karakter, og indeholde en kort gennemgang af de generelle vilkår og betingelser ved skattefrie omstruktureringer, herunder en beskrivelse af de med skattereforens ændrede regler.

Derefter vil afhandlingen indeholde en struktureret behandling af de skatteretlige regler og konsekvenser ved de enkelte omstrukturingsmodeller, i forbindelse med skattefrie omstruktureringer med og uden tilladelse fra SKAT. Formålet hermed er at belyse de respektive fordele og ulemper ved de forskellige metoder til skattefri omstrukturering, herunder at beskrive hvilke ændringer skattereforens har medført, og hvorledes disse vil påvirke forholdene omkring skattefrie omstruktureringer i fremtiden, bl.a. med hensyn til valget mellem ansøgning om tilladelse fra SKAT eller anvendelse af det objektive regelsæt.

Endeligt vil de generelle og de mere modelspecifikke overvejelser, i relation til valget mellem tilladelsessystemet og de objektive regler blive behandlet, ved at sammenkoble de foregående afsnit. Fokus vil her være på, at komme med retningslinjer for, i hvilke situationer det vil være hensigtsmæssigt at omstrukturere med henholdsvis uden tilladelse fra SKAT.

Det er således hovedsageligt en teoretisk skattefaglig afhandling, som har til formål at munde ud i en analyse af, hvornår det er hensigtsmæssigt at foretage skattefri omstrukturering med henholdsvis uden tilladelse fra SKAT, samt at foretage en gennemgang af skattereforens påvirkning heraf.

Der vil i afhandlingen ikke blive udarbejdet delkonklusioner til de enkelte kapitler, da brugen af delkonklusioner især efter deskriptive kapitler ofte vil have en gentagende tendens.

I afhandlingen vil de almindelige forkortelser som anvendes i de forskellige lovsamlinger blive anvendt. Det er specielt i relation til paragrafhenvvisninger til de forskellige love, at forkortelser anvendes i stedet for lovens fulde navne af hensyn til læsevenligheden. De i afhandlingen anvendte forkortelser fremgår af afsnit 7.

1.4 Kildekritik

Afhandlingen baseres på indsamling og vurdering af data efter den kvalitative metode⁴, med det formål at skabe en kvalitativ sammenhæng mellem de enkelte problemer, samt en sammenfatning af den overordnede problemformulering. Afhandlingen er udarbejdet på baggrund af relevante love, bekendtgørelser, cirkulærer, vejledninger, domme, afgørelser, artikler samt anden litteratur, hvor denne har kunnet bidrage til nærmere anskueliggørelse af emnet.

Karakteren af dataene er sekundærdata⁵, idet indsamlingsmaterialet til brug for afhandlingen er materiale udarbejdet eller skrevet af andre, f.eks. myndigheder, professorer, advokater, skattekonsulenter, skatterevisorer, revisorer og lignende. Det er opfattelsen, at kilderne er af både objektiv og subjektiv karakter, men generelt må de anses som værende pålidelige.

Ved at anvende artikler som kilde risikeres den svaghed, at artiklerne kan bære præg af forfatterens egne holdninger og overbevisning samtidig med at det ikke er særskilt anerkendt af fagkyndige. Denne risiko er forsøgt afdækket ved at anvende flere af hinanden uafhængige kilder, og ved samtidig at have en kritisk holdning til det skrevne.

1.5 Målgruppe

Den umiddelbare målgruppe af denne afhandling er vejleder og censor på CMA studiet.

Derudover henvender afhandlingen sig til skatterådgivere, herunder revisorer samt virksomhedsledere og selskabsdeltagere, der ønsker et nærmere kendskab til reglerne, alternativerne og konsekvenserne i forbindelse med gennemførelse af en skattefri omstrukturering, både med og uden tilladelse fra SKAT. Det forventes at denne personkreds kan finde afhandlingen behjælpelig med problemstillinger og overvejelser inden, under og efter gennemførelsen af skattefrie omstruktureringer.

Læserne forventes at have et grundlæggende kendskab til den danske skattelovgivning, og være bekendt med fagtermer, for at få fuldt udbytte af denne afhandling.

⁴ Den skinbarlige virkelighed s. 40, Ib Andersen, 1. udgave 1997

⁵ Den skinbarlige virkelighed s. 190, Ib Andersen, 1. udgave 1997

2. Omstrukturering

I dette afsnit behandles de selskabs- og skatteretlige regler vedrørende aktieombytning, tilførsel af aktiver og spaltning med særlig fokus på de skatteretlige aspekter. Gennemgangen skal klarlægge det skatteretlige fundament, og dermed danne grundlag for den videre analyse i afhandlingen.

2.1 Et historisk tilbageblik

Retsgrundlaget for omstruktureringer har på det skatteretlige område, været kendetegnet ved betydelige ændringer op gennem 1980'erne og 90'erne og helt frem til i dag, hvor flere skattereformer har været med til at præge og forme reglerne på successionsområdet.

Den første store ændring kom med indførelsen af den skattefrie virksomhedsomdannelse tilbage i 1983, hvormed det blev muligt at omdanne en personlig drevet virksomhed til et selskab, uden at der udløstes beskatning ved omdannelsen. Efterfølgende blev aktieombytning mulig, da ABL § 13 blev indført i 1984. Denne paragraf er senere blevet flyttet til ABL § 36.

2.1.1 Fusionsdirektivet

Ved implementeringen af Fusionsdirektivet⁶ i 1992, som omhandlede fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, åbnedes mulighed for, at de nævnte omstruktureringer kan foretages mellem selskaber, uden at dette udløser skat, ved at det ene selskab succederer i det andet selskabs skattemæssige stilling.

Baggrunden for Fusionsdirektivet var, at transaktioner som fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier ikke måtte hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af de enkelte medlemsstaters egne skatteregler. Ønsket var at indføre konkurrencemæssige neutrale skatteregler, således at selskaber i forskellige medlemsstater kunne tilpasse sig vilkårene i det indre marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt, for dermed at sikre, at det fælles marked etableredes og fungerede tilfredsstillende.

Forinden direktivets implementering i de enkelte medlemsstater, blev grænseoverskridende transaktioner hæmmet af medlemsstaternes egne skatteregler, der ofte gjorde sådanne transaktioner mindre fordelagtige end dem, der blev foretaget mellem selskaber i samme medlemsstat.

⁶ Rådets Direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990

Formålet med direktivet var således at bringe denne forskelsbehandling til ophør, og da det ikke var muligt at udvide de i medlemsstaterne gældende ordninger til at omfatte hele Fællesskabet, var eneste tilfredsstillende løsning en fælles beskatningsordning der skulle sikre, at en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier under visse betingelser ikke beskattes, men som samtidig tilgodeså de finansielle interesser i den stat, hvor det indskydende eller det erhvervede selskab var hjemmehørende.

Som en sikkerhed mod spekulation, fik medlemsstaterne mulighed for at kunne afslå at anvende direktivet, når en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier havde til formål at begå skattesvig eller skatteunddragelse i medlemsstaten.

2.1.2 Nyere regulering

Grundlaget til det "skattefri" generationsskifte var lagt. Børn havde nu mulighed for at overtage forældrenes virksomhed ved succession og derved opnå skatteudskydelse, og forældrene slap for at blive belastet af en tung likvid skattebyrde, eftersom børnene succederede i forældrenes oprindelige skattemæssige position.

Med vedtagelsen af lov nr. 343 af 18. april 2007⁷ blev det tostrengede system, med tilladelsesinstituttet på den ene side, og det objektive regelsæt om skattefri omstrukturering uden tilladelse på den anden side introduceret. Ansøgningskravet til SKAT blev således ophævet, og det blev muligt at foretage spaltning, aktieombytning samt tilførsel af aktiver uden, at der forinden skulle gives tilladelse fra SKAT. Formålet med det objektive regelsæt var et lette virksomhedernes adgang til skattefrie omstruktureringer, ved at ophæve kravene om tilladelse og forretningsmæssig begrundelse, og i stedet erstatte dem med objektive kriterier for transaktionernes skattefrihed.

Seneste skattereform har, med ønsket om at harmonisere selskabers aktie- og udbyttebeskatning mv., medført det indledningsvist nævnte lovforslag L 202. Lovforslaget har resulteret i lov nr. 525 af 12. juni 2009, der bl.a. betyder at der fra indkomståret 2010 ikke længere er begrænsninger for hvor meget der kan udloddes fra de omstrukturerede selskaber, men i stedet er indført et "ejertidskrav" der skal sikre at reglerne ikke anvendes med henblik på at undgå avancebeskatning.

Fællesnævneren for de ovenfor anførte lovændringer på successionsområdet, har været ønsket om at øge erhvervslivets levedygtighed ved at skabe mulighed for lempeligere overdragelsesvilkår, i relation til udløsning af latent skat ved overdragelse af erhvervsvirksomheder.

⁷ På baggrund af lovforslag L 110 A

2.2 Skattefri omstrukturering generelt

Selskaber vil ofte have behov for at ændre sin oprindelige valgte juridiske struktur, bl.a. i forbindelse med indgåelse af nye samarbejdsaftaler, opkøb af virksomheder eller opdeling af virksomheden i flere enheder af risikobegrundede årsager. Virksomhederne har derfor brug for en lovgivning, der giver adgang til en fleksibel virksomhedsstruktur, uden at det udløser unødige skatter. Det er således vigtigt, at skattereglerne ikke står i vejen for oprettelsen af hensigtsmæssige virksomhedsstrukturer eller hensigtsmæssige ændringer af sådanne.

I den forbindelse er det vigtigt at holde sig for øje, at omstrukturering af virksomheder som hovedregel ikke er drevet af skattemæssige overvejelser, men oftest af forretningsmæssige og strategiske overvejelser. Med andre ord skal omstrukturering være målet og skatteudskydelse midlet.

Skattefrie omstruktureringer kan foretages med eller uden tilladelse fra SKAT, og der er ikke noget til hinder for, at der gennemføres en omstrukturering efter det objektiviserede system uden tilladelse, såfremt der er givet afslag på at gennemføre omstruktureringen efter tilladelsessystemet. På samme måde kan der anmodes om tilladelse til skattefri omstrukturering efter, at denne er gennemført efter det objektiviserede system. Hermed opnår selskabet, såfremt tilladelse opnås, at undgå de værnsregler som en objektiveret omstrukturering medfører. De nærmere bestemmelser omkring værnsregler mv. vil blive gennemgået i nedenstående afsnit, hvor reglerne i det tostrengede system blive gennemgået, hvorefter de enkelte omstrukturingsmodeller, med og uden tilladelse, vil blive gennemgået i efterfølgende afsnit.

2.2.1 Skattefri omstrukturering med tilladelse

En tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, spaltning eller tilførsel af aktiver efter reglerne i henholdsvis ABL og FUL⁸, kræver indsendelse af ansøgning herom til SKAT. Ansøgningen skal indeholde oplysning om de økonomiske betragtninger og forretningsmæssige formål, der ligger til grund for omstruktureringen, da formålet med omstruktureringen skal opfylde nogle subjektive betingelser, hvorfor der i hvert enkelt tilfælde kræves ansøgning og konkret stillingtagen til denne af SKAT.

I forbindelse med SKAT's vurdering af, om tilladelse til skattefrie omstruktureringer kan gives på baggrund af ansøgers anmodning herom, skal SKAT bl.a. tage stilling til, om hovedformålet eller et af hovedformålene med omstruktureringen er, at opnå skatteunddragelse eller skatteundgåelse.

⁸ Aktieombytning jf. ABL § 36, spaltning jf. FUL § 15a og tilførsel af aktiver jf. FUL § 15c

Denne procedure kan virke paradoksal, da selve idegrundlaget bag indførelsen af muligheden for skattefrie omstruktureringer netop er skatteudskydelse. Det kan i den forbindelse diskuteres, om regelsættet er selvmodsigende, idet reglerne er skabt for at tilbyde virksomhederne de fordele der ligger i en skatteudskydelse, men tilladelse til at anvende reglerne gives ikke, hvis formålet alene er af skattemæssig karakter. Dette forhold vil dog ikke blive behandlet nærmere i denne afhandling.

Hjemlen til at nægte tilladelse til omstruktureringer, der er drevet af skattemæssige motiver findes i EU's fusionsdirektiv⁹, hvoraf det fremgår at medlemsstaten, her Danmark, kan nægte at anvende visse af de afsnit i fusionsdirektivet, som giver selskaber adgang til at foretage skattefrie omstruktureringer. Denne subjektive betingelse fremgår ligeledes af Ligningsvejledningen¹⁰ med henvisning til fusionsdirektivet.

Til vurdering af, hvorvidt motivet til omstruktureringen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse, er der i fusionsdirektivet indarbejdet en formodningsregel, som ligeledes er indarbejdet i Ligningsvejledningen¹¹. Formodningsreglen betyder, at medlemsstaterne kun kan operere med en formodning for, at skatteundgåelse er hovedformålet, eller et af hovedformålene, med en selskabsmæssig omstrukturering, såfremt transaktionerne ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger¹². I daglig tale anvendes ofte udtrykket, at en ansøgning skal være "forretningsmæssigt begrundet", hvilket dækker over formodningsreglen.

Ansøgningen til SKAT bør, ud over ovenstående forretningsmæssige begrundelse, indeholde en beskrivelse af de enkelte forhold i omstruktureringen, og være vedlagt specifikke oplysninger der underbygger disse forhold. Ansøgningen kan bl.a. indeholde følgende:

- En beskrivelse af aktiviteterne i de deltagende selskaber
- En beskrivelse af selskabskapitalen, med angivelse af anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter for de enkelte selskabsdeltagere
- En fyldestgørende beskrivelse af, hvad der ønskes omfattet af omstruktureringen
- En beskrivelse af vederlaget for omstruktureringen, herunder om der eventuelt skal udbetales en kontant udligningssum ved aktieombytninger og spaltninger
- Dokumentation for overholdelse af grenkravet ved tilførsel af aktiver og grenspaltninger

⁹ Fusionsdirektiv 90/434/EØF artikel 11

¹⁰ Jf. LV S.G.18.5.2 – Subjektive betingelser

¹¹ Jf. LV S.D.2.7.4 og S.G.18.5.2.

¹² På baggrund af EF-Domstolens dom af 17. juli 1997 i Leur-Bloem sagen (SU 1997, 257)

- En beskrivelse af eventuelle planer for, eller foreliggende aftaler om fremtidige ændringer i ejerstrukturen
- Seneste årsregnskab for de deltagende selskaber
- En opgørelse over aktiver og forpligtelser for de deltagende selskaber på omstrukturingsdatoen, samt eventuelle værdimæssige reguleringer
- En åbnings- eller overtagelsesbalance for det eller de modtagende selskaber med udkast til vurderingsberetninger

På baggrund af de med ansøgningen medsendte oplysninger, foretager SKAT således en konkret vurdering af de individuelle omstændigheder, overvejelser og planer, som ansøger har givet oplysning om. Jo flere oplysninger SKAT modtager i forbindelse med ansøgningen, jo bedre er muligheden for at vurdere, hvorvidt omstruktureringen har reelle forretningsmæssige begrundelser, og hvorvidt omstruktureringen har "uhensigtsmæssige" skattemæssige konsekvenser, samt i givet fald hvilke yderligere betingelser der skal stilles som vilkår for en eventuel tilladelse.

2.2.1.1 Krav om forretningsmæssig begrundelse

Det forretningsmæssige motiv til den skattefrie omstrukturering skal være konkret begrundet og underbygget. Der gives således ikke tilladelse til omstruktureringen, såfremt parterne ikke i rimelig grad er i stand til at konkretisere eller sandsynliggøre, at de påberåbte forretningsmæssige begrundelser er reelle. Er dette tilfældet, samtidig med at den selskabsmæssige omstrukturering faktisk har skattemæssige fordele, antages det af SKAT¹³, at sidstnævnte hensyn har været hovedformålet eller et af hovedformålene bag ønsket om omstruktureringen, og ansøgningen om tilladelse afslås.

Ligeledes afslås ansøgninger, på trods af konkrete forretningsmæssige begrundelser, såfremt de ønskede dispositioner ikke reelt bidrager til at opnå de mål og planer, som ansøger har anført i ansøgningen. Det skal sandsynliggøres, at transaktionerne reelt er begrundet i den angivne forretningsmæssige begrundelse¹⁴.

At skatteunddragelse eller skatteundgåelse ikke er hovedformålet, eller et af hovedformålene med omstruktureringen, kan sandsynliggøres på flere måder. De forretningsmæssige begrundelser kan f.eks. være, at omstruktureringen er et led i en etablering af et fusionslignende samarbejde mellem uafhængige virksomheder, eller at etablering af en koncernstruktur er hensigtsmæssig og væsentlig for den pågældende virksomhed af drifts- eller likviditetsmæssige årsager. Sådanne

¹³ Jf. LV S.G.18.5.2 – Skatteunddragelse og - undgåelse

¹⁴ Jf. SKM2005.167.ØLR og SKM2007.807.DEP

begrundelser skal dog i givet fald begrundes yderligere, og det er således ikke tilstrækkeligt, at parterne blot påberåber sig generelle hensyn, der i praksis er anerkendt som gyldige forretningsmæssige hensyn.

Såfremt deltagerne i omstruktureringen ikke efterfølgende efterlever de konkrete begrundelser, der har ligget til grund for SKAT's tilladelse i forbindelse med ansøgningen til den skattefrie omstrukturering, kan SKAT anse omstruktureringen for skattepligtig med tilbagevirkende kraft.

2.2.1.2 Eventuelle vilkår ved tilladelse

I forbindelse med meddelelse om tilladelse til en skattefri omstrukturering, har SKAT mulighed for at stille særlige vilkår¹⁵ til de deltagende selskaber, i relation til efterfølgende dispositioner. F.eks. er der historisk, i de fleste tilladelser til skattefri aktieombytning, blevet stillet vilkår om, at der skal gives meddelelse til SKAT, såfremt der indenfor de første 3 år efter ombygningens gennemførelse sker væsentlige ændringer i de forhold, der ligger til grund for tilladelsen. I vilkåret ligger implicit, at en anmeldelse kan medføre bortfald af den tidligere meddelte tilladelse, således at de oprindelige aktionærer bliver afståelsesbeskattet af de ombyttede aktier¹⁶.

Vilkår kan også blive stillet mere specifikt, således at de rettes direkte mod et særligt forhold. Der kan f.eks. blive stillet særlige vilkår vedrørende ændringer i koncernstrukturen for de i omstruktureringen deltagende selskaber. I praksis er der hidtil ofte blevet stillet et 3 års ejertidsvilkår, eller vilkår der relaterer sig til fordelingen af aktiver og passiver ved en grenspaltning eller tilførsel af aktiver.

Motivet til den hidtidige praksis omkring det ovenfor nævnte 3 års ejertidsvilkår, har haft sit udgangspunkt i den gamle ABL § 8, stk. 1, hvoraf det fremgik, at selskaber var skattepligtige af aktieavancer ved afståelse af aktier med en ejertid under 3 år. Selskabsaktionærer kunne således, ved at foretage en omstrukturering der hviler på successionsprincippet, undgå at blive omfattet af denne bestemmelse på omstruktureringstidspunktet. Som følge heraf, var det nødvendigt med nogle subjektive vilkår ved tilladelsen til den skattefrie omstrukturering, for at undgå at formålet har karakter af skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Overtræder de i omstruktureringen deltagende selskaber efterfølgende de vilkår der er stillet af SKAT, vil det som udgangspunkt betyde at tilladelsen tilbagekaldes, og den foretagne omstrukturering bliver skattepligtig med tilbagevirkende kraft. Såfremt omstruktureringen er

¹⁵ Jf. ABL § 36, stk. 1, 4. pkt., FUL § 15 a, stk. 1, 3. pkt., FUL § 15 c, stk. 1, 3. pkt.

¹⁶ Jf. LV S.G.18.7 – Anmeldelse af ændrede vilkår

gennemført i et indkomstår, for hvilket der allerede er indberettet selvangivelse, vil der blive foretaget en genoptagelse af skatteansættelsen for det pågældende indkomstår. Konsekvensen af den tilbagetrukne tilladelse er, at aktionærerne der er blevet begunstiget af successionsreglerne i omstruktureringen, bliver afståelsesbeskattet på ombytningstidspunktet til de på daværende tidspunkt aktuelle handelsværdier. Konsekvenserne ved at overtræde de særlige vilkår, der kan blive stillet fra SKAT's side, kan således være ganske omfattende.

Fastsættelse af særlige vilkår ved tilladelse til skattefrie omstruktureringer, skal dog altid ske efter en konkret vurdering fra SKAT. Der er endnu ikke i praksis taget stilling til eventuelle ændringer i vilkårsstillelse, som følge af harmoniseringen af selskabers aktie- og udbyttebeskatning mv., jf. lov nr. 525 af 12. juni 2009¹⁷.

2.2.1.3 Muligheder ved afslag på ansøgning om tilladelse

Såfremt SKAT giver afslag på ansøgning om tilladelse til skattefri omstrukturering, har ansøgeren følgende alternativer:

- Ansøger kan påklage afgørelsen til Landsskatteretten¹⁸
- Ansøger kan vælge at fremsende ny ansøgning om tilladelse der indeholder yderligere oplysninger, bl.a. omkring den forretningsmæssige begrundelse¹⁹
- Ansøger kan undersøge mulighederne for at gennemføre den skattefrie omstrukturering uden tilladelse fra SKAT, og vælge denne løsning i stedet²⁰
- Ansøger kan vælge at gennemføre omstruktureringen skattepligtigt

Alternativet til ovenstående muligheder er naturligvis, at det besluttes ikke at gennemføre den ønskede omstrukturering.

¹⁷ Jf. LV S.G.18.7 – Anmeldelse af ændrede vilkår

¹⁸ Jf. Skatteforvaltningsloven § 11, stk. 1

¹⁹ Jf. afgørelse fra Ligningsrådet, TfS 1998, 536 LR, hvor fornyet ansøgning om skattefri omstrukturering medførte, at ansøger fik tilladelse med vilkår

²⁰ Jf. afsnit 2.2.2 Skattefrie omstrukturering uden tilladelse fra SKAT

2.2.2 Skattefri omstrukturering uden tilladelse

Som tidligere nævnt blev der med lov nr. 343 af 18. april 2007 indført et sæt objektive regler i bl.a. FUL og ABL, således at det blev muligt, i visse tilfælde, at foretage skattefrie omstruktureringer uden tilladelse fra SKAT. De objektive regler, der er gældende for omstruktureringer hvor henholdsvis aktieombytnings tidspunktet, spaltningstidspunktet eller tilførselsdatoen er den 1. januar 2007 eller senere, fungerer sideløbende med ovenstående regler om skattefri omstrukturering med tilladelse. Fra denne dato var det tostrengede system, med tilladelsesinstituttet på den ene side, og det objektive regelsæt om skattefri omstrukturering uden tilladelse på den anden side, således født.

2.2.2.1 Formålet med de objektive regler

Det grundlæggende formål med indførelsen af de objektive regler var ifølge bemærkninger til lovforslaget²¹, at en objektivisering af reglerne om skattefri omstrukturering skulle give selskaber og koncerner en mere enkel adgang til at omstrukturere skattefrit. Dette uddybes ved, at det i bemærkningerne angives, at virksomhederne ville kunne spare administration og ressourcer, samtidig med at der er lettere og hurtigere adgang til at foretage en tilpasning af koncernstrukturen da reglerne betyder, at det for mange virksomheder ikke er nødvendigt at søge SKAT om tilladelse til en skattefri omstrukturering.

Anvendelse af de nye regler om skattefri omstrukturering uden tilladelse, kræver opfyldelse af visse objektive betingelser, der vil blive behandlet særskilt i de efterfølgende gennemgange af de enkelte omstruktureringsmodeller. Såfremt disse betingelser ikke kan opfyldes, kan en skattefri omstrukturering udelukkende gennemføres ved opnåelse af tilladelse fra SKAT jf. ovenstående afsnit. Derimod vil påtænkte omstruktureringer ikke længere være afhængige af, at have en gyldig forretningsmæssig begrundelse, da reglerne om skattefri omstrukturering uden tilladelse netop baserer sig på objektive betingelser. Som nævnt i forrige afsnit omkring skattefrie omstruktureringer med tilladelse fra SKAT, er netop den forretningsmæssige begrundelse et centralt punkt i ansøgning om tilladelse til skattefrie omstruktureringer. Lov nr. 343 af 18. april 2007 har således betydet udvidede muligheder for omstrukturering i de situationer, hvor der ikke kan opnås tilladelse fra SKAT på grund af manglende forretningsmæssig begrundelse.

²¹ Bemærkninger til lovforslag 110, der senere er opdelt i 110 A og 110 B

2.2.2.2 Værnsregler

Ved gennemførelse af skattefri aktieombytning, tilførelse af aktiver eller spaltning uden tilladelse, bliver deltagerne i omstruktureringen omfattet af nogle værnsregler hvis formål er, at varetage nogle af de hensyn som SKAT tager stilling til, ved modtagelse af ansøgning om tilladelse²². Værnsreglerne skal således medvirke til at undgå, at skattefrie omstruktureringer uden tilladelse bruges til skatteundgåelse eller skatteunddragelse.

Værnsreglerne der blev indført med lovforslag L 110 A omfattede bl.a. en udbyttebegrænsning der betød, at skattefriheden for omstruktureringen fortabes, hvis selskabsdeltageren i en 3 års periode efter omstruktureringen modtager skattefrit udbytte af sine aktier i det modtagende selskab, der overstiger selskabsdeltagerens andel af det regnskabsmæssige resultat før skat og ekstraordinære poster. Derudover indeholdte lovforslaget en værnsregel omkring fastsættelse af anskaffelsestidspunkter på vederlagsaktier der betød, at den udskudte avancebeskatning udløses ved afhændelse indenfor 3 år efter omstruktureringen. I nedenstående afsnit gives under de forskellige former for skattefri omstrukturering uden tilladelse, en nærmere beskrivelse af værnsreglerne med angivelse af formål og baggrund for den enkelte værnsregel.

2.2.2.3 Lov 525 af 12. juni 2009 – Nye regler fra 2010

Med vedtagelsen af lov nr. 525 af 12. juni 2009 er der ændret på reglerne om skattefri omstrukturering. Ændringerne er foranlediget af ophævelsen af 3 års reglen for selskabers skattefrie salg af aktier, samt ophævelsen af 1 års reglen for modtagelse af skattefrit datterselskabsudbytte. Disse ændringer betyder, at en række værnsbestemmelser i reglerne om skattefrie omstruktureringer har mistet deres betydning, hvorfor de er ophævet med virkning fra indkomståret 2010. Derudover betyder ophævelsen af 3 års reglen for selskabers skattefrie salg af aktier, at selskaber kan sælge datterselskabsaktier skattefrit uanset ejertid. Dette betyder at der i en række tilfælde vil kunne foretages koncerninterne omstruktureringer, blot ved at et selskab sælger aktierne i datterselskabet skattefrit til et andet koncernselskab.

Da det imidlertid forsat ikke ønskes, at reglerne om skattefri omstrukturering skal anvendes til at omlægge skattepligtige aktivitets- og aktiesalg til skattefrie aktiesalg, er der indført et sæt nye værnsregler.

²² Jf. Fusionsskattedirektivet 90/434/EØF, ifølge hvilken en skattefri omstrukturering kan tilsidesættes, såfremt hovedformålet eller et af hovedformålene er skatteunddragelse eller skatteundgåelse

De objektiviserede regler om skattefri omstrukturering uden tilladelse opretholdes, men de hidtidige regler²³ om skattefri aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver uden tilladelse fra SKAT ændres. Den mest markante ændring er, at de meget komplicerede regler om udbyttebegrænsning ophæves og erstattes af et ejertidskrav.

Således er der fra indkomståret 2010 ikke længere begrænsninger for, hvor meget der kan udloddes skattefrit fra de deltagende selskaber efter omstruktureringen. I stedet indføres et "ejertidskrav", hvorefter skattefriheden ved omstruktureringen er betinget af, at vederlagsaktierne ikke afstås i en periode på 3 år efter vedtagelsen af omstruktureringen. Der er dog inden for 3 års perioden mulighed for efterfølgende at foretage skattefrie omstruktureringer, såfremt der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier. I så fald fortsætter det oprindelige ejertidskrav i den resterende løbetid, samtidig med at den nye omstrukturering, alt afhængig af omstændighederne, medføre et nyt ejertidskrav.

Hvis aktierne afstås inden for 3 år efter omstruktureringstidspunktet, og det ikke sker som led i en efterfølgende skattefri omstrukturering, hvor der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier, bliver den oprindelige omstrukturering skattepligtig, og der skal eventuelt ske genoptagelse af skatteansættelsen for tidligere år.

Ejertidskravet gælder også for omstruktureringer uden tilladelse, der gennemføres før indkomståret 2010, hvis vedtagelsen af omstruktureringen sker den 22. april 2009 eller senere. Begrundelsen herfor er efter bemærkningerne, at der ellers ville være mulighed for at sælge aktier modtaget ved en skattefri omstrukturering efter kort tid uden skattemæssige konsekvenser. I bemærkningerne nævnes udtrykkeligt, at når de nye regler træder i kraft i indkomståret 2010, vil aktier modtaget ved skattefrie omstruktureringer uden tilladelse efter de nugældende regler²⁴, som er vedtaget før den 22. april 2009, hverken være omfattet af udlodningsbegrænsning eller af ejertidskrav. Denne bemærkelsesværdige ændring medfører således, at selskaber, der har gennemført skattefrie omstruktureringer uden tilladelse forud for den 22. april 2009, er fritaget for alle restriktioner med hensyn til udbytteudlodninger, salg m.v. fra og med indkomståret 2010.

Ud over ovennævnte ændringer i vænsregler vedrørende udbyttebegrænsning og ejertidskrav, har skattereformen, og ønsket om at harmonisere selskabers aktie- og udbyttebeskatning der foranledigede lov nr. 525 af 12. juni 2009, endvidere medført en introduktion af begreberne porteføljeaktier, datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier. Med disse begreber er der indført

²³ Lov nr. 343 af 18. april 2007 – vedtaget på baggrund af lovforslag L 110 A

²⁴ L 110 A – Lov nr. 343 af 18. april 2007

en særlig regel om beskatning i tilfælde af, at en skattefri omstrukturering medfører statusskifte. Hermed menes overgang fra porteføljeaktier til datterselskabsaktier/koncernselskabsaktier eller omvendt.

Det nye holdingkrav vil blive uddybet i nedenstående afsnit, hvorefter kravet kun kort vil blive berørt under gennemgangen af de enkelte omstrukturingsmodeller.

2.2.2.4 Holdingkravet

Som nævnt indledningsvist er en af de mest markante ændringer som skattereformen har medført, at de komplicerede regler om udbyttebegrænsning er ophævet, og i stedet erstattet af et ejertidskrav. Ejertidskravet, eller holdingkravet som det også betegnes, gælder for skattefri aktieombytning, skattefri tilførsel af aktiver og skattefri spaltning uden tilladelse.

Holdingkravet er næsten enslydende for aktieombytninger og tilførsel af aktiver. Ved skattefrie aktieombytninger uden tilladelse er det således, som udgangspunkt, en betingelse for skattefriheden, at det erhvervende selskab ikke afstår aktierne i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet jf. ABL § 36, stk. 6, 3. pkt. Med ombytningstidspunktet menes den dato, hvor aktieombytningen endeligt vedtages i det erhvervende selskab. Ejertidskravet løber dermed fra dette tidspunkt. Det gælder også, hvor der er tale om en masseombytning, og hvor der er fastsat en længere ombytningsperiode, inden for hvilken de enkelte aktionærer i det erhvervede selskab individuelt kan vælge at acceptere ombytningstilbuddet.

Tilsvarende gælder det ved skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, at skattefriheden er betinget af, at det indskydende selskab ikke afstår aktierne i det modtagende selskab i en periode på 3 år efter vedtagelsen af tilførslen jf. FUL § 15 c, stk. 1, 5. pkt. Tilførselstidspunktet er det tidspunkt, hvor transaktionen gennemføres, dvs. stiftelsestidspunktet eller kapitaludvidelsestidspunktet. Dette gælder også, selv om transaktionen principielt kan tillægges tilbagevirkende kraft.

Holdingkravet ved skattefrie spaltninger uden tilladelse fremgår af FUL § 15 a, stk. 1, 5. pkt. og adskiller sig en smule fra de holdingkrav, der stilles ved skattefri aktieombytning og skattefri tilførsel af aktiver. Holdingkravet gælder nemlig kun for selskabsaktionærer, der efter spaltningen ejer mindst 10 % af kapitalen i et af de deltagende selskaber. Sådanne selskabsaktionærer må ikke afstå aktier i det eller de pågældende selskaber i en periode på 3 år efter vedtagelsen af spaltningen.

Modsat de foregående omstruktureringsmodeller, aktieombytning og tilførsel af aktiver, kan der ved spaltninger være fysiske personer involveret, f.eks. i tilfælde hvor det spaltede selskab ejes af både et selskab og en fysisk person. Fysiske personer er ikke underlagt holdingkravet, da disse avancebeskattes efter de almindelige regler i ABL. Lader en fysisk person sit selskab spalte skattefrit, kan personen efterfølgende sælge aktierne i de deltagende selskaber, uden at spaltningen af den grund bliver skattepligtig.

Kombinationen af holdingkrav for aktionærer der er selskaber, og intet holdingkrav for aktionærer der er fysiske personer, giver anledning til forsigtighed ved efterfølgende dispositioner i forbindelse med spaltninger, hvor det indskydende/ophørende selskabs aktionærer er både selskaber og fysiske personer. Dette skyldes, at selskabsaktionærens efterfølgende salg af aktier omfattes af holdingkravet, der dermed vil gøre spaltningen skattepligtig, ikke kun vil ramme selskabet selv, men også de fysiske personer. Det er i sådanne situationer derfor vigtigt at de fysiske personaktionærer sikrer sig mod, at selskabsaktionæren ved et salg fremprovokerer at skattefriheden for spaltningen fortabes.

Fælles for disse omstruktureringsformer er, at såfremt der inden for 3 år efter omstrukturen sælges aktier omfattes af holdingkravet, bliver omstrukturen skattepligtig. SKAT skal senest 1 måned efter salget have oplysning om et eventuelt salg af aktierne²⁵.

2.2.2.4.1 Efterfølgende skattefrie omstruktureringer

Som nævnt ovenfor er det kun, som udgangspunkt, en betingelse for skattefriheden, at der ikke sker afståelse af aktier omfattes af holdingkravet i en periode på 3 år efter omstrukturen. Dette skyldes at der, med henblik på at respektere den dynamiske virkelighed, er en række undtagelser til holdingkravet.

For aktieombytnings vedkommende er det således muligt, efterfølgende at foretage skattefrie omstruktureringer af det erhvervende eller erhvervede selskab uanset holdingkravet i ABL § 36, stk. 6, 3. pkt. Ifølge ABL § 36, stk. 6, 4. pkt., kan aktier i det erhvervede selskab i treårsperioden afstås i forbindelse med en skattefri omstrukturering (spaltning, tilførsel af aktiver, fusion eller yderligere ombytning) af det erhvervende eller det erhvervede selskab, hvis der ved denne efterfølgende omstrukturering ikke sker vederlæggelse med andet end aktier. Det erhvervende selskab vil således ikke i relation til betingelsen i ABL § 36, stk. 6, 3. pkt., blive anset for at have afstået aktierne i det erhvervede selskab, hvis for eksempel:

²⁵ Jf. ABL § 36, stk. 7, 2. pkt. ved aktieombytning, FUL § 15 c, stk. 7, 2. pkt. ved tilførsel af aktiver og FUL § 15 a, stk. 7, 2. pkt. ved spaltning

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

I sådanne tilfælde, hvor der efter en skattefri aktieombytning uden tilladelse gennemføres en skattefri omstrukturering, vil holdingkravet vedrørende aktieombytningen i sin restløbetid blive videreført og finde anvendelse på selskabsdeltageren, henholdsvis det eller de deltagende selskaber i den efterfølgende omstrukturering jf. ABL § 36, stk. 6, 4. og 5. pkt. Dette betyder, at aktierne i et selskab efter omstændighederne både kan være omfattet af et holdingkrav vedrørende den forudgående aktieombytning, og af et nyt holdingkrav vedrørende den efterfølgende skattefrie omstrukturering

Såfremt sådanne aktier sælges inden udløbet af restløbetiden af holdingkravet vedrørende den forudgående aktieombytning, vil både aktieombytningen og den efterfølgende omstrukturering blive skattepligtige. Hvis aktierne derimod sælges efter udløbet af restløbetiden af holdingkravet vedrørende den forudgående aktieombytning, men inden udløbet af holdingkravet vedrørende den efterfølgende skattefrie omstrukturering, vil det kun være den efterfølgende omstrukturering der bliver skattepligtig.

Formålet med denne videreførelse af holdingkravet til efterfølgende omstruktureringer er at sikre, at betingelsen i ABL § 36, stk. 6, 3. pkt., ikke kan omgås ved at gennemføre flere skattefrie omstruktureringer i forlængelse af hinanden med det formål at omgå en avancebeskatning.

Tilsvarende bestemmelser er indsat i FUL § 15 c, stk. 1, 6. og 7. pkt. vedrørende tilførsel af aktiver og i FUL § 15 a, stk. 1, 6. og 7. pkt. vedrørende spaltning.

2.2.2.4.2 Reparation

Skulle det alligevel ske, at det erhvervende henholdsvis det indskydende eller fortsættende selskab, alligevel afstår vederlagsaktier inden for 3 år efter omstruktureringen, og dette ikke sker som et led i en efterfølgende skattefri omstrukturering, bliver omstruktureringen skattepligtig, og vederlagsaktierne vil blive anset for afstået til tredjemand på ombytningstidspunktet henholdsvis tilførselstidspunktet eller spaltningstidspunktet. Aktionærerne kan dog undgå dette, ved efterfølgende at ansøge om tilladelse hos SKAT til den foretagne omstrukturering.

Hvis skattefriheden herefter skal opretholdes, vil det dermed skulle sandsynliggøres over for SKAT, at omstruktureringen og den efterfølgende afståelse af vederlagsaktierne er forretningsmæssigt begrundet²⁶. Afgørelsen heraf vil bero på en samlet konkret vurdering.

2.2.2.4.3 Statusskifte

Som tidligere nævnt har skattereformen medført en introduktion af begreberne porteføljeaktier, datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier²⁷. Med disse begreber er der indført en ny bestemmelse om beskatning i tilfælde af, at en skattefri omstrukturering medfører skift i skattemæssig status. Hermed menes overgang fra porteføljeaktier til datterselskabs- eller koncernselskabsaktier eller omvendt.

Den ny bestemmelse er indsat i ABL § 33 A, og det følger heraf, at aktier der skifter skattemæssig status, skal anses for afstået og anskaffet igen på tidspunktet for skiftet af den skattemæssige status, til handelsværdien på dette tidspunkt. Ved statusskift fra porteføljeaktier til datterselskabs- eller koncernselskabsaktier anses de hidtidige porteføljeaktier for afstået til handelsværdien på tidspunktet for skift af skattemæssig status. Omvendt vil statusskifte fra datterselskabs- eller koncernselskabsaktier til porteføljeaktier betyde, at de hidtidige datterselskabs- eller koncernselskabsaktier vil blive anset for afstået skattefrit²⁸, og de pågældende aktier vil samtidig få tillagt en ny anskaffelsessum i form af handelsværdien på tidspunktet for skift af skattemæssig status.

I de tilfælde, hvor en skattefri aktieombytning er gennemført uden tilladelse, og hvor de aktier der er underlagt holdingkravet, efterfølgende skifter skattemæssig status, vil aktierne ikke i relation til holdingkravet i ABL § 36, stk. 6, 3. pkt., blive anset for afstået, og aktieombytningen vil således ikke blive skattepligtig på grund af statusskiftet²⁹. Dette ændrer dog ikke ved, at der sker beskatning af de aktier, der skifter status fra porteføljeaktier til datterselskabs-/koncernselskabsaktier. Tilsvarende bestemmelse gælder for tilførsel af aktiver og spaltning³⁰.

²⁶ Se afsnit 2.2.1.1 – forretningsmæssig begrundelse

²⁷ Se afsnit 2.2.2.3

²⁸ Jf. ABL § 8

²⁹ Jf. bemærkningerne til L 202, § 1, nr. 48 og 49

³⁰ Jf. bemærkningerne til L 202, § 8, nr., 7 om spaltning og § 8, nr. 12 om tilførsel af aktiver

2.3 Skattefri aktieombytning

Nedenfor vil de skattemæssige regler omkring skattefri aktieombytning med og uden tilladelse fra SKAT blive gennemgået, ligesom der vil blive redegjort for de skattemæssige konsekvenser for de involverede parter. Indledningsvist vil de selskabsretlige regler vedrørende aktieombytning kort blive behandlet, for at danne det selskabsretlige fundament for den videre analyse.

2.3.1 Aktieombytning – selskabsretlige regler

En aktieombytning gennemføres ved, at aktionæren eller aktionærerne i det eksisterende selskab modtager aktier i det nye selskab, som bliver indskudt mellem aktionærerne og det eksisterende selskab. Aktieombytningen kan også ske til et eksisterende selskab. Aktionærerne skal i så fald vederlægges med nyudstedte aktier i det eksisterende selskab eventuelt suppleret med et kontant vederlag.

Der findes ingen egentlige selskabsretlige regler i Selskabsloven der omhandler krav til en aktieombytning, som der eksempelvis gør for spaltninger. Der er dog krav til, at udstedelse af aktier til aktionærerne i det erhvervende selskab følger reglerne i Selskabsloven, hvilket almindeligvis sker via en kapitalforhøjelse³¹ eller via nystiftelse af et selskab ved apportindskud, som gennemgås nærmere i nedenstående afsnit omkring tilførsel af aktiver.

En aktieombytning bliver selskabsretligt anset for indskud af værdier mod vederlag i aktier samt eventuelt delvis kontantvederlag i det modtagende selskab, hvilket med andre ord vil sige apportindskud. Hvis der sker nystiftelse i forbindelse med ombytningen, er det ikke muligt at yde kontant vederlag.

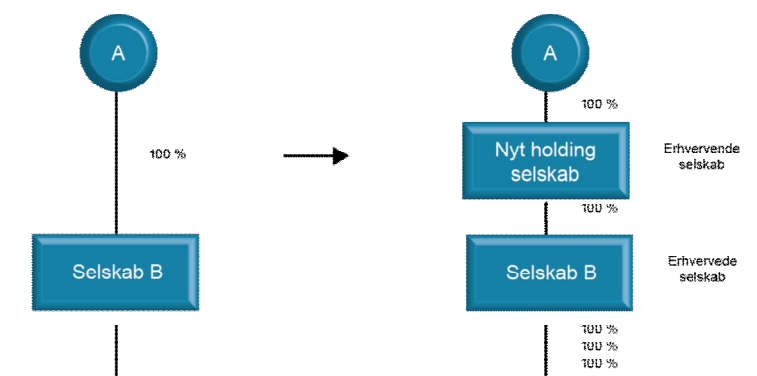
Aktieombytning til et samtidigt stiftet selskab er i praksis den mest anvendte måde at oprette holdingselskaber på. Det der indskydes er en aktiepost, og såfremt det erhvervende selskabs nominelle kapital er mindre end værdien af det indskudte selskab, vil der for aktieselskaber skulle indregnes overkurs ved stiftelsen. Der skal foreligge en vurderingsberetning ved nystiftelse af et selskab ved apportindskud, hvilket også er tilfældet ved apportindskud i eksisterende selskab³².

³¹ Jf. SEL kapitel 10

³² Jf. SEL § 36 – med mindre de indskudte aktiver er omfattet af SEL § 38

Såfremt ombytningen sker til et eksisterende selskab, medfører dette selskabsretligt en kapitaludvidelse i det erhvervende selskab, som skal vedtages på generalforsamlingen³³. Ved en aktieombytning til et eksisterende selskab er der tale om en forhøjelse, hvor de nye aktier indbetales i andre værdier end kontanter (apportindsud), hvorfor også SEL § 160 skal iagttages.

Nedenstående figur illustrerer en simpel aktieombytning til et nystiftet selskab, således at der opnås en holdingstruktur³⁴:



2.3.2 Skattefri aktieombytning med tilladelse

En aktieombytning kan i henhold til ABL gennemføres skattefrit³⁵ efter bestemmelserne i FUL §§ 9 og 11. Gennemførelsen af en skattefri aktieombytning i henhold til ABL § 36, stk. 1³⁶ kræver tilladelse fra SKAT³⁷.

En aktieombytning bliver i henhold til ABL § 36, stk. 2 defineret således:

³³ Jf. SEL § 154

³⁴ I figurer der anvendes til illustration af selskabskonstruktioner vil personer være symboliseret med en cirkel mens selskaber symboliseres med en firkant. Hvor andet ikke er oplyst, vil angivelse af % i figurer være et udtryk for såvel ejerandele som stemmeandele.

³⁵ Betegnelsen "skattefrit" anvendes i henhold til almindeligt anvendt terminologi om det forhold, at der sker en skatteudskydelse ved anvendelsen af reglerne i FUL grundet succession

³⁶ Før vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009 havde det været nok at referere til ABL § 36 i relation til aktieombytning med tilladelse fra SKAT, da aktieombytning uden tilladelse blev reguleret i ABL 36 A. Med vedtagelsen af loven blev § 36 A ophævet, og bestemmelsen om aktieombytning uden tilladelse fra SKAT indført i ABL § 36, stk. 6.

³⁷ Jf. afsnit 2.3.3 om skattefri aktieombytning uden tilladelse fra SKAT efter ABL § 36, stk. 6.

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

De i definitionen omtalte aktionærer kan være såvel selskaber som personer. Ved en aktieombytning anvendes begrebet ”erhvervende selskab” om det selskab, der erhverver ejerandele i ét selskab, mod at aktionæren i dette selskab modtager aktier i det erhvervende selskab. Begrebet ”erhvervede selskab” anvendes derimod om det selskab som det erhvervende selskab modtager aktier i. En aktieombytning i den mest simple, og oftest anvendte form, fremgår af ovenstående figur 1, hvor der ved aktieombytningen indskydes et nystiftet holdingselskab mellem den personlige aktionær og det 100 % ejede selskab, hvorved det nystiftede (erhvervende) selskab overtager besiddelsen af aktierne i det erhvervede selskab.

Ved en aktieombytning efter ABL § 36, stk. 2 er det ikke et krav, at det erhvervende selskab ejer alle aktierne i det erhvervede selskab efter ombytningen. Der er dog et krav om, at det erhvervende selskab efter ombytningen har flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab, og at de deltagende selskaber er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat af EU eller svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemhørende i lande uden for EU.

Jævnfør definitionen i ABL § 36, stk. 2 er det et krav, at vederlaget for aktieombytningen sker i nye aktier, og i en eventuel kontant udligningssum. Kravet om vederlæggelse i nye aktier, er ved aktieombytning til et nystiftet selskab pr. definition opfyldt. Hvis der derimod sker ombytning til et eksisterende selskab, skal der foretages en kapitalforhøjelse med nyudstedelse af aktier ved ombytningen.

Kontant vederlæggelse kan udgøre en større eller mindre del af vederlaget, dog aldrig hele vederlaget, da der ved aktieombytning pr. definition skal ske delvis vederlæggelse i aktier. Ved delvis kontantvederlæggelse sker der ikke succession for den del af vederlaget, der ydes kontant. Den andel af kursværdien ved ombytningen der vederlægges kontant, vil således være underlagt afståelsesbeskatning efter reglerne i ABL³⁸.

³⁸ Selskaber der ejer mindst 10 % vil ikke være skattepligtig af et eventuelt kontantvederlag efter ABL § 8, mens selskaber der ejer under 10 % i et andet selskab vil være skattepligtig efter ABL § 9

En yderligere betingelse er ifølge ABL § 36, stk. 4, at den samlede ombytningsperiode ikke må overskride en periode på 6 måneder regnet fra den første ombytningsdag. Den første ombytningsdag er den dag, hvor det først er tilbudt til det erhvervede selskab at foretage ombytningen. En aktieombytning kan ikke ske med tilbagevirkende kraft, men SKAT kan forlænge fristen for 6 måneders perioden.

2.3.2.1 Vederlæggelse til handelsværdi

Det er en betingelse for at kunne foretage en skattefri aktieombytning med, såvel som uden tilladelse, at ombytningen sker til handelsværdi. Det vil sige, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier³⁹.

Årsagen til denne betingelse er at sikre, at der ikke sker en skævdeling af værdierne mellem aktionærerne ved ombytningen, og dermed at forhindre at aktieombytningen anvendes til at foretage en skattefri omfordeling af værdierne i selskaber med flere aktionærer. Bestemmelsen er særlig rettet mod de tilfælde, hvor der er flere aktionærer som er interesseforbundne, f.eks. på grund af familiære relationer.

Ved ombytning til et nystiftet selskab, hvor aktionærerne alene vederlægges med aktier i det nystiftede selskab, er kravet om vederlæggelse til handelsværdi pr. definition opfyldt⁴⁰, men derimod kan kravet give nogle praktiske problemstillinger, i relation til fastlæggelsen af handelsværdien ved ombytning til et eksisterende selskab.

Da omstændighederne omkring aktieombytningen skal anføres i ansøgning, skal opgørelsen af handelsværdien af de ombyttede aktier ligeledes fremgå af ansøgningen, og SKAT vil således i forbindelse med behandlingen af denne, tage stilling til den opgjorte handelsværdi. Kan SKAT ikke godkende denne, vil det ikke være muligt at få tilladelse til den skattefrie aktieombytning.

2.3.2.2 Forretningsmæssig begrundelse

Som nævnt i afsnit 2.2.1.1 skal ansøgningen til SKAT, om tilladelse til skattefri aktieombytning, være konkret forretningsmæssigt begrundet med årsagen til aktieombytningen. Dette betyder at aktieombytningen ikke må have skatteunddragelse som hovedformål.

³⁹ Denne bestemmelse er ikke lovfæstet i nogen § men er fast praksis. Se f.eks. SKM2008.281.SR

⁴⁰ Jf. Skatteministeriets bekræftelse heraf i hørings svar 1 til FSR – SAU alm. del bilag 47

Etablering af en holdingstruktur vil ofte være målet for en aktieombytning. En ofte anvendt form for aktieombytning, er indskydelsen af et holdingselskab mellem en personlig aktionær og et 100 % ejet selskab der, i fravær af anden begrundelse, må anses for alene at have til formål af undgå aktieavancebeskatning hos den personlige aktionær, ved en senere afhændelse af det oprindelige selskab. Det er dog ikke udelukket, at der gives tilladelse til en aktieombytning, hvor en personlig aktionærs interesser tilgodeses. Det fremgår direkte af Ligningsvejledningen⁴¹, at en personlig aktionærs erhvervsmæssige interesser kan indgå i den forretningsmæssige begrundelse for en aktieombytning. Dette forhold kan dog ikke stå alene men kan indgå i bedømmelsen, såfremt det skyldes at der er tale om et sammenfald mellem selskabets og den personlige aktionærs erhvervsmæssige interesser.

Ønsket om at skabe en holdingstruktur kan være begrundet i forskellige forhold. En forretningsmæssig begrundelse kan eksempelvis være ønsket om at samle forskellige driftsaktiviteter under ét holdingselskab, med de fordele for koncernen som dette medfører. Det må her forventes at SKAT vil have en konkret begrundelse for, hvorfor det ønskes at driftsselskaberne skal ligge under samme holdingselskab. Dette skyldes, at alternativet ellers kunne være, at driftsselskaberne var personligt ejede, hvorfor det skal godtgøres at det ikke er af hensyn til aktionærens personlige interesser, at aktieombytningen ønskes foretaget. En gyldig forretningsmæssig begrundelse kan i dette tilfælde være ønsket om at opnå fordele med hensyn til risikoafgrænsning mellem forskellige driftsaktiviteter, samtidig med muligheden for at opsamle likviditet i holdingselskabet via udbytteudlodninger, som er nødvendigt for udvidelse af nuværende aktiviteter eller etablering af nye. Ønsket om adskillelse af driftsrisiko og opsparing er plausible begrundelser i en konkret ansøgning til SKAT, og det fremgår da også direkte af Ligningsvejledningen, at etablering af en holdingstruktur kan være "...hensigtsmæssig og væsentlig for den pågældende virksomhed af drifts- og likviditetsmæssige årsager⁴²". Forholdene skal dog i givet fald begrundes yderligere.

Etablering af en holdingstruktur kan også være begrundet i forberedelse til et generationsskifte og/eller en udvidelse af ejerkredsen, eksempelvis med ledende medarbejdere i selskabet. Med muligheden for at foretage løbende udlodninger til et holdingselskab bliver driftsselskabets egenkapital reduceret, hvilket vil mindske kravet til finansieringen hos eksempelvis medarbejdere, der skal indtræde i ejerkredsen. Et generationsskifte udgør rent terminologisk som udgangspunkt en forretningsmæssig begrundelse i Fusionsskattelovens forstand⁴³, men i ovenstående eksempel

⁴¹ Jf. LV S.G.18.5.2

⁴² LV S.G.18.5.2 under "Konkret begrundet ansøgning"

⁴³ Jf. TfS 1996.899 DEP

kan der ligge en udfordring i at begrunde og dokumentere, hvorfor det er af hensyn til selskabets interesser, og ikke den personlige aktionærs, at de løbende udbytteudlodninger ønskes samlet i et holdingselskab, og ikke udloddet direkte til den personlige aktionær med aktieindkomstbeskatning til følge.

Ud over ovenstående krav til forretningsmæssig begrundelse, kan SKAT stille yderligere betingelser for at give tilladelse til en skattefri aktieombytning⁴⁴.

2.3.2.3 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri aktieombytning med tilladelse

Umiddelbart skulle man ikke mene, at begrebet "skattefri aktieombytning" har nogen skattemæssige konsekvenser for de involverede parter, men sådan forholder det sig ikke helt. Selve transaktionen udløser ikke umiddelbart i sig selv nogen skat, men den har konsekvenser for de involverede parters skatteforhold i relation til anskaffelsessummer og - tidspunkter mv.

Årsagen til at der opnås skattefrihed (skatteudskydelse) ved en aktieombytning med tilladelse er, at der sker succession på aktionærsiden i henhold til ABL § 36. Derved undgår aktionærene beskatning ved afståelsen af aktierne i det erhvervede selskab på tidspunktet for ombytningen.

Successionsprincippet medfører, at aktionæren i det erhvervede selskab ikke anses for at have afstået aktierne ved ombytningen, såfremt denne ikke vederlægges med andet end aktier i det erhvervende selskab⁴⁵. En eventuel avancebeskatning vil først ske, når aktierne i det erhvervende selskab senere reelt afhændes, medmindre dette igen sker med succession. Aktierne i det erhvervende selskab anses for erhvervet med samme hensigt som aktierne i det erhvervede selskab⁴⁶.

2.3.2.3.1 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervende selskab

Successionen betyder for de oprindelige aktionærer, at de nye aktier i det erhvervende selskab anses for anskaffet på samme tidspunkt og til samme anskaffelsessum som de oprindelige aktier i det erhvervede selskab jf. ABL § 36, stk. 1, jf. FUL § 11. Dette gælder uanset om der er tale om ombytning til et nystiftet selskab eller til et eksisterende selskab.

⁴⁴ Jf. afsnit 2.2.1.2 for yderligere om vilkår der kan stilles af SKAT ved tilladelse til skattefrie aktieombytninger

⁴⁵ FUL § 9, stk. 1

⁴⁶ Dette gælder eksempelvis, hvis der er tale om næringsaktier jf. LV S.G.18.1

2.3.2.3.2 Anskaffessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervede selskab

Det erhvervende selskab får en anskaffessum på aktierne i det oprindelige (erhvervede) selskab, der svarer til handelsværdien på tidspunktet for aktieombytningen. Anskaffestidspunktet for aktierne er tilsvarende ombytningstidspunktet. Fastsættelsen af anskaffessummen til handelsværdi på ombytningstidspunktet følges op af, at der i så godt som alle tilladelser til skattefrie aktieombytninger bliver stillet et 3 års anmeldelsesvilkår, som medfører at skattefriheden er betinget af, at aktierne i det erhvervede selskab ikke afhændes indenfor 3 år. Såfremt dette vilkår ikke blev stillet, kunne aktierne i det erhvervede selskab afhændes umiddelbart efter ombytningen, med en lille eller slet ingen skattepligtig avance.

2.3.2.3.3 Øvrige forhold

Ud over ovenstående forhold, skal aktionærerne ligeledes være opmærksomme på de sambeskatningsforhold der etableres henholdsvis ophører ved aktieombytningen, i overensstemmelse med lovgivningens bestemmelser herom. I den forbindelse kan det være fordelagtigt at planlægge tidspunktet for ombytningen, da aktieombytninger som tidligere nævnt ikke kan ske med tilbagevirkende kraft jf. ABL § 36, stk. 4.

Ved skattefri aktieombytning til et eksisterende selskab, kan det være fordelagtigt at gennemføre aktieombytningen på skæringsdagen for det erhvervende selskabs regnskabsår. Det skyldes, at der jf. SEL § 31, stk. 3 er krav om udarbejdelse af skattemæssige periodeopgørelser, i de tilfælde hvor der etableres koncernforbindelse med obligatorisk national sambeskatning til følge. Ved at planlægge forløbet af aktieombytningen, kan selskaberne således undgå at bruge ressourcer på sådanne periodeopgørelser.

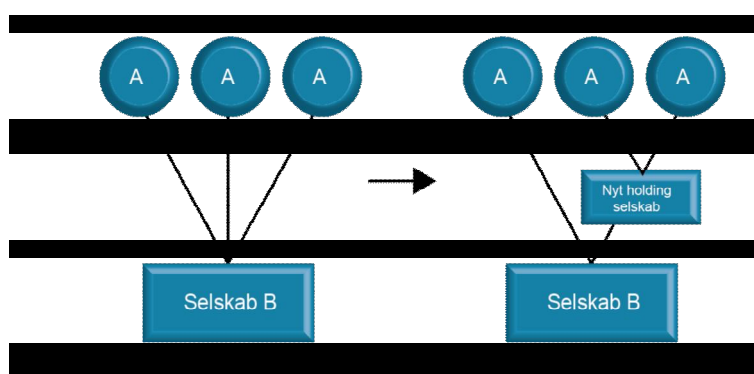
I de tilfælde hvor der sker aktieombytning til et nystiftet selskab, anses koncernforbindelsen for etableret ved indkomstårets begyndelse, hvorfor der i disse situationer ikke skal udarbejdes skattemæssige periodeopgørelser.

Skattemæssige underskud fra tidligere år fortabes ikke i forbindelse med en skattefri aktieombytning, men der kan ikke ske modregning i det erhvervende selskabs indkomst. Underskuddet bliver således et særunderskud i det erhvervede selskab, med mindre der er tale om en koncernintern aktieombytning, hvor underskuddet er opstået i den periode, hvor det erhvervende og erhvervede selskab har været sambeskattet. I så fald vil der ikke være nogen begrænsning i udnyttelsen af fremførte underskud fra tidligere år

2.3.2.4 Aktieombytning ved flere aktionærer

Ved gennemførelse af en skattefri aktieombytning med tilladelse i en situation, hvor der er mere end én aktionær i det erhvervede selskab, er det nogle særlige forhold der skal iagttages.

Det er ikke et krav, at alle aktionærer i det erhvervede selskab deltager i aktieombytningen, og det er således ikke en hindring for aktieombytningen, at en enkelt aktionær ønsker at beholde sine aktier i det erhvervede selskab og dermed står uden for aktieombytningen. Jf. ABL § 36, stk. 2 er det dog et krav, at det erhvervende selskab ved ombytningen opnår flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab. En aktieombytning kan således kun foretages skattefrit efter ABL § 36, såfremt aktionærer der tilsammen besidder majoriteten af stemmerne i selskabet deltager i ombytningen. Nedenstående figur 2 viser en aktieombytning med deltagelse af to ud af tre personlige aktionærer. Aktionærerne ejer lige store andele af selskabskapitalen, og har lige store stemmeandele, hvorfor aktieombytningen kan gennemføres skattefrit i henhold til ABL § 36 for de to deltagende aktionærer, da det erhvervende selskab vil opnå flertallet af stemmerne i selskab B.



I forbindelse med en aktieombytning med flere aktionærer i det erhvervede selskab, kan der ligeledes opstå den situation, at alle aktionærerne ønsker at deltage i ombytningen, men ikke alle ønsker at gennemføre den skattefrit efter reglerne i ABL § 36. Såfremt en aktionær ønsker at gennemføre aktieombytningen skattepligtigt, det vil sige med afståelsesbeskatning til følge, kan de resterende aktionærer stadig anvende reglerne i ABL § 36. Ved deltagelse af flere aktionærer i en aktieombytning, skal reglerne i ABL § 36, stk. 4, der foreskriver at transaktionerne skal gennemføres inden for en periode på højst 6 måneder regnet fra den første ombytningsdag, iagttages.

2.3.3 Skattefri aktieombytning uden tilladelse

Som alternativ til at gennemføre en skattefri aktieombytning med tilladelse, giver ABL § 36, stk. 6⁴⁷ mulighed for at gennemføre en skattefri aktieombytning uden forudgående tilladelse fra SKAT. Definitionen af en aktieombytning efter ABL § 36, stk. 6 er den samme som ved en skattefri aktieombytning med tilladelse⁴⁸.

Som nævnt i afsnit 2.2.2.3 er der med lov nr. 525 af 12. juni 2009 ændret på reglerne om skattefri omstrukturering, herunder således også på reglerne om skattefri aktieombytning uden tilladelse. Baggrunden for ændringerne er de samtidige ændringer vedrørende beskattningen af selskabers udbytter og aktieavancer

Bestemmelserne i ABL § 36 A er blevet ophævet, og i stedet er reglerne vedrørende skattefri ombytning af aktier uden tilladelse blevet flyttet til ABL § 36. Dermed stilles der som udgangspunkt de samme krav, som gælder for skattefri aktieombytning med tilladelse, da det fremgår af ABL § 36 stk. 6, at ombytning af aktier efter stk. 1-5 kan gennemføres, uden at der er opnået tilladelse hertil fra SKAT.

Ved en skattefri aktieombytning uden tilladelse er det således ikke efter ABL § 36, stk. 2 et krav, at det erhvervende selskab ejer alle aktierne i det erhvervede selskab efter ombytningen, men at det erhvervende selskab efter ombytningen har flertallet af stemmerne i det erhvervede selskab, og at de deltagende selskaber er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat af EU eller svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemhørende i lande uden for EU.

Ligeledes er det et krav jf. ABL § 36, stk. 2, at vederlaget for aktieombytningen sker i nye aktier og i en eventuel kontant udligningssum, samt at den samlede ombytningsperiode jf. ABL § 36, stk. 4, ikke må overskride en periode på 6 måneder regnet fra den første ombytningsdag.

⁴⁷ Med vedtagelsen af Lov nr. 343 af 18. april 2007 blev bestemmelsen om skattefri aktieombytning uden tilladelse indført i ABL § 36 A. Denne paragraf er med vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009 ophævet og bestemmelsen flyttet til ABL § 36, stk. 6

⁴⁸ Jf. afsnit 2.3.2 Skattefri aktieombytning med tilladelse for uddybning af definitionen og begreber heri samt illustration af en simpel aktieombytning

Når det nævnes, at der som udgangspunkt er de samme krav til skattefrie aktieombytninger med og uden tilladelse skyldes det, at der er indført et særligt ejertidskrav for en skattefri aktieombytning uden tilladelse jf. ABL § 36 stk. 6, hvorefter skattefriheden ved ombytningen er betinget af, at aktionærer, der efter ombytningen ejer mere end 10 % af kapitalen i de deltagende selskaber, ikke afstår de modtagne aktier i en periode på 3 år efter vedtagelsen af omstruktureringen. Der er dog inden for 3 års perioden mulighed for, efterfølgende at foretage skattefrie omstruktureringer, såfremt der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier. I så fald fortsætter det oprindelige ejertidskrav i den resterende løbetid, samtidig med at den nye omstrukturering, alt afhængig af omstændighederne, kan medføre et nyt ejertidskrav. Ejertidskravet, eller "holdingkravet" som det ofte betegnes, vil blive beskrevet nærmere i relation til skattefri aktieombytning i nedenstående afsnit 2.3.3.2.3.

Reglerne om skattefrie aktieombytninger med eller uden tilladelse adskiller sig også på andre punkter. I modsætning til en aktieombytning efter ABL § 36, stk. 1, er der ved en aktieombytning uden tilladelse ikke krav om, at ombytningen skal have en gyldig forretningsmæssig begrundelse. Derudover er aktieombytninger uden tilladelse ikke underlagt de samme subjektive regler forud for ombytningen, da SKAT i disse tilfælde ikke skal tage stilling til en ansøgning fra virksomhederne. Deltagerne skal, ved aktieombytninger uden tilladelse, alene opfylde et sæt objektive betingelser for at opnå at ombytningen bliver skattefri, hvilket betyder at deltagerne som udgangspunkt i højere grad på forhånd kan vurdere, om aktieombytningen vil kunne gennemføres skattefrit med de konsekvenser som dette vil medføre.

De efterfølgende betingelser, som deltagerne i en aktieombytning uden tilladelse er underlagt, adskiller sig ligeledes fra en ombytning med tilladelse. De skattemæssige konsekvenser af en skattefri aktieombytning uden tilladelse fremgår direkte af lovgivningen, mens der ved skattefrie aktieombytninger med tilladelse kan blive stillet særlige vilkår til skattefriheden fra SKAT, afhængig af den enkelte omstruktureringssituation og selskabets forhold i øvrigt.

Det erhvervende selskab skal desuden give SKAT oplysning om, at selskabet har deltaget i en skattefri aktieombytning uden tilladelse. Dette skal ske senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført.

2.3.3.1 Vederlæggelse til handelsværdi

Som det er tilfældet ved skattefrie aktieombytninger med tilladelse, er det ligeledes en betingelse for at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse, at ombytningen sker til handelsværdi⁴⁹. Det vil sige, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier. Årsagerne hertil, og de praktiske problemstillinger i relation til opgørelsen af handelsværdien, er de samme som er gældende for skattefrie aktieombytninger med tilladelse, hvorfor der henvises til afsnit 2.3.2.1.

Der er dog den væsentlige forskel mellem tilladelsessystemet og det objektive system, at SKAT ikke tager stilling til den opgjorte handelsværdi, før en eventuel senere ligning af et af de i aktieombytningen deltagende selskaber. Dette er en stor risiko ved det objektive system, da konsekvensen ved at gennemføre en aktieombytning, som ved en senere ligning viser sig ikke at være sket til handelsværdi er, at aktieombytningen bliver skattepligtig. Deltagerne i aktieombytninger uden tilladelse kan derfor i visse tilfælde gøre klogt i, at søge SKAT om et bindende svar på værdiansættelsen af handelsværdien, og dermed fjerne risikoen for, at ombytningen bliver skattepligtig grundet en forkert værdiansættelse af vederlagsaktierne.

Ved aktieombytninger med flere deltagende parter, som kan anses for at være uafhængige og have modstridende interesser, vil der som udgangspunkt ikke være den samme usikkerhed om handelsværdien. Praksis viser dog, at grænsen hvor der reelt er tale om modstridende interesser kan være hårfin, hvorfor det i tvivlssituationer er fornuftigt at indhente et bindende ligningssvar.

2.3.3.2 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri aktieombytning uden tilladelse

I lighed med aktieombytninger med tilladelse, hviler skattefriheden ved aktieombytninger uden tilladelse på successionsprincippet. Hermed er der også efter ABL § 36, stk. 6 tale om, at der reelt sker en skatteudskydelse ved gennemførelse af en skattefri aktieombytning uden tilladelse.

2.3.3.2.1 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervende selskab

Ved en skattefri aktieombytning uden tilladelse vil vederlagsaktierne i det erhvervende selskab skattemæssigt blive anset for anskaffet på samme tidspunkt og til samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier i det erhvervede selskab jf. ABL § 36, stk. 1, jf. FUL § 11. Dette gælder uanset om der er tale om ombytning til et nystiftet selskab eller til et eksisterende selskab.

Anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkt for aktierne i det erhvervende selskab adskiller sig således ikke fra skattefrie aktieombytninger med tilladelse

⁴⁹ Jf. ABL § 36, stk. 6, 2. pkt.

2.3.3.2.2 Anskaffelsessum og -tidspunkt for aktierne i det erhvervede selskab

De med Forårspakken medfølgende ændringerne vedrørende beskatningen af selskabers avancer og udbytter, har haft betydning for fastsættelsen af anskaffelsessum og tidspunkt for det erhvervede selskabs aktier i det erhvervede selskab.

De nye regler indebærer, at det erhvervede selskab uden beskatning vil kunne sælge aktierne i det erhvervede selskab umiddelbart efter aktieombytningen, da 3 års reglen vedrørende selskabers skattefrie salg af aktier ikke længere gælder. Det betyder, at der ikke længere er behov for reglen i den nu ophævede § 36 A, stk. 5 om, at aktierne i det erhvervede selskab var erhvervet på ombytningstidspunktet for den oprindelige anskaffelsessum.

Nu er det i stedet sådan, at aktierne i det erhvervede selskab, på samme vis som det gælder ved skattefri aktieombytning med tilladelse, bliver anset for erhvervet på ombytningstidspunktet til handelsværdien på dette tidspunkt.

2.3.3.2.3 Holdingkrav

Som nævnt indledningsvist i afsnit 2.2.2.4 er det, som udgangspunkt, en betingelse for skattefriheden, at det erhvervede selskab ikke afstår aktierne i det erhvervede selskab i en periode på 3 år efter ombytningstidspunktet.

Formålet med holdingkravet er at forhindre, at adgangen til skattefri aktieombytning uden tilladelse anvendes til at omgå avancebeskatningen, for eksempel hvor en personaktionær, der ønsker at sælge sit driftsselskab, først foretager en skattefri aktieombytning uden tilladelse og derefter lader holdingselskabet sælge driftsselskabet skattefrit.

2.3.3.2.4 Øvrige forhold

Vedtagelsen af lov nr. 525 af 12. juni 2009 har ligeledes haft betydning for andre bestemmelser i relation til skattefri aktieombytning uden tilladelse. Reglerne i den nu ophævede ABL § 36 A, stk. 7 vedrørende udbyttebegrænsning er ikke videreført i det nye regelsæt, men i stedet afløst af det ovenfor beskrevne 3 års holdingkrav. Baggrunden for ændringen er de samtidige ændringer vedrørende beskatningen af selskabers udbytter og aktieavancer

Formålet med udbyttebegrænsningsreglen var at forhindre, at det erhvervede selskab efter gennemførelsen af en skattefri aktieombytning uden tilladelse, blev tømt via udlodning af store skattefrie udbytter til det erhvervede selskab, således at en eventuel aktieavance ved salg af aktierne i det erhvervede selskab umiddelbart efter ombytningen blev elimineret. Som følge af de

ændrede reglerne om beskatningen af selskabers aktieavancer, er bestemmelsen ikke længere nødvendig.

Indførelsen af holdingkravet har også haft betydning for reglerne om fremførsel af realiserede tab på aktier. Reglerne i den nu ophævede ABL § 36 A, stk. 6, der afskar det erhvervende selskab fra at fradrage uudnyttede tab på aktier i gevinst ved afståelse af aktier i det erhvervede selskab, er ikke videreført i det nye regelsæt, ligeledes som en følge af de ændrede regler vedrørende beskatning af selskabers udbytter og aktieavancer.

Formålet med ABL § 36 A, stk. 6, var at undgå, at et selskab, som havde et uudnyttet fradragsberettiget tab på aktier, via reglerne om skattefri omstrukturering uden tilladelse, kunne konvertere en skattepligtig avance ved et salg af hele eller dele af sin virksomhed til en skattepligtig aktieavance, hvori det kildeartsbegrænsede tab på aktier kunne fradrages.

I relation til sambeskatningsforhold og fremførsel af underskud fra tidligere år, er der ingen forskel mellem bestemmelserne i tilladelsessystemet og det objektive system. Der henvises derfor til afsnit 2.3.2.3.3 for en gennemgang heraf.

2.4 Skattefri tilførsel af aktiver

Nedenfor vil de skattemæssige regler omkring skattefri tilførsel af aktiver med og uden tilladelse fra SKAT blive gennemgået, ligesom der vil blive redegjort for de skattemæssige konsekvenser for de involverede parter. Indledningsvist vil de selskabsretlige regler vedrørende tilførsel af aktiver kort blive behandlet, for at danne det selskabsretlige fundament for den videre analyse.

2.4.1 Tilførsel af aktiver – selskabsretlige regler

Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvor et indskydende selskab uden at blive opløst, overdrager den samlede virksomhed, eller en eller flere grene heraf, til et modtagende selskab. Som vederlag for de overdragede aktiver modtager det indskydende selskab aktier i det modtagende selskab. Hermed adskiller tilførsel af aktiver sig fra aktieombytning og spaltning, da det ikke er aktionærene i det indskydende selskab, men det indskydende selskab selv, der vederlægges for overdragelsen.

Overdragelsen kan ske til enten et eksisterende selskab eller til et nystiftet selskab, men vil i begge tilfælde blive betragtet som et apportindskud. Selskabsretligt skal tilførsel af aktiver derfor følge de regler der gælder ved stiftelse eller kapitalforhøjelse ved apportindskud, og bliver således reguleret i henhold til SEL §§ 35, 36 og 37 ved nystiftelse, og i henhold til SEL § 160 ved indskud til et allerede eksisterende selskab.

Beslutningen om at overdrage aktiver fra et indskydende selskab til et modtagende selskab, skal foretages i begge selskaber, såfremt der er tale om tilførsel af aktiver til et eksisterende selskab. Sker der tilførsel af aktiver til et nystiftet selskab, skal beslutningen naturligvis kun tages i det indskydende selskab.

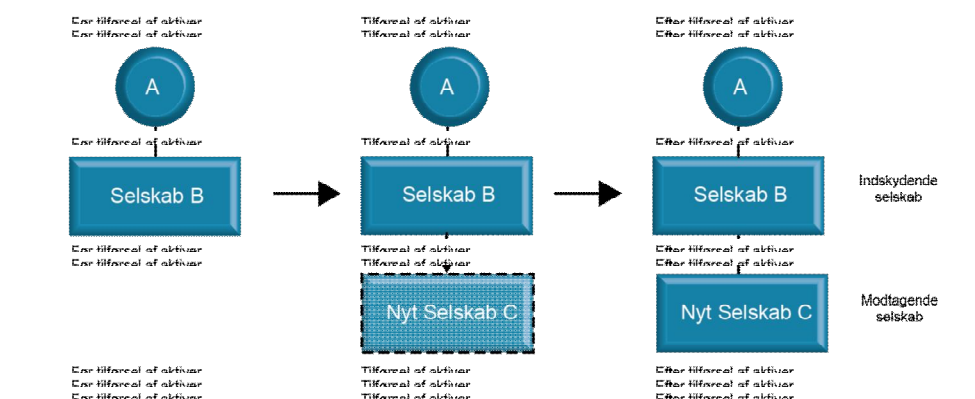
Det afgørende for, hvem der i det indskydende selskab kan tage beslutningen om tilførsel af aktiver er, om transaktionen medfører en vedtægtsændring. Udgør de tilførte aktiver kun en uvæsentlig del af det indskydende selskabs samlede aktiver, vil selskabets centrale ledelsesorgan kunne foretage beslutningen alene. Er der derimod tale om, at en væsentlig andel af selskabets aktiver tilføres et andet selskab, f.eks. at det indskydende selskabs samlede driftsaktivitet overføres til det modtagende selskab, skal beslutningen tages på en generalforsamling, da det indskydende selskab i sådan en situation vil fungere som et holdingselskab efter tilførslen, og det derfor må formodes at selskabets formålparagraf skal ændres.

Ved tilførsel af aktiver til et eksisterende selskab, skal beslutningen tages af det modtagende selskabs generalforsamling, da der med tilførslen skal ske en forhøjelse af selskabets kapital⁵⁰. Forhøjelsen af kapitalen må i henhold til Selskabsloven anses for at være foretaget ved apportindskud, hvorfor reglerne herom skal overholdes.

Kapitalforhøjelser ved apportindskud bliver reguleret i SEL § 160, hvoraf det fremgår at der er krav om udarbejdelse af vurderingsberetning⁵¹, jf. SEL §§ 36 og 37. Disse bestemmelser er også gældende i de tilfælde, hvor der sker tilførsel af aktiver til et nystiftet selskab. Er der tale om tilførsel af en bestående virksomhed og ikke enkelte aktiver, er det yderligere et krav, at vurderingsberetningen indeholder en åbningsbalance for det modtagende selskab⁵². Vurderingen må ikke være foretaget tidligere end 4 uger før den konstituerende generalforsamling jf. SEL § 36, stk. 2.

De aktiver som selskabsretligt kan indskydes ved apportindskud, skal kunne gøres til genstand for en økonomisk vurdering. Der er ikke krav til, at de indskudte aktiver har nogen relation til det modtagende selskabs aktivitet, ligesom der ikke er nogen beløbsmæssig over- eller undergrænse. Dog fremgår det af SEL § 35, at indskud ikke kan bestå i en forpligtelse til at udføre arbejde eller erlægge tjenesteydelser, ligesom fordringer på stiftere eller aktietegnere kan ikke indskydes eller overtages, uanset om fordringerne er sikret ved pant.

Nedenstående figur illustrerer tilførsel af aktiver til et nystiftet selskab, hvor selskab B tilfører det nystiftede selskab C sin samlede driftsaktivitet således at der opnås en holdingstruktur:



⁵⁰ Jf. SEL § 154

⁵¹ Indholdet af en vurderingsberetning fremgår af SEL § 36, stk. 1. Der er ikke pligt til at indhente vurderingsberetning ved indskud af aktiver som nævnt i § 38, stk. 1

⁵² jf. SEL § 36, stk. 3 om yderligere krav til åbningsbalancen

2.4.2 Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse

I nedenstående afsnit vil de skattemæssige betingelser og konsekvenser, for de involverede selskaber og aktionærer i den skattefrie tilførsel af aktiver med tilladelse fra SKAT, blive gennemgået.

En skattefri tilførsel af aktiver kan i henhold til FUL § 15 c, stk. 2 defineres således:

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

Tilførsel af aktiver benyttes ofte i omstruktureringssituationer, hvor det ønskes at skabe en holdingstruktur. Som det fremgår af ovenstående figur 3, kan driften i et selskab føres ned i et nystiftet selskab, hvorved det indskydende selskab fremover vil fungere som et holdingselskab. Indeholder det indskydende selskab flere selvstændige grene, kan disse hver for sig tilføres flere nystiftede eller eksisterende selskaber.

Tilførsel af aktiver kan i henhold til FUL § 15 c, jf. § 15 d gennemføres skattefrit, både med og uden tilladelse. Reglerne kan anvendes af selskaber der er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat⁵³, og som ikke anses for at være en transparent enhed i Danmark. Dermed har danske aktie- og anpartsselskaber som udgangspunkt adgang til at anvende reglerne om skattefri tilførsel af aktiver.

Ansøgning om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver skal indsendes til SKAT, hvorefter der på baggrund af de i ansøgningen forelagte oplysninger vil blive taget stilling til, om en tilladelse kan gives. Som tidligere nævnt, skal ansøgningen blandt andet indeholde en forretningsmæssig begrundelse⁵⁴ som er konkret begrundet i ansøgerens forhold, og hovedformålet eller et af hovedformålene med tilførslen må således ikke være skatteundgåelse eller skatteunddragelse⁵⁵.

⁵³ Jf. Fusionsskattedirektivets art. 3

⁵⁴ Jf. afsnit 2.2.1.1 Krav om forretningsmæssig begrundelse

⁵⁵ Jf. afsnit 2.2.1 Skattefri omstrukturering med tilladelse fra SKAT

Ifølge FUL § 15 c, stk. 1, kan SKAT fastsætte særlige vilkår for tilladelsen, hvorfor ansøgning om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver i hvert enkelt tilfælde kræver konkret stillingtagen fra SKAT. I denne proces skal der f.eks. ske en vurdering af, om de aktiver og passiver der ønskes udskilt fra det indskydende selskab, og tilført det modtagende selskab, udgør "en gren af en virksomhed" jf. FUL § 15 c, stk. 2.

2.4.2.1 Opfyldelse af grenkravet

Som det fremgår af ovenstående definition på tilførsel af aktiver, er der tale om en transaktion hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab. Overføres den samlede virksomhed fra det indskydende selskab til det modtagende selskab, således at det indskydende selskab udelukkende besidder aktier i det modtagende selskab efter tilførslen, er det selvsagt ikke nødvendigt for SKAT at vurdere, hvorvidt grenkravet er overholdt.

Tilføres der derimod kun en del af den indskydende virksomhed, skal det såkaldte grenkrav, jf. FUL § 15 c, stk. 2 overholdes. Ved en gren af en virksomhed forstås samtlige aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler⁵⁶.

Et selskab kan bestå af en eller flere organisatorisk afgrænsede virksomheder, og en tilførsel af aktiver kan således ske som en samlet tilførsel af selskabets virksomhed, eller som tilførsel af en eller flere grene af selskabets virksomhed. I praksis beror det på en konkret vurdering, hvorvidt en virksomhed må anses for at have flere grene. Hvis en virksomhed må anses for at have flere grene, beror det ligeledes på en konkret vurdering, hvorvidt nærmere angivne aktiver og passiver anses for at høre til den ene eller den anden gren af virksomheden, ligesom det beror på en konkret vurdering, om det der overdrages, opfylder betingelserne for at være en virksomhed eller en gren af en virksomhed. En filial af en virksomhed eller en tværgående afdeling i en virksomhed, vil alt efter omstændighederne kunne opfylde betingelserne for at være en gren af en virksomhed⁵⁷.

Skattedepartementet har i TfS 1996, 899 DEP præciseret betydningen af en gren af en virksomhed efter reglerne i både FUL § 15 a, stk. 3 og FUL § 15 c, stk. 2 vedrørende henholdsvis succession ved spaltning og tilførsel af aktiver. Departementets opfattelse er, at der skal være tale om en materielt identificerbar enhed i selskabet, og at vurderingen heraf baserer sig på forholdene, inden den påtænkte opdeling gennemføres. Ved denne vurdering skal der efter Departementets

⁵⁶ jf. LV S.D.3.1

⁵⁷ Jf. LV S.D.3.2

opfattelse, ikke som det overvejende væsentlige lægges vægt på spørgsmålet om evnen til at fungere ved hjælp af egne midler, men derimod i højere grad anlægges en organisationsmæssig synsvinkel.

Grundlaget for SKAT's vurdering af, hvorvidt grenkravet er opfyldt, er udkast til regnskabsopstilling og åbningsbalance pr. tilførselsdatoen, samt øvrige oplysninger der indsendes i forbindelse med anmodning om tilladelsen. Derudover kan SKAT foreskrive, at der skal udarbejdes og indsendes yderligere oplysninger, der kan ligge til grund for afgørelsen⁵⁸.

I forbindelse med vurderingen undersøges det, om den påtænkte tilførsel omfatter samtlige aktiver og passiver i den gren der ønskes udskilt fra det indskydende selskab. For visse aktiver og passiver vil det umiddelbart være muligt at fastslå, hvilken gren de tilhører, baseret på deres art og placering, mens det for andre kan være mere vanskeligt at fastslå. Det er i denne forbindelse vigtigt at sikre sig, at gæld og lignende, der direkte knytter sig til de i tilførslen indgående aktiver, ligeledes indgår i tilførslen, da en skattefri tilførsel af aktiver ikke kan gennemføres, medmindre de påtænkte dispositioner er omfattet af FUL § 15 c, stk. 2, hvoraf det fremgår at samtlige aktiver og passiver der knytter sig til en virksomhedsgren skal overføres. Et eksempel på dette kan være et låneprovenu og den tilhørende låneforpligtelse, som naturligvis vil være sammenhængende, og derfor begge skal indgå i tilførslen eller forblive i det indskydende selskab. I de tilfælde hvor et aktiv er tilknyttet flere grene af en virksomhed, eksempelvis hvor et driftsmiddel anvendes til forskellige aktiviteter, skal der foretages en vurdering af, hvor driftsmidlet primært anvendes, således at driftsmidlet ikke adskilles fra den aktivitet det er mest tilknyttet. Tilførsel af en gren af en virksomhed, hvortil der er knyttet goodwill eller andre immaterielle aktiver, skal ligeledes også omfatte de til grenen knyttede immaterielle aktiver.

2.4.2.1.1 Grenkrav og fast ejendom

Som sagt skal en tilførsel af aktiver omfatte samtlige aktiver og passiver i den virksomhed, eller samtlige aktiver og passiver i den gren af virksomheden der tilføres, og reglerne om skattefri tilførsel af aktiver kan derfor som hovedregel ikke anvendes ved overdragelse af enkelte aktiver og/eller passiver.

En undtagelse til denne hovedregel er udskillelse af fast ejendom som behandles efter særskilt praksis. For fast ejendom gælder det, at der som udgangspunkt er fri adgang til at placere ejendomme enten i det indskydende selskab eller i det modtagende selskab, afhængig af det

⁵⁸ Jf. FUL § 15 c, stk. 1, 3. pkt.

indskydende selskabs ønsker⁵⁹. Af Ligningsvejledningen fremgår det endvidere, at dette ikke alene gælder for egentlige udlejningsejendomme, der almindeligvis i sig selv udgør en gren af en virksomhed, men også for ejendomme, der har været anvendt af virksomheden selv til brug for den aktivitet, som ejendommen nu ønskes adskilt fra. Dette betyder at ejendomme med tilhørende gæld, som udgangspunkt betragtes som en gren af en virksomhed og dermed opfylder grenkravet⁶⁰.

2.4.2.1.2 Grenkrav og aktiebesiddelser

Som det er tilfældet med fast ejendom, indeholder Ligningsvejledningen ligeledes en uddybende forklaring af praksis vedrørende aktiebesiddelser og overholdelse af grenkravet. Men hvor fast ejendom jf. ovenstående afsnit betragtes som en virksomhedsgren, så forholder det sig omvendt for aktiebesiddelser, der i relation til FUL ikke anses for selvstændig virksomhed⁶¹.

Der kan således som udgangspunkt ikke ske en særskilt skattefri tilførsel af aktier eller anparter i et datterselskab. Dette forhold udelukker dog ikke den mulighed, at aktiebesiddelser kan anses for at udgøre en gren af en virksomhed sammen med andre aktiver og passiver, og således sammen med disse kan indgå i en skattefri tilførsel af aktiver. Dette forhold kan f.eks. være gældende i det tilfælde, hvor et datterselskab til det indskydende selskab udfører opgaver for, eller opgaver der knytter sig til den aktivitet, der ønskes udskilt ved tilførslen⁶². I sådan en situation, skal datterselskabsaktierne være en del af tilførslen, for at grenkravet overholdes.

2.4.2.2 ”Fungere ved hjælp af egne midler”

Definitionen på en gren af en virksomhed indeholder, udover ovennævnte krav om ”samtlige aktiver og passiver der knytter sig til en virksomhedsgren”, endvidere kravet om, at den virksomhedsgren der udskilles skal kunne fungere ved hjælp af egne midler, herunder egne lånemuligheder. Er dette ikke tilfældet, falder virksomhedsgrenen ikke ind under definitionen af en virksomhed eller en gren af en virksomhed, og det vil således ikke være muligt at foretage en skattefri tilførsel i henhold til FUL. Således vil et selskab, der kun kan fungere ved hjælp af lån fra moderselskabet eller hovedaktionæren, på andre vilkår end ved lån hos uafhængige långivere, eller ved hjælp af lån med sikkerhed i form af kaution, pant eller lignende fra moderselskabet eller

⁵⁹ Jf. LV S.D.3.2.1

⁶⁰ Se SKM 2008.924 SR samt SKM 2006.9 SKAT

⁶¹ Se SKM 2006.145 SKAT

⁶² Jf. LV S.D.3.2.2

hovedaktionæren eller tredjemand i øvrigt, ikke falde ind under definitionen af en virksomhed eller en gren af en virksomhed⁶³.

2.4.2.3 Vederlæggelse til det indskydende selskab

Det fremgår direkte af definitionen i FUL § 15 c, stk. 2, hvorledes der skal ske vederlæggelse i forbindelse med den skattefrie tilførsel af aktiver. Det indskydende selskab skal tildeles aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital, og hermed ligger der implicit et kontantvederlagsforbud i definitionen. Det er således ikke, som ved aktieombytning og spaltning, muligt at erlægge en del af vederlaget kontant, da vederlæggelsen skal ske fuldt ud med aktier eller anparter. Kravet om vederlæggelse med aktier eller anparter relaterer sig til den skattemæssige succession der sker på deltagersiden ved den skattefrie tilførsel af aktiver jf. nedenstående afsnit 2.4.2.4.

En overtrædelse af kontantvederlagsforbuddet ved en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse medfører, at SKAT tilbagekalder tilladelsen, og den allerede gennemførte tilførsel af aktiver bliver således skattepligtig. Dette betyder at de gennemførte transaktioner vil blive betragtet som en skattepligtig afståelse af virksomhed, eller en del heraf, i det indskydende selskabs indkomstopgørelse. En overtrædelse af kontantvederlagsforbuddet kan ske i forbindelse med den direkte vederlæggelse ved selve gennemførelsen af transaktionen, men kan også ske ved efterfølgende dispositioner, jf. nedenstående afsnit 2.4.2.3.1.

Som tidligere nævnt kan der ske tilførsel til enten et eksisterende selskab eller til et nystiftet selskab. Ved tilførsel til et nystiftet selskab, sker der vederlæggelse med det modtagende selskabs fulde nominelle selskabskapital, mens det forholder sig noget anderledes ved tilførsel til et allerede eksisterende selskab. Her kan vederlæggelsen ske med nyudstedte aktier eller anparter i det modtagende selskab, ved en kapitalforhøjelse på baggrund af apportindskuddet af den tilførte virksomhedsgren. Derudover kan der ske vederlæggelse med egne aktier eller anparter i det modtagende selskab, såfremt vederlæggelsen sker til de hidtidige selskabsdeltagere i forhold til deres ejerandele⁶⁴.

⁶³ Jf. LV S.D.3.2.4 – se endvidere TfS 1997 941 LR

⁶⁴ Jf. LV S.D.3.3

2.4.2.3.1 Efterfølgende dispositioner

Praksis på området for tilførsel af aktiver viser, at de deltagende selskaber skal være særdeles opmærksomme på de transaktioner, de foretager indbyrdes efter gennemførslen af en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse. Årsagen er at visse efterfølgende dispositioner i praksis bliver betragtet som en omgåelse af kontantvederlagsforbuddet, hvorfor sådanne dispositioner vil øge risikoen for, at SKAT tilbagekalder tilladelsen.

En sådan disposition kan f.eks. være udlodning af udbytte fra det modtagende selskab til det indskydende selskab i tiden efter en skattefri tilførsel af aktiver. Det fremgår ikke af reglerne i FUL, at der i relation til skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse er nogen begrænsninger på, hvor meget og hvornår der må udloddes fra det modtagende selskab til det indskydende selskab. Alligevel kan udbytteudlodninger, der overstiger det enkelte regnskabsårs resultat, efter praksis blive anset for at være i strid med reglerne i FUL om skattefri tilførsel af aktiver. Dette skyldes at udlodninger der overstiger årets resultat kan betragtes som vederlag for de tilførte aktiver, og dermed stride imod kontantvederlagsforbuddet i FUL § 15 c, stk. 2. Efter praksis vil dette ofte være tilfældet, såfremt udlodningen overstiger årets resultat i de første par regnskabsår efter den gennemførte tilførsel af aktiver⁶⁵.

Konsekvensen ved at foretage en sådan udbytteudlodning, der fra SKAT's side bliver betragtet som en omgåelse af kontantvederlagsforbuddet, er som tidligere nævnt, at tilladelsen tilbagekaldes og den gennemførte tilførsel af aktiver bliver anset for at være en skattepligtig overdragelse af virksomhed. Det vil således være yderst hensigtsmæssigt at de involverede selskaber, inden disponering af udbytte, anmoder SKAT om bindende svar på, hvorvidt den påtænkte udbytteudlodning vil blive anset for at være i strid med kontantvederlagsforbuddet.

En anden efterfølgende disposition, som de involverede selskaber skal være opmærksomme på i relation til kontantvederlagsforbuddet, er tilbagesalg af aktier eller anparter til det modtagende selskab i umiddelbar tilknytning til stiftelsen af et selskab ved skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse. Sådanne dispositioner kan, på grund af den tidsmæssige sammenhæng, blive betragtet som et kontantvederlag til det indskydende selskab⁶⁶.

Det kan virke paradoksalt, at en omstruktureret virksomhed efterfølgende skal risikere at tilførslen bliver skattepligtig, blot fordi der i tidsmæssig tilknytning hertil, bliver udloddet et, måske endda

⁶⁵ Jf. følgende afgørelser, hvor kontantvederlagsforbuddet ansås for overtrådt, med tilbagekaldelse af tilladelse til følge; TfS 2002, 532 SKM, TfS 2003, 513 LSR og SKM2009.91.ØLR

⁶⁶ Jf. TfS 2000, 568 LR

yderst forretningsmæssigt begrundet udbytte, fra det modtagende selskab op til det indskydende selskab. Der kan dog være en praksisændring på vej, som følge af en dom fra EF-domstolen, den såkaldte Kofoed-dom⁶⁷. Sagen omhandler en skattefri aktieombytning, hvor en efterfølgende udlodning fra det erhvervede selskab til det erhvervende selskab umiddelbart efter aktieombytningen, efter en præjudiciel afgørelse fra EF-domstolen, ikke kunne betragtes som kontant vederlag. Dommen kan få afgørende betydning for, hvad der skal til for, at skattemyndighederne rettelig kan betragte en efterfølgende disposition som en del af en omstrukturering, med efterfølgende beskatning til følge. Da afgørelsen tager udgangspunkt i fusionsskattedirektivet, som både aktieombytning, spaltning og tilførsel af aktiver med tilladelse bygger på, vurderes det at dommen ligeledes vil få betydning for såvel skattefrie spaltninger som tilførsel af aktiver med tilladelse.

2.4.2.4 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse

Som tidligere nævnt skal begrebet skattefri tilførsel af aktiver forstås bredt, da der nærmere er tale om skatteudskydelse end skattefrihed. Årsagen til at der opnås skattefrihed ved tilførsel af aktiver med tilladelse er, at der sker succession mellem det indskydende og modtagende selskab jf. FUL § 15 d, stk. 1 og 2. Hermed sker der ikke beskatning hos det indskydende selskab af eventuelle fortjenester ved afståelsen af virksomheden eller en gren heraf, da det modtagende selskab indtræder i dette selskabs skattemæssige stilling, med hensyn til de overførte aktiver og passiver. Nedenfor vil de skattemæssige konsekvenser i relation til den skattefrie tilførsel af aktiver blive beskrevet for de involverede selskaber.

2.4.2.4.1 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Som sagt sker der ikke nogen realisationsbeskatning hos det indskydende selskab, i forbindelse med tilførslen af aktiver og passiver til det modtagende selskab, ligesom det indskydende selskab ikke kan fratække et eventuelt tab i forbindelse med dispositionen. Dette følger af FUL § 15 d, stk. 1, hvoraf det fremgår, at fortjeneste og tab på de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der ved tilførslen bliver knyttet til et dansk selskab eller et udenlandsk selskabs faste driftssted eller faste ejendom her i landet, ikke medregnes ved opgørelsen af det indskydende selskabs skattepligtige indkomst.

Derimod skal der ske opgørelse af anskaffelsessummen for de vederlagsaktier, som det indskydende selskab modtager i det modtagende selskab. Jf. FUL § 15 d, stk. 4, anses aktier i det

⁶⁷ Hans Markus Kofoed sagen jf. dom i sag C-321/05 af 5. juli 2007

modtagende selskab, som det indskydende selskab modtager i forbindelse med tilførslen, for erhvervet for et beløb der svarer til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver⁶⁸.

Opgørelse af vederlagsaktiernes anskaffelsessum til handelsværdi, der er gældende fra og med indkomståret 2010, er en konsekvens af Lov nr. 525 af 12. juni 2009. Før vedtagelsen af denne lov, skulle de aktier eller anparter i det modtagende selskab, som det indskydende selskab modtog som vederlag for tilførslen, anses for erhvervet for et beløb, der svarede til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver på tilførselsdatoen⁶⁹. Den skattemæssige værdi skulle opgøres efter reglerne i VOL § 4, stk. 2, til det kontante beløb, som ville være opnået ved sædvanligt salg af virksomheden eller virksomhedsgrenen med fradrag af den skattepligtige fortjeneste, der ville være konstateret ved et sådant salg.

Formålet med at anskaffelsessummen skulle opgøres til handelsværdi fratrukket skattepligtig fortjeneste var, at gøre det uattraktivt at afhænde vederlagsaktierne i det modtagende selskab umiddelbart efter tilførslen, da det som udgangspunkt ville medføre en betydelig skattepligtig avance.

Den ændrede opgørelse af anskaffelsessummen på de modtagne vederlagsaktier i det modtagende selskab, skyldes som sagt vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009. Med denne lov bortfalder forudsætningen for at fastsætte anskaffelsessummen for aktierne på baggrund af den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver i forlængelse af, at udbytte og aktieavancer vedrørende datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke beskattes.

Harmoniseringen af beskatningen af udbytter og avancer indebærer i øvrigt, at en række andre regler vedrørende skattefri tilførsel af aktiver er ophævet med virkning for indkomståret 2010. Det gælder reglerne i § 15 d, stk. 4, 3. og 4. pkt., der fastsatte anskaffelsestidspunktet for vederlagsaktierne henholdsvis de aktier i det modtagende selskab, som det indskydende selskab allerede ejede på tilførselstidspunktet. Reglerne er blevet overflødige, da avancer på datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke beskattes uanset ejertid.

2.4.2.4.2 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Den skattefrie tilførsel af aktiver har som udgangspunkt ingen skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab, da der sker skattemæssig succession i de overførte aktiver og passiver. Det modtagende selskab skal således, ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst, behandle

⁶⁸ Jf. LV S.D.3.6.3

⁶⁹ Jf. den historiske FUL § 15 d, stk. 4 (LBKG 2007-11-08 nr. 1286)

de aktiver og passiver der tilføres fra det indskydende selskab, som om de var anskaffet af dette selskab på de tidspunkter og for de anskaffelsessummer, hvortil de var erhvervet af det indskydende selskab. Eventuelle skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger, som det indskydende selskab har foretaget, anses ligeledes for foretaget af det modtagende selskab⁷⁰.

Såfremt tilførslen omfatter aktiver og passiver, der er erhvervet af det indskydende selskab i spekulations- eller næringshensigt, vil disse blive behandlet lige så ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst. Ligeledes kan tilførte aktiver og passiver blive anset for erhvervet i spekulationshensigt eller som led i næring ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst, på trods af at de ikke blev betragtet sådan hos det indskydende selskab. Skift af skattemæssig status afhænger således af det modtagende selskabs forhold⁷¹.

Skattefri tilførsel af aktiver kan dog have skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab, såfremt dette har skattemæssige underskud til fremførsel fra tidligere år. I sådanne tilfælde vil der, som en konsekvens af den skattefrie tilførsel af aktiver, ske en begrænsning i retten til at modregne disse underskud i det modtagne selskabs indkomstopgørelse⁷². Formålet med denne bestemmelse er, at undgå skattetækning ved at en overskudsgivende aktivitet tilføres det underskudsgivende modtagende selskab, således at de skattemæssige underskud fra tidligere år kan udnyttes til skattebesparelse. Undtaget herfor er dog skattemæssige underskud, der er opstået under sambeskatning mellem det indskydende og modtagende selskab⁷³.

Ligeledes vil det modtagende selskabs ret til at fremføre uudnyttede fradragsberettigede tab efter EBL, ABL og KGL bortfalde, i forbindelse med den skattefrie tilførsel af aktiver⁷⁴.

2.4.2.4.3 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskabs aktionærer

I modsætning til andre omstrukturingsformer, har det ikke nogen skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskabs aktionærer, at selskabet deltager i en skattefri tilførsel af aktiver. Dette skyldes, at der ved en tilførsel af aktiver ikke sker vederlæggelse til det indskydende selskabs aktionærer, men kun til det indskydende selskab selv.

⁷⁰ Jf. FUL § 15 d, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 1

⁷¹ Jf. FUL § 15 d, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 2

⁷² Jf. FUL § 15 d, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 6, 1. pkt.

⁷³ Jf. FUL § 15 d, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 6, 2. pkt.

⁷⁴ Jf. FUL § 15 d, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 8

2.4.3 Skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse

Som alternativ til at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, giver FUL § 15 c, stk. 1, 4. pkt. mulighed for at gennemføre en skattefri tilførsel af aktiver uden forudgående tilladelse fra SKAT. Definitionen af tilførsel af aktiver efter FUL § 15 c, stk. 1, 4. pkt. er den samme som ved tilførsel af aktiver med tilladelse⁷⁵.

Som nævnt i afsnit 2.2.2.3 er der med vedtagelsen af L202 ændret på reglerne om skattefri omstrukturering, herunder således også på reglerne om skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse. Baggrunden for ændringerne er de samtidige ændringer vedrørende beskattningen af selskabers udbytter og aktieavancer.

Bestemmelserne om skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse indeholder i hovedtræk de samme betingelser som skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, men ligesom det er tilfældet ved aktieombytninger, er der enkelte forskelle i bestemmelserne mellem tilladelsessystemet og det objektive regelsæt, såvel inden som efter tilførslen.

I modsætning til en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse efter FUL § 15 c, stk. 1, 2. pkt., er der ved en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse ikke krav om, at tilførslen skal have en gyldig forretningsmæssig begrundelse. Derudover er tilførsel af aktiver uden tilladelse ikke underlagt de samme subjektive regler forud for tilførslen, da SKAT i disse tilfælde ikke skal tage stilling til en ansøgning fra virksomhederne. Deltagerne skal, ved tilførsel af aktiver uden tilladelse, alene opfylde et sæt objektive betingelser for at opnå at tilførslen bliver skattefri, hvilket betyder at deltagerne som udgangspunkt i højere grad på forhånd kan vurdere, om tilførslen vil kunne gennemføres skattefrit med de konsekvenser som dette vil medføre.

De efterfølgende betingelser, som deltagerne i en skattefri tilførsel uden tilladelse er underlagt, adskiller sig ligeledes fra en skattefri tilførsel med tilladelse. De skattemæssige konsekvenser af en skattefri tilførsel uden tilladelse fremgår direkte af lovgivningen, mens der ved skattefrie tilførsler med tilladelse kan blive stillet særlige vilkår til skattefriheden fra SKAT, afhængig af den enkelte omstruktureringssituation og selskabets forhold i øvrigt.

Det modtagende selskab skal desuden give SKAT oplysning om, at selskabet har deltaget i en tilførsel af aktiver uden tilladelse. Dette skal ske senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor aktieombytningen er gennemført jf. FUL § 15 c, stk. 7.

⁷⁵ Jf. afsnit 2.4.2 Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse for uddybning af definitionen og begreber heri samt illustration af en tilførsel af aktiver

2.4.3.1 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse

I lighed med skattefrie tilførsler af aktiver med tilladelse, hviler skattefriheden ved skattefrie tilførsler af aktiver uden tilladelse på successionsprincippet. Hermed er der også efter FUL § 15 c, stk. 1, 4. pkt. tale om, at der reelt sker en skatteudskydelse ved gennemførelse af en skattefri tilførsel uden tilladelse.

2.4.3.1.1 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Som det var tilfældet ved skattefrie aktieombytninger uden tilladelse, har Forårspakken og ændringerne vedrørende beskatningen af selskabers avancer og udbytter, ligeledes haft betydning for fastsættelsen af anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkt på det indskydende selskabs aktier i det modtagende selskab.

De nye regler indebærer umiddelbart, at det indskydende selskab uden beskatning vil kunne sælge aktierne i det modtagende selskab kort efter tilførslen, da 3 års reglen vedrørende selskabers skattefrie salg af aktier ikke længere gælder. For at forhindre, at et skattepligtigt salg af aktiver konverteres til en skattefri aktieavance, skal vederlagsaktierne derfor som udgangspunkt beholdes i 3 år, hvis skattefriheden skal bevares for en tilførsel af aktiver, der foretages uden tilladelse fra SKAT. Holdingkravet ved tilførsel af aktiver gennemgås nedenfor i afsnit 2.4.3.1.3.

Aktier i det modtagende selskab, som det indskydende selskab modtager som vederlag ved en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, anses for anskaffet til handelsværdi af de tilførte aktiver og passiver. Reglerne adskiller sig således ikke fra skattefrie tilførsler med tilladelse, og der henvises derfor til afsnit 2.4.2.4.1.

2.4.3.1.2 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

De skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab ved en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse adskiller sig ikke fra bestemmelserne med tilladelse. Der henvises derfor til afsnit 2.4.2.4.2.

2.4.3.1.3 Holdingkrav

Som nævnt indledningsvist i afsnit 2.2.2.4 er det ved skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, ligesom det er tilfældet ved aktieombytninger uden tilladelse, en betingelse for skattefriheden, at det indskydende selskab ikke afstår aktierne i det modtagende selskab i en periode på 3 år efter vedtagelsen af tilførslen.

Motivationen for indførelsen af holdingkravet ved tilførsel af aktiver, er de med skattereformen ændrede regler vedrørende anskaffelsessummen på aktierne i det modtagende selskab. Før

vedtagelsen af lov nr. 525 af 12. juni 2009, ville den lave, eller måske endog negative anskaffelsestotal på aktierne i det modtagende selskab komme til beskattning ved et salg indenfor 3 år, hvorimod aktierne kunne sælges skattefrit efter 3 år. Regelsættet i daværende ABL §§ 8 og 9 motiverede derfor til at beholde aktierne i en 3 års periode. Ved ændring af dette regelsæt, hvorefter skattefriheden ikke længere afhænger af ejertid, men af aktiebesiddelsens størrelse, har det været nødvendigt at indsætte en ny værnsregel mod hurtige frasalge af aktier i det modtagende selskab efter tilførslen.

Formålet med holdingkravet er at forhindre, at en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse anvendes til at undgå avancebeskatning, for eksempel hvor et skattepligtigt salg af aktiver konverteres til en skattefri aktieavance.

2.4.3.1.4 Øvrige forhold

Forårspakken har endvidere betydet, at visse bestemmelser i relation til skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse er overflødige. Det gælder blandt andet reglerne vedrørende efterfølgende udlodninger i den nu ophævede FUL § 15 d, stk. 8. Formålet med bestemmelsen var at forhindre, at avancen på vederlagsaktierne blev elimineret gennem udlodning af skattefrit udbytte fra det modtagende selskab. Reglen er i stedet afløst af det ovenfor beskrevne 3 års holdingkrav. Baggrunden for ændringen er de samtidige ændringer vedrørende beskattningen af selskabers udbytter og aktieavancer

Derudover har Forårspakken også haft betydning for reglerne om fremførsel af realiserede tab på aktier. Reglerne i den nu ophævede FUL § 15 d, stk. 7, der afskar det indskydende selskab fra at fradrage uudnyttede tab på aktier i gevinst ved afståelse af aktier i det modtagende selskab, er ikke videreført i det nye regelsæt, ligeledes som en følge af de ændrede regler vedrørende beskattning af selskabers udbytter og aktieavancer.

Formålet med FUL § 15 d, stk. 7, var at undgå, at et selskab, som havde et uudnyttet fradragsberettiget tab på aktier, via reglerne om skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse kunne konvertere en skattepligtig avance ved et salg af hele eller dele af sin virksomhed til en skattepligtig aktieavance, hvori det kildeartsbegrænsede tab på aktier kunne fradrages.

2.5 Skattefri spaltning

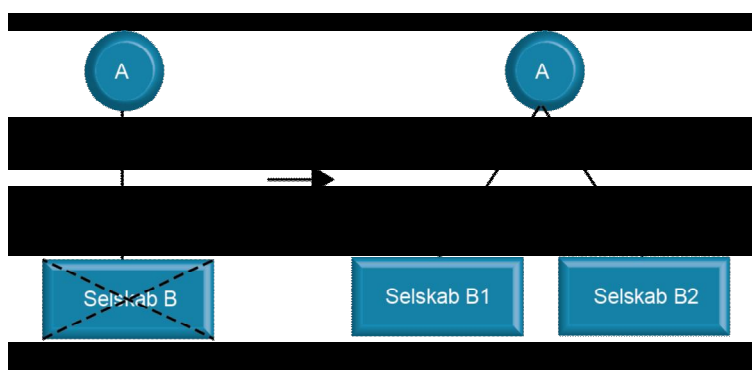
Nedenfor vil de skattemæssige regler omkring skattefri spaltning med og uden tilladelse fra SKAT blive gennemgået, ligesom der vil blive redegjort for de skattemæssige konsekvenser for de involverede parter. Indledningsvist vil de selskabsretlige regler vedrørende spaltning kort blive behandlet, for at danne det selskabsretlige fundament for den videre analyse.

2.5.1 Spaltning – selskabsretlige regler

Ved spaltning forstås overdragelse af et selskabs aktiver og passiver, eller en andel heraf, til ét eller flere modtagende selskaber. Selskabsretligt bliver reglerne om spaltning af kapitalselskaber reguleret i SEL §§ 254 - 270. Lovgrundlaget omfatter bestemmelser omkring beslutningskompetencer, udarbejdelse af spaltningsplan, udpegelse af vurderingsmænd, anmeldelsesfrister mv.

Der findes to forskellige former for spaltning. Et selskab kan spaltes ved en ophørsspaltning, hvor alle selskabets aktiver, passiver og øvrige forpligtelser overdrages til nye juridiske enheder, således at det spaltede selskab ophører med at eksistere⁷⁶. Alternativt kan et selskab spaltes ved en grenspaltning, hvor en aktivitet bliver udskilt til et særskilt selskab, mens det oprindelige selskab stadig består⁷⁷. I praksis betegnes det spaltede selskab som det indskydende selskab, mens det eller de selskaber der overføres aktiver og passiver til, betegnes som de modtagende selskaber.

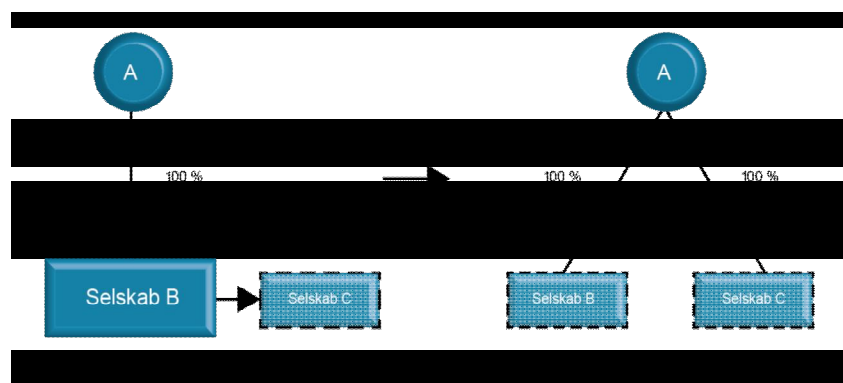
Nedenstående figur 4 illustrerer en ophørsspaltning, hvor selskab B spaltes og alle aktiver og forpligtelser overføres til 2 nystiftede selskaber, B1 og B2:



⁷⁶ Jf. SEL § 254, stk. 1, 2. pkt.

⁷⁷ Jf. SEL § 254, stk. 1, 3. pkt.

Ligeledes kan en grenspaltning illustreres i nedenstående figur 5 hvor selskab B grenspaltes, således at en del af selskabets aktiver og forpligtelser overføres til det modtagende selskab C:



Ved grenspaltning er der krav om, at de aktiver og forpligtelser der bliver overført til det modtagende selskab skal udgøre en selvstændig gren af virksomheden. Med andre ord skal grenen organisatorisk udgøre en selvstændig enhed, som kan fungere for egne midler.

Som vederlag for de overførte aktiver og passiver, modtager selskabsdeltagerne i det indskydende selskab ejerandele i de modtagende selskaber, i samme forhold som i det indskydende selskab samt en eventuel kontant udligningssum⁷⁸. På denne måde adskiller spaltning sig fra tilførsel af aktiver⁷⁹, da det ved spaltninger er det indskydende selskabs aktionærer der modtager vederlaget, og ikke det indskydende selskab selv, som det er tilfældet ved tilførsel af aktiver.

Beslutningskompetencen til at foretage en spaltning ligger hos generalforsamlingen⁸⁰, og skal træffes med det flertal som kræves til ændring af selskabets vedtægter⁸¹. I forbindelse med gennemførelsen af en spaltning, kræver SEL udarbejdelse af forskellige dokumenter. Det centrale ledelsesorgan i de deltagende selskaber skal i forening udarbejde og underskrive en spaltningsplan⁸², som skal indeholde nærmere bestemte oplysninger og bestemmelser jf. SEL § 255, stk. 3. Derudover skal det centrale ledelsesorgan i hvert af de bestående kapitalselskaber, der deltager i spaltningen, udarbejde en skriftlig redegørelse, hvori spaltningsplanen forklares og begrundes, og fastsættelsen af vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab omtales jf.

⁷⁸ FUL § 15a, stk. 2

⁷⁹ Jf. Afsnit 2.4 Tilførsel af aktiver

⁸⁰ Jf. SEL § 254

⁸¹ Jf. SEL §§ 106 og 107

⁸² Hvis der er tale om en spaltning, hvor der alene deltager anpartsselskaber kan anpartshaverne i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en spaltningsplan, jf. SEL § 255, stk. 2, jf. dog SEL § 266, stk. 2 og 3.

SEL § 256. Endvidere skal redegørelsen indeholde en nøjagtig beskrivelse af fordelingen af aktiver og passiver ved spaltningen jf. SEL § 255, stk. 3, nr. 3.

I henhold til SEL § 259, skal de involverede selskaber selv udpege en eller flere uvildige sagkyndige vurderingsmænd⁸³, hvis opgave det er, at udarbejde en skriftlig udtalelse om spaltningens plan jf. SEL § 259, stk. 1. De krav der er oplyst i loven er mindstekrav, hvorfor vurderingsmændene kan tilføje yderligere oplysninger hvis det findes relevant. Den skriftlige udtalelse skal som minimum indeholde en erklæring om, hvorvidt vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab er rimeligt og sagligt begrundet. Erklæringen skal angive den eller de fremgangsmåder, der er anvendt ved fastsættelsen af vederlaget, samt vurdere hensigtsmæssigheden heraf. Erklæringen skal endvidere angive de værdier, som fremgangsmåderne hver for sig fører til, samt den betydning, der må tillægges fremgangsmåderne i forhold til hinanden ved værdiansættelsen. Har der været særlige vanskeligheder forbundet med værdiansættelsen, omtales disse ligeledes i erklæringen.

2.5.2 Skattefri spaltning med tilladelse

I nedenstående afsnit vil de skattemæssige betingelser og konsekvenser, for de involverede selskaber og aktionærer i den skattefrie spaltning med tilladelse fra SKAT blive gennemgået.

En spaltning kan i henhold til FUL § 15 a, stk. 2 defineres således:

”...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.”

Ligesom det er tilfældet med de ovenfor anførte omstruktureringsmodeller, kan selskaber og dets aktionærer anvende muligheden for at foretage en skattefri spaltning, til at udskyde en eventuel beskatning, i dette tilfælde realisationsbeskatning, af de udspaltede aktiver og forpligtelser.

Lovhjemlen hertil findes i Fusionsskatteovens §§ 15 a og 15 b, hvor FUL § 15 a finder anvendelse i de tilfælde, hvor både det indskydende og modtagende selskab er omfattet af begrebet ”selskab i en medlemsstat” i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF, og ikke ved beskatningen her i landet anses for en transparent enhed.

⁸³ Definition på vurderingsmand, jf. SEL § 37

2.5.2.1 Betingelser for at foretage en skattefri spaltning med tilladelse

Det er en betingelse for at foretage en skattefri spaltning efter FUL § 15 a, at der er opnået tilladelse hertil. SKAT kan fastsætte særlige vilkår for tilladelsen, og kan i visse tilfælde forlange, at der specifikt udarbejdes dokumenter der skal indsendes senest 1 måned efter den dag, hvor spaltningen er vedtaget⁸⁴.

I forbindelse med en skattefri spaltning, er det en betingelse at det indskydende selskab skal overføre aktiver og passiver til et eller flere modtagende selskaber. Som nævnt i ovenstående afsnit 2.5.1 findes der 2 former for spaltninger, grenspaltninger og ophørsspaltninger. Betingelserne for at foretage disse er langt hen ad vejen de samme, men adskiller sig på et væsentligt punkt. Ved grenspaltninger, spaltninger hvor det indskydende selskab består efter spaltningen, er der et særligt grenkrav til de overførte aktiver og passiver jf. FUL § 15 a, stk. 3. Jf. denne paragraf skal de aktiver og passiver, der overføres til det modtagende selskab eller til hvert af de modtagende selskaber, udgøre en gren af en virksomhed, jf. § 15 c, stk. 2. Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler. Spaltes der f.eks. en ejendom over i et modtagende selskab, skal den eventuelle tilhørende gæld også spaltes over i det modtagende selskab.

Ved ophørsspaltninger er der ingen krav til sammensætningen af de overførte aktiver og passiver. Her kan selskabsdeltagerne vilkårligt vælge, hvilke aktiver og passiver der skal udspaltes. Det er dog en forudsætning for at opnå tilladelse til spaltningen fra SKAT, at der er en forretningsmæssig begrundelse for spaltningen⁸⁵.

Vederlaget til aktionærerne i det indskydende selskab skal, af hensyn til den skattemæssige succession på deltagersiden, ske i aktier eller anparter og i en eventuel kontant udligningssum. Der er krav om, at selskabsdeltagerne i det indskydende selskab vederlægges med nyudstedte aktier eller anparter i det eller de modtagende selskaber. Selskabsdeltagerne i det indskydende selskab, som inden spaltningen tillige er selskabsdeltagere i det eller de modtagende selskaber, kan således ikke vederlægges ved, at deres hidtidige aktier eller anparter i det eller de modtagende selskaber stiger i værdi⁸⁶.

⁸⁴ FUL § 15 a, stk. 1, jf. FUL § 6, stk. 3

⁸⁵ Jf. afsnit 2.2.1.1 Krav om forretningsmæssig begrundelse

⁸⁶ Jf. LV S.D.2.3

Den eventuelle kontante udligningssum kan frit fordeles mellem selskabsdeltagerne, hvilket betyder, at der er valgfrihed med hensyn til, hvor stor en del, der vederlægges i aktier, og hvor stor en del, der vederlægges kontant. Det er dog et krav, at der skal ske vederlæggelse af mindst én aktionær med én aktie i det modtagende selskab eller med én aktie i hvert af de modtagende selskaber, hvis der er flere modtagende selskaber. Dette giver mulighed for, at enkelte selskabsdeltagere udelukkende vederlægges med kontanter og derefter ikke længere er selskabsdeltager i det eller de modtagende selskaber⁸⁷.

Der må i forbindelse med spaltningen ikke ske en værdiforskydning mellem selskabsdeltagerne i det indskydende selskab. Selskabsdeltagerne skal i forbindelse med spaltningen modtage vederlag svarende til deres ejerandel i det indskydende selskab. Uden denne betingelse, ville der kunne ske en overførsel af værdier fra en selskabsdeltager til en anden, hvilket f.eks. kunne være interessant i forbindelse med et generationsskifte af et selskab ejet af far og søn.

Som nævnt indledningsvist til dette afsnit, ligger bemyndigelsen til at give tilladelse til en skattefri spaltning hos SKAT. Såfremt den ansøgte spaltning er forretningsmæssigt begrundet, og ovenstående betingelser er opfyldt, skal SKAT give tilladelse til den skattefrie spaltning⁸⁸.

Såfremt forhold omkring den ønskede spaltningen gør det nødvendigt, har SKAT mulighed for at fastsætte særlige vilkår for tilladelsen. SKAT benytter sig ofte af denne mulighed i de situationer, hvor der er en forretningsmæssig begrundelse for den ønskede spaltning, men hvor selve omstruktureringen giver mulighed for skatteundgåelse eller skatteudnyttelse. Sådanne vilkår kan f.eks. have betydning for ejertiden af de nyudstede aktier⁸⁹.

SKAT har også mulighed for at give afslag på en ansøgning om tilladelse til en skattefri spaltning. Dette vil ske i de tilfælde, hvor formålet med spaltningen savner en forretningsmæssig begrundelse, eller hvor SKAT formoder at formålet med spaltningen er skatteunddragelse eller skatteundgåelse⁹⁰.

⁸⁷ Jf. LV S.D.2.3

⁸⁸ Se TfS 2006, 643 og TfS 2006, 630

⁸⁹ Se TFS 2001, 539

⁹⁰ Se TfS 2010, 619 og TfS 2009, 475

2.5.2.2 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri spaltning med tilladelse

I dette afsnit vil de skattemæssige konsekvenser i relation til den skattefrie spaltning, for henholdsvis de involverede selskaber som de involverede selskabsdeltagere, blive gennemgået. Afsnittet er delt op i 4 dele, hvor først konsekvenserne for det indskydende selskab og det modtagende selskab vil blive gennemgået, hvorefter konsekvenserne for selskabsdeltagerne i disse selskaber bliver gennemgået.

2.5.2.2.1 Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Både for det indskydende og det modtagende selskab gælder det, at bestemmelserne om den skattemæssige behandling findes i FUL § 15 b, stk. 2, hvilket vil sige bestemmelserne i FUL §§ 5, 6 og 8.

I forbindelse med en spaltning, kan det indskydende selskab være enten ophørende eller fortsættende alt afhængig af, om der er tale om en ophørs- eller grenspaltning⁹¹. Ved ophørsspaltninger opgøres det indskydende selskabs skattepligtige indkomst for perioden fra udløbet af sidste sædvanlige indkomstår og indtil spaltningsdatoen, uden hensyn til periodens længde. For perioden kan dog højst afskrives med en sats, der svarer til afskrivningssatsen for det pågældende aktiv gange den forholdsmæssige andel, som perioden udgør af et kalenderår. Ansættelsen finder sted uden hensyn til den med spaltningen forbundne opløsning af selskabet, i det omfang det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige stilling⁹².

Efter spaltningsdatoen overgår samtlige af det indskydende selskabs aktiver og passiver til de modtagende selskaber. Eventuelle fortjenester eller tab på de overførte aktiver og passiver indgår ikke i det indskydende selskabs skattepligtige indkomst. Der sker således ingen realisationsbeskatning, da de modtagende selskaber succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling med hensyn til anskaffelsessummer og tidspunkter⁹³.

Ved grenspaltninger, hvor det indskydende selskab fortsætter med at eksistere, har spaltningen ingen betydning for den periode for hvilken, det indskydende selskab skal opgøre sin skattepligtige indkomst. Som ved ophørsspaltninger, vil eventuelle fortjenester eller tab på de aktiver og forpligtelser som overføres til det eller de modtagende selskaber, ikke indgå i det indskydende selskabs skattepligtige indkomst, da de modtagende selskaber også ved disse spaltninger

⁹¹ Jf. afsnit 2.5.1 Spaltning – selskabsretlige regler

⁹² Jf. FUL § 7, stk. 1

⁹³ Jf. FUL § 8, stk. 1

succederer i det indskydende selskabs skattemæssige stilling, med hensyn til anskaffelsessummer og tidspunkter⁹⁴.

Muligheden for at udnytte fremførsels berettigede skattemæssige underskud i det indskydende selskab afhænger af, hvilken type spaltning der bliver foretaget. Ved grenspaltninger er det muligt for det indskydende selskab at benytte egne fremførsels berettigede skattemæssige underskud i tiden inden og efter spaltningen, da selskabet ikke ophører i forbindelse med spaltningen, jf. LL § 15 og FUL § 8, stk. 6⁹⁵. Sker spaltningen til et eksisterende selskab, kan underskud opstået under sambeskatning med dette, fortsat bringes til fradrag i sambeskatningen⁹⁶.

I modsætning til grenspaltninger, så bortfalder muligheden for at udnytte fremførsels berettigede skattemæssige underskud i forbindelse med en ophørsspaltning. Undtaget herfra er dog skattemæssige underskud, som er opstået under sambeskatning mellem det indskydende og modtagende selskab⁹⁷. Endvidere vil uudnyttede fremførselsberettigede tab efter ABL, KGL og EBL ikke kunne fremføres til fradrag i det modtagende selskab⁹⁸.

2.5.2.2.2 Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Som nævnt ovenfor succederer det eller de modtagende selskaber i det indskydende selskabs skattemæssige stilling i forbindelse med spaltningen. Her er det uden betydning, om det indskydende selskab er ophørende eller fortsættende, altså om der er tale om en ophørsspaltning eller en grenspaltning.

Aktiver og passiver, der er i behold hos det indskydende selskab ved spaltningen, behandles ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst, som om de var anskaffet af dette på de tidspunkter, hvor de er erhvervet af det indskydende selskab, og for de anskaffelsessummer, hvortil de er erhvervet af dette selskab. Eventuelle skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger, som det indskydende selskab har foretaget, anses for foretaget af det modtagende selskab⁹⁹.

Ligeledes behandles aktiver og passiver, der er erhvervet af det indskydende selskab i spekulationshensigt eller som led i næring. Disse anses også for at være erhvervet af det

⁹⁴ Jf. FUL § 15b, stk. 2

⁹⁵ LL § 15, stk. 7 skal dog iagttages, såfremt mere end 50 % af aktiekapitalen skifter ejer

⁹⁶ Jf. FUL § 8, stk. 6, 2. pkt.

⁹⁷ Jf. FUL § 15 b, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 6

⁹⁸ Jf. FUL § 15 b, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 8

⁹⁹ Jf. FUL § 8, stk. 1

modtagende selskab, i spekulationshensigt henholdsvis som led i næring, og behandles således ved opgørelsen af det modtagende selskabs skattepligtige indkomst¹⁰⁰.

Muligheden for at udnytte eventuelle fremførsels berettigede skattemæssige underskud fra det indskydende selskab, hos det modtagende selskab, fortabes ved spaltningen. Undtaget herfra er dog skattemæssige underskud, som er opstået under sambeskatning mellem det indskydende og modtagende selskab¹⁰¹. Endvidere vil det indskydende selskabs uudnyttede fremførselsberettigede tab efter ABL, KGL og EBL ikke kunne fremføres til fradrag i det modtagende selskab¹⁰².

Ligeledes vil der, såfremt der sker spaltning til et eksisterende selskab, ske en begrænsning i retten til at udnytte egne fremførselsberettigede tab og underskud i det modtagende selskab. Muligheden for at anvende egne skattemæssige underskud for tidligere år i det modtagende selskab fortabes. Undtaget herfra er dog skattemæssige underskud, som er opstået under sambeskatning mellem det indskydende og modtagende selskab¹⁰³. Ydermere fortabes retten til at udnytte egne fremførselsberettigede tab efter ABL, KGL og EBL i det modtagende selskab¹⁰⁴.

Det eller de modtagende selskaber hæfter solidarisk for eventuelle skattekrav og for ethvert bødeansvar, der efter skattelovgivningens bestemmelser vil kunne rettes mod det indskydende selskab. Ophører det indskydende selskab, indtræder de modtagende selskaber i det indskydende selskabs krav mod skattemyndighederne vedrørende tillæg, godtgørelse og overskydende skat som omhandlet i selskabsskatteloven¹⁰⁵.

2.5.2.2.3 Skattemæssige konsekvenser for selskabsdeltagere i det indskydende selskab

De skattemæssige konsekvenser for selskabsdeltageren i det indskydende selskab afhænger af, hvorledes disse bliver vederlagt i forbindelse med den skattefrie spaltning. Sker vederlæggelsen udelukkende i form af aktier i de modtagende selskaber, sker der ingen beskatning af selskabsdeltagerne i det indskydende selskab jf. FUL § 9, stk. 1.

Dette skyldes, at selskabsdeltagerens aktier i det indskydende selskab ikke anses for afstået i forbindelse med spaltningen, idet aktierne i skattemæssigt henseende er ombyttet med aktier i de

¹⁰⁰ Jf. FUL § 8, stk. 2

¹⁰¹ Jf. FUL § 15 b, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 6

¹⁰² Jf. FUL § 15 b, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 8

¹⁰³ Jf. FUL § 15 b, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 6

¹⁰⁴ Jf. FUL § 15 b, stk. 2, jf. FUL § 8, stk. 8

¹⁰⁵ Jf. FUL § 15 b, stk. 3

modtagende selskaber. I henhold til FUL § 15 b, stk. 4, jf. FUL § 11, stk. 1, anses aktier i det modtagende selskab, som selskabsdeltageren modtager som vederlag for aktier i det indskydende selskab, som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier. Der sker således skattemæssig succession i aktierne i det modtagende selskab, og det har i denne forbindelse ingen betydning, om der er tale om en ophørs- eller grenspaltning.

Om der er tale om en ophørs- eller grenspaltning, har derimod betydning i relation til fordelingen af anskaffelsessummen der succederes i. Ved ophørsspaltninger, hvor det indskydende selskab ophører i forbindelse med spaltningen, anses aktierne i det indskydende selskab for ombyttet med aktier i de modtagende selskaber efter forholdet mellem kursværdien af aktierne i hvert enkelt af de modtagende selskaber, og den samlede kursværdi af aktierne i de modtagende selskaber på spaltningsdatoen¹⁰⁶.

Ophører det indskydende selskab, finder FUL § 11 tilsvarende anvendelse på aktierne i hvert af de modtagende selskaber. Heraf fremgår det, at de aktier i det modtagende selskab, som selskabsdeltageren modtager som vederlag for aktier i det indskydende selskab, succederer i de ombyttede aktiers status med hensyn til anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum.

Ved grenspaltninger, hvor det indskydende selskab fortsætter efter spaltningen, anses selskabsdeltageren for at have anskaffet aktierne i det eller de modtagende selskaber på samme tidspunkt som aktierne i det indskydende selskab. Anskaffelsessummen inden spaltningen for aktierne i det indskydende selskab fordeles som anskaffelsessum for aktierne i det indskydende selskab efter spaltningen og det eller de modtagende selskaber, efter forholdet mellem kursværdien af aktierne i det indskydende selskab og hvert enkelt af de modtagende selskaber og den samlede kursværdi af aktierne i det indskydende selskab, og det eller de modtagende selskaber på spaltningsdatoen¹⁰⁷.

Sker der i forbindelse med spaltningen vederlæggelse med andet en aktier i det modtagende selskab, således at selskabsdeltageren modtager en kontant udligningssum, anses dette som en afståelse til tredjemand¹⁰⁸, og fortjeneste eller tab i forbindelse hermed behandles efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven¹⁰⁹. Selskabsdeltageren beskattes forskelligt, afhængig af om der er tale om en ophørs- eller grenspaltning.

¹⁰⁶ Jf. FUL § 15b, stk. 4

¹⁰⁷ Jf. FUL § 15b, stk. 4

¹⁰⁸ Jf. FUL § 9, stk. 1

¹⁰⁹ Jf. FUL § 9, stk. 2

Ved ophørsspaltninger vil den kontante udligningssum blive behandlet som en afståelse, og selskabsdeltageren skal derfor beskattes af en eventuel aktieavance, beregnet som forskellen mellem anskaffelsessummen og aktiernes værdi på spaltningstidspunktet. Er der derimod tale om en grenspaltning, vil vederlag med andet end aktier eller anparter i det eller de modtagende selskaber blive anset som udbytte¹¹⁰.

2.5.2.2.4 Skattemæssige konsekvenser for selskabsdeltagere i det modtagende selskab

Ophørs- eller grenspaltninger vil ikke have nogen skattemæssige konsekvenser for de oprindelige selskabsdeltagere i det modtagende selskab. Deres anskaffelsessummer og tidspunkter vil være upåvirket af en gennemført spaltning.

2.5.3 Skattefri spaltning uden tilladelse

Som det er tilfældet med de foregående omstruktureringsmodeller, er der i FUL ligeledes hjemmel til at gennemføre en skattefri spaltning uden forudgående tilladelse fra SKAT jf. FUL § 15 a, stk. 1, 4. pkt. Heraf fremgår det, at danske selskaber har adgang til beskatning efter reglerne i FUL § 15 b, stk. 1 og 2, uden at der er opnået tilladelse hertil fra told- og skatteforvaltningen. Adgangen hertil kræver dog, at bestemmelserne i FUL § 15 a, stk. 1, 5.-10. pkt. overholdes. Disse bestemmelser vil blive gennemgået nedenfor.

Skattereformen der har ændret på reglerne omkring skattefrie omstruktureringer, har således også haft betydning for reglerne om skattefrie spaltninger uden tilladelse. Bestemmelserne om skattefri spaltning uden tilladelse indeholder dog i hovedtræk de samme betingelser som skattefri spaltning med tilladelse, men ligesom det er tilfældet ved de foregående omstruktureringsmodeller, er der enkelte forskelle i bestemmelserne mellem tilladelsessystemet og det objektive regelsæt, såvel inden som efter spaltningen.

Der findes nemlig i FUL § 15 a, stk. 1 et par værnsregler til bestemmelsen i 4. pkt. om, at danske selskaber har adgang til beskatning efter reglerne i FUL § 15 b, stk. 1 og 2, uden at der er opnået tilladelse hertil. I tilfælde hvor det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år ved spaltningens vedtagelse 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, kan reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse ikke benyttes jf. FUL § 15 a, stk. 1, 8. pkt. I

¹¹⁰ Jf. FUL § 15b, stk. 4

sådanne situationer vil det således kræve tilladelse fra SKAT, såfremt en skattefri spaltning ønskes¹¹¹.

Formålet med denne bestemmelse er at undgå, at reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse benyttes til at afstå aktiver til en tredjepart, uden at der sker beskatning. Dette kunne f.eks. ske ved, at tredjeparten forud for spaltningen indskyder købesummen ved en kapitalforhøjelse og derved 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 eller de andre modtagende selskaber.

Endvidere kræver det tilladelse fra SKAT, såfremt en selskabsdeltager, der beskattes af aktierne i det indskydende selskab efter reglerne om næringsaktier, og som samtidig kan modtage skattefrit udbytte af disse aktier, vederlægges med andet end aktier i det eller de modtagende selskaber jf. FUL § 15 a, stk. 1, 9. pkt. Denne bestemmelse skal forhindre, at en skattepligtig avance på næringsaktier konverteres til skattefrit udbytte.

Endeligt kan der ikke spaltes skattefrit uden tilladelse fra SKAT i tilfælde hvor en selskabsdeltager, der har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab, er hjemmehørende i en stat der ikke er medlem af EU/EØS, eller en stat som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark jf. FUL § 15 a, stk. 1, 10. pkt.

2.5.3.1 Skattemæssige konsekvenser ved skattefri spaltning uden tilladelse

Som udgangspunkt er der de samme skattemæssige konsekvenser ved en skattefri spaltning uden tilladelse som ved en skattefri spaltning med tilladelse, hvorfor der henvises til gennemgangen heraf i ovenstående afsnit 2.5.2.2.

De skattemæssige forhold for de i spaltningen deltagende selskaber vil dog være påvirket af ovenstående værnsregler i FUL § 15 a, stk. 1, 8.-10. pkt., ligesom holdingkravet og balancetilpasningsreglen som vil blive beskrevet nedenfor, også vil påvirke de skattemæssige konsekvenser ved en spaltning uden tilladelse.

¹¹¹ Jf. LV S.D.6.3.1.1

2.5.3.1.1 Holdingkrav

Holdingkravet ved skattefrie spaltninger uden tilladelse fremgår af FUL § 15 a, stk. 1, 5. pkt. og adskiller sig en smule fra de holdingkrav, der stilles ved skattefri aktieombytning og skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse. Holdingkravet gælder nemlig kun for selskabsaktionærer, der efter spaltningen ejer mindst 10 % af kapitalen i et af de deltagende selskaber. Sådanne selskabsaktionærer må ikke afstå aktier i det eller de pågældende selskaber i en periode på 3 år efter vedtagelsen af spaltningen.

For skattefri spaltning uden tilladelse er holdingkravet begrundet i, at det ikke accepteres at et selskab kan opdele sine aktiviteter ved en skattefri spaltning, hvorefter aktionærerne i de deltagende selskaber kan sælge aktierne skattefrit. Dette vil være tilfældet, såfremt aktionærerne er selskaber der ejer minimum 10 % af selskabskapitalen. Årsagen til at holdingkravet ikke gælder for selskabsaktionærer, der ejer mindre end 10 % af kapitalen er, at disse aktionærer ikke kan sælge aktierne skattefrit da der i så fald vil være tale om porteføljeaktier.

2.5.3.1.2 Balanceproportionalitetskravet

Ved siden af ovennævnte holdingkrav, er der yderligere en værnsregel der skal overholdes i forbindelse med skattefrie spaltninger uden tilladelse. Det er nemlig en betingelse, både ved grenspaltninger og ophørsspaltninger, at forholdet mellem de aktiver og de forpligtelser, der ved spaltningen overdrages til det modtagende selskab, skal svare til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab jf. FUL § 15 a, stk. 2, 3. pkt. Denne regel, der skal sikre et korrekt forhold mellem aktiver og forpligtelser, og dermed forhindre en omgåelse af avancebeskatningen, benævnes balancetilpasningsreglen. Reglen gælder kun for skattefrie spaltninger uden tilladelse, og således ikke ved skattefrie spaltninger med tilladelse eller ved andre omstrukturingsformer nævnt i denne afhandling.

Bestemmelsen kan anskueliggøres ved følgende eksempel: Et selskab ønsker at udskille den ene af sine to driftsaktiviteter ved en skattefri grenspaltning uden tilladelse. Hvis selskabet har aktiver for 100 og forpligtelser for 80, vil det efter bestemmelsen være en betingelse for at kunne gennemføre spaltningen skattefrit uden tilladelse, at de aktiver og de forpligtelser, der overdrages til det modtagende selskab, også har forholdet 100:80 svarende til forholdet 5:4. Hvis de aktiver, der overdrages ved spaltningen, har en værdi af 40, vil det således være en betingelse, at der overføres forpligtelser for 32.

Balancetilpasningsreglen skal sikre, at der ikke placeres uforholdsmæssigt meget gæld i det ene af de deltagende selskaber i en skattefri spaltning, hvorefter aktierne i dette selskab sælges med reduceret avance til følge. Dermed forhindres den situation hvor der, som alternativ til et

skattepligtigt salg af aktiver, foretages en skattefri udspaltning af de pågældende aktiver til et modtagende selskab, og samtidig overføres gæld i et forhold, der overstiger forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab, der vil reducere den skattepligtige avance ved en senere afståelse af aktierne i det modtagende selskab.

Balancetilpasningsreglen kan være vanskelig at håndtere i praksis, især ved grenspaltninger, hvor grenkravet samtidig medfører begrænsninger i, hvorledes aktiverne og forpligtelserne kan og skal fordeles mellem de deltagende selskaber. I tilfælde hvor forholdet mellem aktiver og gæld i den pågældende gren ikke svarer til forholdet mellem aktiver og gæld i det indskydende selskab, kan det f.eks. afhjælpes ved, at der sammen med de overførte aktiver og forpligtelser overføres ikke-grenrelaterede likvide midler såfremt dette er en mulighed.

3. Valget mellem omstrukturering med eller uden tilladelse

Med ovenstående gennemgang af de forskellige omstrukturingsmodeller, hvori de skatteretlige regler og konsekvenser samt skattereformens påvirkning heraf er blevet beskrevet, er det nu muligt at se nærmere på de overvejelser der ligger bag valget om, hvorvidt en påtænkt skattefri omstrukturering skal foretages med eller uden tilladelse fra SKAT, samt om skattereformen har påvirket dette valg. Dette afsnit vil således behandle en afvejning af de respektive fordele og ulemper der er ved de enkelte omstrukturingsmodeller med og uden tilladelse.

I praksis vil denne afvejning dog kun være aktuel i de situationer, hvor virksomheden der står foran en omstrukturering, er i stand til at opfylde betingelserne for at udføre omstruktureringen skattefri både med og uden tilladelse. Sådan er det langt fra altid i praksis, da der som tidligere beskrevet stilles krav om bl.a. forretningsmæssig begrundelse ved tilladelsessystemet, ligesom der er betingelser der skal overholdes i det objektive regelsæt. Overordnet set kan skattefrie omstruktureringer således opdeles i 3 scenarier:

- Omstruktureringer der kan gennemføres både med og uden tilladelse
- Omstruktureringer hvor der er en forretningsmæssig begrundelse, men hvor de objektive krav ikke kan opfyldes
- Omstruktureringer hvor der ikke er en forretningsmæssig begrundelse, men hvor de objektive krav kan opfyldes

Det er kun i første scenario, situationen hvor der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for omstruktureringen således at det er muligt at få tilladelse fra SKAT, og hvor de objektive krav til at gennemføre omstruktureringen uden tilladelse kan opfyldes, at deltagerne i omstruktureringen reelt har et valg imellem at omstrukturere med eller uden tilladelse fra SKAT. Valget vil i sådanne situationer bero på konkrete forhold i de i omstruktureringen deltagende selskaber, såsom formålet med omstruktureringen, planerne for fremtiden samt ikke mindst den tidsmæssige faktor.

I de andre scenarier må de omstrukturerende selskaber enten se sig nødsaget til at ansøge SKAT om tilladelse, og dermed risikere at blive underlagt eventuelle subjektive betingelser, eller gennemføre omstruktureringen uden tilladelse og dermed blive underlagt de objektive krav og tillige risikere en eventuel usikkerhed omkring overholdelse heraf, f.eks. i relation til værdiansættelse eller overholdelse af grenkrav.

3.1 Generelle overvejelser

Såfremt deltageren i en påtænkt omstrukturering har en reel forretningsmæssig begrundelse, og dermed et reelt valgt mellem at foretage omstruktureringen med eller uden tilladelse fra SKAT, går de indledningsvise generelle overvejelser ud på at vurdere de umiddelbare fordele og ulemper ved de 2 muligheder. Derefter vurderes de specifikke fordele og ulemper der er reguleret i skattelovgivningen i relation til de forskellige omstrukturingsmodeller.

Den umiddelbare fordel ved at opnå tilladelse til en omstrukturering er, at SKAT har accepteret at den påtænkte omstrukturering kan gennemføres skattefrit. Skattefriheden forudsætter dog, at omstruktureringen bliver gennemført på de vilkår der bliver angivet i ansøgningen, da den sikkerhed for skattefrihed der opnås ved en tilladelse, bygger på rigtigheden af de oplysninger, som ansøger har fremlagt for skattemyndighederne. Derudover kan skattefriheden være betinget af eventuelle yderligere subjektive vilkår som SKAT kan stille ved tilladelsen.

Sådanne subjektive betingelser for skattefriheden undgås, såfremt en påtænkt omstrukturering gennemføres uden tilladelse efter de objektive regler. Ved benyttelse af de objektive regler, har deltagerne i omstruktureringen fuldt overblik over betingelser og vilkår, såfremt omstruktureringen foretages uden tilladelse. Der kan dog i visse situationer være usikkerhed omkring, hvorvidt visse forhold i en omstrukturering overholder lovgivningens krav hertil. Dette kan f.eks. være tilfældet i en grenspaltning hvor der er krav om, at de aktiver og forpligtelser der bliver overført til det modtagende selskab skal udgøre en selvstændig gren af virksomheden. Såfremt der er usikkerhed omkring definitionen af den "gren" der bliver spaltet fra, eller der er andre situationer hvori der er usikkerhed omkring overholdelse af de objektive regler, bør der indhentes bindende svar fra SKAT.

Det er dog ikke kun ved omstruktureringer uden tilladelse, at det kan være hensigtsmæssigt at bede SKAT om et bindende svar på en planlagt eller foretaget transaktion. SKAT tager nemlig ikke stilling til værdiansættelser ved afgivelse af tilladelse til en skattefri omstrukturering, da dette hører under ligningssystemet. Værdiansættelser vil derfor først blive udfordret ved en senere ligning af et i omstruktureringen deltagende selskab. Hvorvidt der er behov for anmodning om et bindende svar, påvirker derfor kun i mindre grad valget mellem at foretage en omstrukturering med eller uden tilladelse.

Det tidsmæssige perspektiv ved en skattefri omstrukturering, er ligeledes en faktor der skal tages i betragtning, når der skal afvejes fordele og ulemper ved tilladelsessystemet henholdsvis de objektive regler. I denne sammenhæng er det en klar fordel at gennemføre omstruktureringen

uden tilladelse fra SKAT, da omstruktureringen kan gennemføres umiddelbart efter vedtagelsen herom, hvorfor der kan være relativt kort fra beslutning til handling.

Omvendt vil en skattefri omstrukturering med tilladelse fra SKAT, ofte spænde over en længere tidsperiode fra beslutningen tages til tilladelsen opnås og omstruktureringen er gennemført. Årsagen hertil er den proces der skal sættes i gang, når beslutningen om omstrukturering er taget. Først skal der indsamles de krævede oplysninger og ansøgningen skal udarbejdes, hvorefter SKAT skal behandle denne, førend tilladelsen eventuelt bliver givet. Dermed kan de tidsmæssige perspektiver ved en skattefri omstrukturering med tilladelse være en hindring i de situationer hvor en omstrukturering ønskes gennemført hurtigt. Derudover er der den ulempe ved tilladelsessystemet, at en omstrukturering med tilladelse ofte vil være en mere bekostelig affære, da der alt andet lige vil være behov for at inddrage skatterådgivere, revisorer mv. i et større omfang end ved en omstrukturering uden tilladelse.

De fremtidige forretningsplaner for de i omstruktureringen deltagende selskaber spiller ligeledes en rolle i valget mellem tilladelse eller uden tilladelse. Dette skyldes værnsreglen i de objektive regler uden tilladelse, om ejertidskrav i en periode på 3 år efter omstruktureringen. Både ved skattefri aktieombytning, tilførsel af aktiver og spaltning uden tilladelse hindrer holdingkravet, at ejerandele i de deltagende selskaber afhændes i en periode på 3 år efter omstruktureringen, med mindre det sker som et led i en ny skattefri omstrukturering og der kun sker vederlæggelse med aktier.

Deltagerne i omstruktureringen skal således inden valget tages, overveje hvilke dispositioner der ønskes foretaget i perioden efter omstruktureringen, og hvilke konsekvenser en omstrukturering med eller uden tilladelse vil have i relation hertil.

3.1.1 Samtidig eller efterfølgende ansøgning om tilladelse

Da de objektive regler finder anvendelse sideløbende med reglerne om skattefri omstrukturering med tilladelse, er der ikke nødvendigvis tale om at det ene regelsæt udelukker det andet. Dette skyldes at det er muligt at gennemføre en omstrukturering efter de objektive regler, og enten samtidig med eller efterfølgende, anmode SKAT om tilladelse til den samme omstrukturering. Herved kan omstruktureringen gennemføres umiddelbart efter vedtagelsen med de fordele dette medfører, og med efterfølgende mulighed for, at omstruktureringen bliver betragtet som gennemført med tilladelse. Deltagerne i omstruktureringen skal dog være indstillet på at være underlagt de objektive regler, såfremt det viser sig ikke at være muligt at opnå tilladelsen.

3.2 Specifikke overvejelser ved skattefri aktieombytning

Når det er besluttet at gennemføre en skattefri aktieombytning, og der reelt er mulighed for at gennemføre denne med eller uden tilladelse, må der som udgangspunkt tages højde for de forhold, der er nævnt i ovenstående afsnit 3.1. Derudover er det nødvendigt at inddrage de objektive krav der gælder for skattefrie aktieombytninger uden tilladelse, som vil blive inddraget i dette afsnit, hvorefter der vil blive givet nogle generelle anbefalinger til, i hvilke situationer det kan anbefales at foretage en skattefri aktieombytning henholdsvis med eller uden tilladelse fra SKAT.

3.2.1 Holdingkrav

Umiddelbart vil holdingkravet ikke spille nogen rolle i valget mellem at foretage aktieombytningen med eller uden tilladelse, da der i godt som alle tilladelser fra SKAT til skattefri aktieombytning bliver stillet subjektivt vilkår om et 3 års ejertidsvilkår, som medfører at skattefriheden er betinget af, at aktierne i det erhvervede selskab ikke afhændes indenfor 3 år. Dette skyldes de nye regler i ABL der betyder, at aktierne i det erhvervede selskab kan afhændes umiddelbart efter ombytningen med en lille eller slet ingen skattepligtig avance, såfremt dette vilkår ikke blev stillet. Holdingkravet i de objektive regler bliver således matchet at et tilsvarende subjektivt krav i tilladelsessystemet, og vil derfor ingen reel betydning have på valget om hvorledes aktieombytningen skal foretages.

3.2.2 Vederlæggelse til handelsværdi

Som tidligere nævnt i afsnittet om skattefrie aktieombytninger, er det en betingelse for at kunne foretage en skattefri aktieombytning med såvel som uden tilladelse, at ombytningen sker til handelsværdi. Det vil sige, at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum skal svare til handelsværdien af de ombyttede aktier.

Da SKAT ikke tager stilling til opgørelsen af handelsværdien i forbindelse med en aktieombytning uden tilladelse, kan denne betingelse således være en ulempe ved det objektive system, da konsekvensen af en forkert værdiansættelse af vederlagsaktierne er, at ombytningen bliver skattepligtig. Ulempen påvirker dog ikke ombytninger til et nystiftet selskab, hvor aktionærene alene vederlægges med aktier i det nystiftede selskab, da kravet om vederlæggelse til handelsværdi pr. definition opfyldt i sådanne ombytninger.

Ved ombytninger til eksisterende selskaber, hvor der kan være usikkerhed om fastsættelsen af handelsværdien af vederlagsaktierne bør det således overvejes, om der som et alternativ til et bindende svar fra SKAT, i stedet skal ansøges om at foretage aktieombytningen med tilladelse fra

SKAT. Overvejelserne bør alene gå på de omkostninger der vil være forbundet med henholdsvis en ansøgning om tilladelse og et bindende svar, da værnsreglerne ved det objektive system som nævnt ikke har en reel betydning for valget om hvorledes aktieombytningen skal foretages.

Ved aktieombytninger med flere deltagende parter, som kan anses for at være uafhængige og have modstridende interesser, vil der som udgangspunkt ikke være den samme usikkerhed om handelsværdien. Betingelsen vil i sådanne situationer således ikke være en ulempe for det objektive system. I den forbindelse kan det nævnes, at skatterådet i SKM2008.198 har udtalt, at søskendeforhold og fætter-/kusineforhold som udgangspunkt skattemæssigt anses som parter med modstridende interesser.

3.2.3 Anskaffessummer og anskaffelsestidspunkter

I relation til den oprindelige aktionærs nye aktier i det erhvervende selskab, sker der succession i både anskaffessummer og tidspunkter, for såvel skattefri aktieombytning efter de objektive regler som ved skattefri aktieombytning med tilladelse fra SKAT. Ligeledes bliver aktierne i det erhvervede selskab behandlet ens for såvel ombytning efter de objektive henholdsvis de subjektive regler. Aktierne vil i begge tilfælde blive anset for erhvervet på ombytningstidspunktet til handelsværdien på dette tidspunkt. Dette forhold vil således ikke have indflydelse på valget om, hvorledes aktieombytningen skal foretages.

3.2.4 Skattereforens betydning

Som tidligere nævnt, var de største nyskabelser ved skattereforens, i relation til skattefri omstrukturering uden tilladelse, en ophævelse af udbyttebegrænsningsreglerne og en indførelse af holdingkravet. Som nævnt ovenfor, har indførelsen af holdingkravet ikke den store indflydelse på valget mellem en aktieombytning med eller uden tilladelse, da de subjektive betingelser der bliver stillet fra SKAT side i forbindelse med en tilladelse, ofte medfører en "holdingkravs" lignende situation. Derimod vil ophævelsen af udbyttebegrænsningsreglerne, alt andet lige, betyde et valg af det objektive system i de situationer, hvor det førhen blev fravalgt netop kun på grund af denne begrænsning.

Den store forskel mellem regelsættet i den tidligere gældende ABL § 36 a, og den nugældende § 36 stk. 6, er konsekvensen for det erhvervende selskab. Skattereforens har således ændret på, hvorledes anskaffessummen på aktierne i det erhvervede selskab opgøres efter de objektive regler. Den tidligere regel om, at aktierne i det erhvervede selskab var erhvervet på ombytningstidspunktet for den oprindelige anskaffessum er ophævet. Aktierne i det erhvervede

selskab anses nu stadig for anskaffet på ombytningstidspunktet, men til handelsværdien på dette tidspunkt. Denne ændring fjerner den mulige fordel, der tidligere var ved at opnå en tilladelse fra SKAT til en skattefri aktieombytning. Fordelen ved at opnå tilladelse før skattereformen lå netop i, at aktierne i det erhvervede selskab blev anset for anskaffet til handelsværdien på ombytningstidspunktet, hvilket i de fleste tilfælde betød en højere skattemæssig anskaffelsessum end den oprindelige, hvorved en eventuel avance ved en senere afståelse af aktierne ville blive relativt mindre. Ændringen har dog ingen betydning for valget mellem det objektive eller subjektive regelsæt, da selskaber nu kan sælge datterselskabsaktier skattefrit uanset ejertid.

Samlet set har skattereformen betydet, at det er blevet endnu mere hensigtsmæssigt at foretage aktieombytning uden tilladelse, da de tidligere fordele ved tilladelsessystemet er væk, og de værnsregler der er indført ikke har den store betydning for valget mellem at foretage ombytningen med eller uden tilladelse. Ophævelsen af ABL § 36 a og ændring af beskatning af aktier for selskaber har således betydet, at der ikke længere er den store forskel mellem de skattemæssige konsekvenser af at gennemføre en aktieombytning med eller uden tilladelse.

Det objektive regelsæt er særlig egnet ved ukomplicerede aktieombytninger, eller hvor der ikke foreligger en forretningsmæssig begrundelse. Hvis man derimod risikerer, at der kan komme behov for salg inden for 3 år efter ombytningen på grund af aktionærens svækkede helbred, eller det af andre årsager kan forudses, at der kan forekomme ændringer indenfor 3 år efter ombytningen, bør ombytningen gennemføres efter forudgående tilladelse fra SKAT.

3.3 Specifikke overvejelser ved skattefri tilførsel af aktiver

Hvorvidt en skattefri tilførsel af aktiver skal foretages med eller uden tilladelse fra SKAT, afhænger af flere forskellige forhold, da begge systemer har hver deres fordele og ulemper. Foretages en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, er der visse værnsregler der begrænser deltagerne i tilførslen, mens der ved skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse kan blive stillet særlige vilkår fra SKAT som deltagerne skal efterleve. Der må således i den konkrete situation, ske en afvejning af de forhold der er nævnt i ovenstående afsnit 3.1, og sammenholde dette med fordelene og ulemperne ved de 2 systemer.

3.3.1 Holdingkrav

Ligesom det er tilfældet ved aktieombytninger, vil holdingkravet umiddelbart ikke spille nogen rolle i valget mellem at foretage tilførslen af aktiver med eller uden tilladelsen, da det må forventes at der, som en følge af skattereformens ændring i FUL § 15 d, stk. 4, vil blive stillet et subjektivt krav om 3 års ejertidsvilkår i så godt som alle tilladelser fra SKAT, som medfører at skattefriheden er betinget af, at aktierne i det modtagende selskab ikke afhændes indenfor 3 år. Hvis ikke dette krav bliver stillet, kan det indskydende selskab skattefrit afhænde en uønsket del eller hele virksomheden skattefrit, ved først at tilføre denne skattefrit til det modtagende selskab, og herefter afhænde vederlagsaktierne skattefrit i henhold til ABL § 8.

Før skattereformens ændring af FUL § 15 d, stk. 4, blev ejertidsvilkår eller anmeldelsesvilkår kun anvendt i et begrænset omfang, og i praksis kun i tilfælde hvor der skete tilførsel til et allerede eksisterende selskab til en betydelig overkurs¹¹². Ved at anvende ejertidsvilkår i disse situationer blev det sikret, at der ikke kunne realiseres en skattefri gevinst på de aktier, det indskydende selskab havde i det modtagende selskab forud for tilførslen.

På baggrund af de ændrede regler i ABL, hvorefter det ikke længere er ejertiden men ejerandelens størrelse, der er afgørende for om aktierne kan sælges skattefrit, må det forventes at SKAT fremover anvender ejertidsvilkår ved tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver på tilsvarende vis som ved skattefrie aktieombytninger, således at praksis vedrørende tilladelse til henholdsvis aktieombytning og tilførsel af aktiver fremover vil blive harmoniseret, på grundlag af den ovennævnte ændring af FUL § 15 d, stk. 4.

¹¹² Se SKM2006.574 LSR (TfS 2006, 988)

Holdingskravet i de objektive regler vil således også ved tilførsel af aktiver, blive matchet at et tilsvarende subjektivt krav i tilladelsessystemet, og vil derfor ingen reel betydning have på valget om hvorledes tilførslen skal foretages.

3.3.2 Overholdelse af grenkravet

Som det fremgår af definitionen på tilførsel af aktiver, er der tale om en transaktion hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab. Det såkaldte grenkrav, jf. FUL § 15 c, stk. 2, skal overholdes for at transaktionen bevarer sin skattefrihed, og netop denne betingelse er den største ulempe ved det objektive system, da der ikke bliver taget stilling til om grenkravet er opfyldt, inden tilførslen gennemføres. Dermed kan der være stor usikkerhed om hvorvidt betingelserne for skattefrihed er opfyldt, såfremt tilførslen foretages uden tilladelse, da SKAT først tager stilling til en overholdelse af grenkravet ved en eventuel senere ligning. Der vil dermed være en risiko for, at SKAT ikke anser grenkravet for værende opfyldt, med den konsekvens at tilførslen bliver skattepligtig med tilbagevirkende kraft. Denne risiko, og dermed ulempen ved det objektive system, kan elimineres ved at anmode SKAT om bindende svar på, hvorvidt en påtænkt tilførsel overholder grenkravet.

Er der tale om en tilførsel af en ejendom, vil der ikke være ulemper ved det objektive system i relation til overholdelse af grenkravet, da det for fast ejendom gælder, at ejendomme med tilhørende gæld som udgangspunkt betragtes som en gren af en virksomhed og dermed opfylder grenkravet¹¹³.

3.3.3 Efterfølgende dispositioner

Såfremt der foretages en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, viser praksis at de deltagende selskaber skal være særdeles opmærksomme på de transaktioner der foretages indbyrdes efter gennemførslen af tilførslen. Årsagen hertil er, at visse efterfølgende dispositioner i praksis bliver betragtet som en omgåelse af kontantvederlagsforbuddet¹¹⁴, hvorfor sådanne dispositioner vil øge risikoen for, at SKAT tilbagekalder tilladelsen. Dette faktum må alt andet lige være en ulempe ved tilladelsessystemet, da de deltagende selskaber ikke altid har fuldt overblik over, hvilke transaktioner der kan blive forretningsmæssigt nødvendige at foretage i perioden efter tilførslen.

¹¹³ Jf. LV S.D.3.2.1

¹¹⁴ FUL § 15 c, stk. 2

Eksempler på sådanne efterfølgende risikobetonede dispositioner, er f.eks. udlodning af "store" udbytter fra det modtagende selskab til det indskydende selskab, samt tilbagesalg af aktier eller anparter til det modtagende selskab i umiddelbar tilknytning til stiftelsen af et selskab ved skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse¹¹⁵.

Umiddelbart virker det besynderligt, at udlodninger fra det modtagende selskab til det indskydende selskab der overstiger årets resultat, kan blive omkvalificeret til kontantvederlag og dermed betyde at tilførslen bliver skattepligtig. For det første er udbyttebegrænsningsreglen blevet ophævet fra og med indkomståret 2010, så det fremgår således ikke af reglerne i FUL, at der i relation til skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse er nogen begrænsninger på, hvor meget og hvornår der må udloddes fra det modtagende selskab til det indskydende selskab. For det andet har EF-domstolen i Hans Markus Kofoed-sagen¹¹⁶ udtalt, at en efterfølgende kontantudlodning ikke kunne anses som kontantvederlag i omstruktureringen, da den ikke var aftalt som en del af vederlaget.

Da konsekvensen ved at foretage en sådan udbytteudlodning, der fra SKAT's side bliver betragtet som en omgåelse af kontantvederlagsforbuddet er, at tilladelsen tilbagekaldes og den gennemførte tilførsel af aktiver bliver anset for at være en skattepligtig overdragelse af virksomhed, vil det således, på trods af ovenstående EF-dom, være yderst hensigtsmæssigt at de involverede selskaber, inden disponering af udbytte og andre transaktioner der kan forveksles hermed, anmoder SKAT om bindende svar på, hvorvidt den påtænkte disposition vil blive anset for at være i strid med kontantvederlagsforbuddet.

3.3.4 Anskaffessummer og anskaffelsestidspunkter

Ved lov nr. 525 af 12. juni 2009 er FUL § 15 d, stk. 4 blevet væsentligt ændret, således at de aktier som det indskydende selskab modtager i det modtagende selskab, ligesom ved aktieombytninger, opgøres til handelsværdi af de tilførte aktiver og passiver, og altså ikke længere til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver. Denne ændring skal ses i sammenhæng med de ændrede regler i ABL §§ 8 og 9, hvorefter beskatning ikke længere afhænger af, hvorvidt selskaberne har ejet aktierne i et andet selskab i mindst 3 år, men derimod om aktierne kan karakteriseres som datterselskabsaktier i henhold til ABL § 4 A eller koncernaktier i henhold til § 4 B.

¹¹⁵ Jf. følgende afgørelser, hvor kontantvederlagsforbuddet ansås for overtrådt, med tilbagekaldelse af tilladelse til følge; TfS 2000, 568 LR, TfS 2002, 532 SKM samt TfS 2003, 513 LSR

¹¹⁶ EF-Domstolens dom af 5. juli 2007, Hans Markus Kofoed mod Skatteministeriet (sag C-321/05), se endvidere afsnit 2.4.2.3.1

Der er derfor ikke længere nogen forskel i opgørelsen af vederlagsaktiernes anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter, for såvel skattefrie tilførsler af aktiver med eller uden tilladelse. I begge tilfælde anses aktier i det modtagende selskab, som det indskydende selskab modtager i forbindelse med tilførslen, for erhvervet på tilførselsdatoen for et beløb der svarer til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver¹¹⁷. Dette forhold vil således ikke længere have indflydelse på valget om, hvorledes tilførslen skal foretages.

3.3.5 Skattereformens betydning

Som det var tilfældet ved aktieombytninger, så har indførelsen af holdingkravet ikke den store indflydelse på valget mellem en skattefri tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse, da de subjektive betingelser der bliver stillet fra SKAT's side i forbindelse med en tilladelse, ofte medfører en "holdingkravs" lignende situation. Ligeledes vil ophævelsen af udbyttebegrænsningsreglerne, alt andet lige, også her betyde et valg af det objektive system i de situationer, hvor det førhen blev fravalgt netop kun på grund af denne begrænsning.

Skattereformen har derimod haft betydning for opgørelsen af vederlagsaktiernes anskaffelsessum. Før vedtagelsen af Lov nr. 525 af 12. juni 2009 skulle de aktier eller anparter i det modtagende selskab, som det indskydende selskab modtog som vederlag for tilførslen, anses for erhvervet for et beløb, der svarede til den skattemæssige værdi af de tilførte aktiver og passiver på tilførselsdatoen. Formålet hermed var, at gøre det uattraktivt at afhænde vederlagsaktierne i det modtagende selskab umiddelbart efter tilførslen, da det som udgangspunkt ville medføre en betydelig skattepligtig avance. Forudsætningen for denne fastsættelse af anskaffelsessummen er bortfaldet i forlængelse af, at udbytte og aktieavancer vedrørende datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke beskattes. Vederlagsaktierne anses nu, som det er beskrevet i afsnittet ovenfor, for erhvervet på tilførselsdatoen for et beløb der svarer til handelsværdien af de tilførte aktiver og passiver, og den latente skatteunddragelsesmulighed dette medfører, bliver klaret af et objektivi, henholdsvis et subjektivt ejertidskrav. Ændringen har ikke betydning i relation til valget mellem at foretage den skattefrie tilførsel af aktiver med eller uden tilladelse, da der ikke sker nogen forskydninger af fordele og ulemper mellem de 2 muligheder.

Vederlagsaktierne anskaffelsestidspunkt er i visse tilfælde også blevet påvirket af skattereformen. Førhen var det således ved skattefrie tilførsler uden tilladelse, at såfremt det indskydende selskab allerede på tilførselstidspunktet ejede aktier i det modtagende selskab, så skulle disse aktier på

¹¹⁷ Jf. FUL § 15 d, stk. 4

samme måde som vederlagsaktierne, anses for anskaffet på tilførelstidspunktet¹¹⁸, hvorimod allerede ejede aktier beholdte deres oprindelige anskaffelsestidspunkt ved tilførsler med tilladelse fra SKAT. Denne bestemmelse der førhen, alt andet lige, var en ulempe ved det objektive system, er nu ophævet, da reglerne er blevet overflødige fordi avancer på datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke beskattes uanset ejertid.

Derudover har Forårspakken også haft betydning for reglerne om fremførsel af realiserede tab på aktier. Reglerne i den nu ophævede FUL § 15 d, stk. 7, der afskar det indskydende selskab fra at fradrage uudnyttede tab på aktier i gevinst ved afståelse af aktier i det modtagende selskab, er ikke videreført i det nye regelsæt, ligeledes som en følge af de ændrede regler vedrørende beskatning af selskabers udbytter og aktieavancer.

Formålet med FUL § 15 d, stk. 7, var at undgå, at et selskab, som havde et uudnyttet fradragsberettiget tab på aktier, via reglerne om skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse kunne konvertere en skattepligtig avance ved et salg af hele eller dele af sin virksomhed til en skattepligtig aktieavance, hvori det kildeartsbegrænsede tab på aktier kunne fradrages.

Samlet set har skattereformen betydet, at det i flere situationer er blevet mere hensigtsmæssigt at foretage skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, da de tidligere ulemper ved det objektive system i relation til udbyttebegrænsning og anskaffelsestidspunkt for allerede ejede aktier er ophævede, og de værnsregler der er indført som et modsvar hertil, ikke har den store betydning for valget mellem at foretage tilførslen med eller uden tilladelse. Dertil kommer at ulempen ved tilladelsessystemet, i relation til risikoen for at efterfølgende dispositioner bliver betragtet som en omgåelse af kontantvederlagsforbuddet, stadig eksisterer i praksis selvom udbyttebegrænsningsreglen er ophævet.

¹¹⁸ Lovbekendtgørelse 2007-11-08 nr. 1286 om fusion, spaltning og tilførsel af aktiver mv. § 15 d, stk. 4, 3. og 4. pkt. – nu ophævet

3.4 Specifikke overvejelser ved skattefri spaltning

Som det er tilfældet med de ovenstående omstruktureringsmodeller, afhænger valget om hvorvidt en skattefri spaltning skal foretages med eller uden tilladelse, af flere forskellige forhold, da begge systemer har hver deres fordele og ulemper. Der må således i den konkrete situation, ske en afvejning af de forhold der er nævnt i ovenstående afsnit 3.1, og sammenholde dette med fordelene og ulemperne ved de 2 systemer som gennemgås i dette afsnit.

I modsætning til de forrige gennemgåede modeller, adskiller reglerne i det objektive system sig forholdsvis mere fra tilladelsessystemet ved skattefrie spaltninger, da det objektive system indeholder komplicerede regler der ikke er særlig smidige, og dermed kan være svære for virksomheder at efterleve.

3.4.1 Holdingkrav

Umiddelbart vil holdingkravet ikke spille nogen rolle i valget mellem at foretage spaltningen med eller uden tilladelsen. Årsagen hertil er at praksis på området viser, at det er vanskeligt at opnå tilladelse til skattefri spaltning med de formål at afhænde aktier efterfølgende, da det ikke anses som en tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse. Tilladelser vil derfor oftest blive fulgt op af et subjektivt krav om et 3 års anmeldelsesvilkår, som medfører at skattefriheden er betinget af, at aktierne i det modtagende selskab ikke afhændes indenfor 3 år. Holdingkravet i de objektive regler bliver således matchet at et tilsvarende subjektivt krav i tilladelsessystemet, og vil derfor ingen reel betydning have på valget om hvorledes spaltningen skal foretages.

3.4.2 Balancetilpasningsreglen og grenkravet

Som nævnt i afsnit 2.5.3.1.2 under gennemgangen af de skattemæssige konsekvenser ved skattefrie spaltninger uden tilladelse, er det en betingelse, både ved grenspaltninger og ophørsspaltninger, at forholdet mellem de aktiver og de forpligtelser, der ved spaltningen overdrages til det modtagende selskab, skal svare til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab¹¹⁹. Denne betingelse er den største udfordring ved det objektive system, da balancetilpasningsreglen kan være vanskelig at håndtere i praksis, især ved grenspaltninger, hvor grenkravet samtidig medfører begrænsninger i, hvorledes aktiverne og forpligtelserne kan og skal fordeles mellem de deltagende selskaber. Grenkravet og betingelsen om balanceproportionalitet vil stort set kun være muligt at overholde ved spaltning af et holdingselskab, således at datterselskabsaktierne fordeles mellem de modtagende selskaber, eller ved spaltninger af

¹¹⁹ Jf. FUL § 15 a, stk. 2, 3. pkt.

selskaber, der besidder tilstrækkeligt med ikke-grenrelaterede likvide midler, således at det er muligt at lave en fordeling af de indskudte aktiver og forpligtelser, der stemmer overens med forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab, ved at fordele likviderne i overensstemmelse hermed. Det vil således kun være muligt, i ganske få tilfælde, at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse fra SKAT på grund af balancetilpasningsreglen.

3.4.3 Værnsregler ved det objektive system

I forbindelse med en skattefri spaltning og valget mellem det objektive system og tilladelsessystemet, er der et par yderligere værnsregler ved det objektive system, som skal iagttages. Der findes nemlig i FUL § 15 a, stk. 1 et par værnsregler til bestemmelsen i 4. pkt. om, at danske selskaber har adgang til beskatning efter reglerne i FUL § 15 b, stk. 1 og 2, uden at der er opnået tilladelse hertil. I tilfælde hvor det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år ved spaltningens vedtagelse 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, kan reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse ikke benyttes jf. FUL § 15 a, stk. 1, 8. pkt. I sådanne situationer vil det således kræve tilladelse fra SKAT såfremt en skattefri spaltning ønskes¹²⁰.

Formålet med denne bestemmelse er at undgå, at reglerne om skattefri spaltning uden tilladelse benyttes til at afstå aktiver til en tredjepart, uden at der sker beskatning. Dette kunne f.eks. ske ved, at tredjeparten forud for spaltningen indskyder købesummen ved en kapitalforhøjelse og derved 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 indskydende selskab eller i de andre modtagende selskaber ved ophørsspaltning.

Endvidere kræver det tilladelse fra SKAT, såfremt en selskabsdeltager, der beskattes af aktierne i det indskydende selskab efter reglerne om næringsaktier, og som samtidig kan modtage skattefrit udbytte af disse aktier, vederlægges med andet end aktier i det eller de modtagende selskaber jf. FUL § 15 a, stk. 1, 9. pkt. Denne bestemmelse skal forhindre, at en skattepligtig avance på næringsaktier konverteres til skattefrit udbytte.

¹²⁰ Jf. LV S.D.6.3.1.1

Endeligt kan der ikke spaltes skattefrit uden tilladelse fra SKAT i tilfælde hvor en selskabsdeltager, der har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab, er hjemmehørende i en stat der ikke er medlem af EU/EØS, eller en stat som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark jf. FUL § 15 a, stk. 1, 10. pkt.

3.4.4 Anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter

Der er ikke længere nogen forskel mellem de objektive regler og tilladelsessystemet med hensyn til, hvorledes anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter opgøres for vederlagsaktierne i det eller de modtagende selskaber. I begge situationer anses aktier i det modtagende selskab, som selskabsdeltageren modtager som vederlag for aktier i det indskydende selskab, som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier¹²¹. Dette forhold har således ikke længere nogen indflydelse på valget om, hvorledes den skattefrie spaltning skal foretages.

3.4.5 Skattereforens betydning

Som i de foregående omstrukturingsmodeller, har indførelsen af holdingkravet ikke den store indflydelse på valget mellem en skattefri spaltning med eller uden tilladelse, da en tilladelse ofte vil indeholde en betingelse om at aktierne i det eller de modtagende selskaber ikke afhændes indenfor 3 år, hvilket i praksis betyder en "holdingkravs" lignende situation.

Skattereforen har derimod haft betydning for opgørelsen af vederlagsaktiernes anskaffelsestidspunkt i henhold til de objektive regler. Før skattereforen var det således ved skattefri spaltninger uden tilladelse, at vederlagsaktierne blev anset for anskaffet på tidspunktet for vedtagelsen af spaltningen, og der skete således ikke succession i de oprindelige aktiers anskaffelsestidspunkt. Ligeledes blev aktier, som det indskydende selskab ejede i det eller de modtagende selskaber allerede på spaltningstidspunktet, anset for anskaffet på tidspunktet for vedtagelsen af spaltningen. Formålet med denne bestemmelse var, at gøre det uattraktivt at afhænde vederlagsaktierne i det eller de modtagende selskab umiddelbart efter spaltningen, da det som udgangspunkt ville medføre en betydelig skattepligtig avance. Vederlagsaktierne anses nu i henhold til de objektive regler, for erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier, og de objektive regler adskiller sig således på dette punkt, ikke længere fra reglerne i tilladelsessystemet. Fastsættelsen af nyt anskaffelsestidspunkt for aktierne i det indskydende selskab og det eller de modtagende selskaber der førhen, alt andet lige, var en

¹²¹ Jf. FUL § 15 b, stk. 4, jf. FUL § 11, stk. 1

ulempe ved det objektive system, er med skattereformen ophævet, da reglerne er blevet overflødige fordi avancer på datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke beskattes uanset ejertid.

Ovenstående ændringer betyder således, at skattereformen i visse situationer har gjort det mere hensigtsmæssigt at foretage skattefri spaltning uden tilladelse, da de tidligere ulemper ved det objektive system i relation til anskaffelsestidspunkt for allerede ejede aktier er ophævede, og de værnsregler der er indført som et modsvar hertil, ikke har den store betydning for valget mellem at foretage spaltningen med eller uden tilladelse.

Det objektive regelsæt er særlig egnet ved spaltninger af pengetanksselskaber, eller ved spaltning af et holdingselskab, hvor fordelingen af aktiver og passiver ofte vil være ganske ukompliceret, samt hvor der sjældent vil foreligge den nødvendige forretningsmæssige begrundelse for at spalte med tilladelse. Omvendt vil spaltning med forudgående tilladelse fra SKAT ofte være en fordel ved grenspaltninger, hvor det kan være vanskeligt både at opfylde grenkravet samt kravet om at forholdet mellem aktiver og passiver skal være det samme i det indskydende selskab som i det modtagende selskab.

4. Konklusion

Baggrunden for denne kandidatafhandling har været, med udgangspunkt i vedtagelsen af lov nr. 525 af 12. juni 2009, at undersøge hvilke skattemæssige konsekvenser skattereformen, og de medfølgende ændrede regler om skattefri omstrukturering, har haft for gennemførelsen af skattefrie omstruktureringer i Danmark. Formålet hermed har været at kunne give en anbefaling til, i hvilke situationer det er mest hensigtsmæssigt at foretage en skattefri omstrukturering efter de objektive regler uden tilladelse, frem for at søge tilladelse fra SKAT.

Årsagen til at denne problemstilling overhovedet er aktuel er, at der med vedtagelsen af lovforslag 110 A som lov nr. 343 af 18. april 2007 blev indført et tostrengt system, med tilladelsessystemet og subjektive vilkår på den ene side, og det objektive regelsæt om skattefri omstrukturering uden tilladelse på den anden side. Ansøgningskravet til at foretage skattefri omstruktureringer blev således ophævet, og det blev muligt at foretage spaltning, aktieombytning samt tilførsel af aktiver uden, at der forud skulle gives tilladelse hertil fra SKAT. Formålet med indførelsen af det objektive regelsæt var, at lette virksomhedernes adgang til skattefrie omstruktureringer, ved at ophæve kravene om tilladelse og forretningsmæssig begrundelse, og i stedet erstatte dem med objektive kriterier for transaktionernes skattefrihed.

Seneste skattereform har, med ønsket om at harmonisere selskabers aktie- og udbyttebeskatning mv., endnu engang ændret på reglerne om skattefri omstrukturering. Ændringerne er foranlediget af ophævelsen af 3 års reglen for selskabers skattefrie salg af aktier, samt ophævelsen af 1 års reglen for modtagelse af skattefrit datterselskabsudbytte, hvilket betød at en række værnsbestemmelser i reglerne om skattefrie omstruktureringer mistede deres betydning, hvorfor de blev ophævet med virkning fra indkomståret 2010. Da det imidlertid forsat ikke ønskes, at reglerne om skattefri omstrukturering skal anvendes til at omlægge skattepligtige aktivitets- og aktiesalg til skattefrie aktiesalg, er der med lov nr. 525 af 12. juni 2009 indført nye værnsregler.

Således er der fra indkomståret 2010 ikke længere begrænsninger for, hvor meget der kan udloddes skattefrit fra de deltagende selskaber efter omstruktureringen. I stedet er der blevet indført et holdingkrav, hvorefter skattefriheden ved omstruktureringen er betinget af, at aktionærer, der efter omstruktureringen ejer mere end 10 % af kapitalen i de deltagende selskaber, ikke afstår de modtagne aktier i en periode på 3 år efter vedtagelsen af omstruktureringen. Der er dog inden for 3 års perioden mulighed for efterfølgende at foretage skattefrie omstruktureringer, såfremt der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier. I så fald fortsætter det oprindelige ejertidskrav i den resterende løbetid, samtidig med at den nye omstrukturering, alt afhængig af omstændighederne, kan medføre et nyt ejertidskrav. Såfremt aktierne afstås inden for 3 år efter omstruktureringstidspunktet, og det ikke sker som led i en efterfølgende skattefri omstrukturering,

hvor der ikke sker vederlæggelse med andet end aktier, bliver den oprindelige omstrukturering skattepligtig, og der skal eventuelt ske genoptagelse af skatteansættelsen for tidligere år.

Det 2-strengede system består således efter skattereforens indtræden, dog med et noget modificeret objektive regelsæt, hvilket fortsat giver de omstrukturerende virksomheder grund til at overveje, hvorvidt den påtænkte omstrukturering skal foretages med eller uden tilladelse fra SKAT. I praksis vil denne afvejning dog kun være aktuel i de situationer, hvor virksomheden der står foran en omstrukturering, er i stand til at opfylde betingelserne for at gennemføre omstrukturen skattefri både med og uden tilladelse. Sådan er det langt fra altid i praksis, da der stilles krav om forretningsmæssig begrundelse ved tilladelsessystemet, ligesom der er værnsregler der skal respekteres i det objektive regelsæt.

Det er kun i de situationer, hvor der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for omstrukturen således at det er muligt at få tilladelse fra SKAT, og hvor de objektive krav til at gennemføre omstrukturen uden tilladelse kan opfyldes, at deltagerne i omstrukturen reelt har et valg imellem at omstrukturere med eller uden tilladelse fra SKAT. Valget bør i sådanne situationer indeholde en generel afvejning af fordele og ulemper ved de 2 muligheder, herunder en stillingtagen til det tidsmæssige perspektiv og de fremtidige forretningsplaner i de i omstrukturen deltagende virksomheder, samt en mere specifik afvejning af de skattemæssige konsekvenser i relation til den påtænkte omstrukturingsmodel.

For aktieombytnings vedkommende, er der ikke længere den store forskel mellem de skattemæssige konsekvenser af at gennemføre en aktieombytning med eller uden tilladelse. Den store forskel som skattereforens har medført, er konsekvensen for det erhvervende selskab. Som en følge af, at 3 års reglen for selskabers skattefri aktiesalg er bortfaldet, er der ændret på reglerne vedrørende anskaffelsestidspunkter og summer på aktierne i det erhvervede selskab. Denne ændring fjerner den mulige fordel, der tidligere var ved at opnå en tilladelse fra SKAT til en skattefri aktieombytning, da reglerne på dette punkt nu er ens i de 2 systemer.

Samlet set har skattereforens betydet, at det er blevet endnu mere hensigtsmæssigt at foretage aktieombytning uden tilladelse, da de tidligere fordele ved tilladelsessystemet er væk, og de værnsregler der er indført ikke har den store betydning for valget mellem at foretage ombygningen med eller uden tilladelse. Det objektive regelsæt er særlig egnet ved ukomplicerede aktieombygninger som f.eks. stiftelse af et holdingselskab, hvor der ikke er tvivl om evnen til at overholde de objektive betingelser, eller ved aktieombygninger hvor der ikke foreligger den nødvendige forretningsmæssige begrundelse.

Ved tilførsel af aktiver skal det såkaldte grenkrav overholdes for at transaktionen bevarer sin skattefrihed, og netop denne betingelse er en ulempe ved det objektive system, da der ikke bliver taget stilling til om grenkravet er opfyldt, inden tilførslen gennemføres. Dermed kan der være stor usikkerhed omkring hvorvidt betingelserne for skattefrihed er opfyldt, såfremt tilførslen foretages uden tilladelse, da SKAT først tager stilling til en overholdelse af grenkravet ved en eventuel senere ligning. Derimod skal de deltagende selskaber, ved en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse, være særdeles opmærksomme på de transaktioner der foretages indbyrdes efter gennemførslen af tilførslen. Årsagen hertil er, at udlodning af store udbytter fra det modtagende selskab til det indskydende selskab, samt tilbagesalg af aktier til det modtagende selskab stadig bliver betragtet som en omgåelse af kontantvederlagsforbuddet selvom udbyttebegrænsningsreglen er ophævet, hvorfor sådanne dispositioner vil øge risikoen for, at SKAT tilbagekalder tilladelsen.

For tilførsel af aktiver har skattereformen betydet, at det i flere situationer er blevet mere hensigtsmæssigt at foretage skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse, da de tidligere ulemper ved det objektive system i relation til udbyttebegrænsning og anskaffelsestidspunkt for allerede ejede aktier er væk, og de værnsregler der er indført som et modsvar hertil, ikke har den store betydning for valget mellem at foretage tilførslen med eller uden tilladelse. Det objektive regelsæt vil dog ikke være egnet ved tilførsel af aktiver i de tilfælde, hvor der er tvivl om overholdelse af grenkravet, medmindre denne risiko søges elimineret ved hjælp af et bindende ligningssvar. Ligeledes vil det være usikkert for de deltagende selskaber at foretage tilførslen med tilladelse i de situationer, hvor der er usikkerhed omkring hvilke transaktioner der kan blive forretningsmæssigt nødvendige at foretage i perioden efter tilførslen, da der i så fald er risiko for at agere i strid med kontantvederlagsforbuddet.

For skattefrie spaltningers vedkommende, adskiller de 2 regelsæt sig forholdsvis mere fra hinanden, end det er tilfældet ved aktieombytning og tilførsel af aktiver. Dette kommer blandt andet til udtryk på et væsentligt punkt, vedrørende de aktiver og forpligtelser, der ved spaltningen overdrages til det modtagende selskab. Kun efter de objektive regler er det en betingelse, både ved grenspaltninger og ophørsspaltninger, at forholdet mellem de aktiver og de forpligtelser, der ved spaltningen overdrages til det modtagende selskab, skal svare til forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab. Denne betingelse er den største udfordring ved det objektive system, da balancetilpasningsreglen kan være vanskelig at håndtere i praksis, især ved grenspaltninger, hvor grenkravet samtidig medfører begrænsninger i, hvorledes aktiver og forpligtelser kan og skal fordeles mellem de deltagende selskaber.

Derudover er der et par yderligere værnsregler i det objektive regelsæt der skal iagttages, i forbindelse med valget mellem det objektive system og tilladelsessystemet. Det er nemlig ikke muligt at benytte de objektive regler i situationer, hvor det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år ved spaltningens vedtagelse 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. Endvidere kræver det tilladelse til spaltningen, såfremt en selskabsdeltager, der beskattes af aktierne i det indskydende selskab efter reglerne om næringsaktier, og som samtidig kan modtage skattefrit udbytte af disse aktier, vederlægges med andet end aktier i det eller de modtagende selskaber, samt i tilfælde hvor en selskabsdeltager, der har bestemmende indflydelse i det indskydende selskab, er hjemmehørende i en stat der ikke er medlem af EU/EØS, eller en stat som ikke har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark.

Skattereformen har for skattefrie spaltninger haft betydning for opgørelsen af vederlagsaktiernes anskaffelsestidspunkt i henhold til de objektive regler. Vederlagsaktierne anses nu i henhold til de objektive regler, for erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier, og de objektive regler adskiller sig således på dette punkt, ikke længere fra reglerne i tilladelsessystemet. Fastsættelsen af nyt anskaffelsestidspunkt for aktierne i det indskydende selskab og det eller de modtagende selskaber der førhen, alt andet lige, var en ulempe ved det objektive system, er med skattereformen ophævet, da reglerne er blevet overflødige fordi avancer på datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier ikke beskattes uanset ejertid. Det objektive regelsæt er særlig egnet ved spaltninger af pengetanksselskaber, eller ved spaltning af et holdingselskab, hvor fordelingen af aktiver og passiver ofte vil være ganske ukompliceret i relation til overholdelse af balancetilpasningsreglen, samt hvor der sjældent vil foreligge den nødvendige forretningsmæssige begrundelse for at spalte med tilladelse. Omvendt vil spaltning med forudgående tilladelse fra SKAT ofte være en fordel ved grenspaltninger, hvor det kan være vanskeligt både at opfylde grenkravet, samt kravet om at forholdet mellem aktiver og passiver skal være det samme i det indskydende selskab som i det modtagende selskab.

På baggrund af de i afhandlingen gennemgåede skattemæssige konsekvenser ved skattefrie omstruktureringer henholdsvis med og uden tilladelse fra SKAT, herunder fordele og ulemper ved de enkelte omstrukturingsmodeller kan det konkluderes, at det objektive regelsæt er særlig egnet ved forholdsvis ukomplicerede omstruktureringer, hvor der ikke vil være usikkerhed omkring overholdelse af de objektive betingelser, såsom overholdelse af grenkrav ved tilførsel af aktiver, balanceproportionalitet ved spaltninger, samt vederlæggelse til handelsværdier ved visse omstruktureringer som involverer flere aktionærer eller eksisterende selskaber. Ligeledes vurderes det objektive regelsæt særlig anvendeligt, og måske endda som eneste alternativ, for de selskaber

for hvem den forretningsmæssige begrundelse ikke er det primære argument for den ønskede omstrukturering.

Modsætningsvis kan det konkluderes, at det vil være fordelagtigt at søge SKAT om tilladelse i de situationer hvor der enten sker overdragelse mellem interesseforbundne parter, eller hvor der er usikkerhed om evnen til at overholde de objektive regler, og endda nødvendigt i situationer hvor værnsregler i det objektive system umuliggør en omstrukturering uden tilladelse.

Afslutningsvis kan det siges, at skattereformen samlet set har betydet, at der er en bedre sammenhæng mellem reglerne for omstrukturering henholdsvis med og uden tilladelse, og dermed støtter skattereformen op om den hidtidige udvikling på området for omstrukturering, hvor der fra lovgivernes side ønskes en forenkling af reglerne, således at erhvervslivet har en lettere og mere smidig adgang til at foretage omstruktureringer.

5. Perspektivering

Som det har fremgået i denne afhandling, har det skatteretlige retsgrundlag for omstrukturering gennemgået en væsentlig udvikling de seneste år, senest ved skattereformen 2009. Baggrunden herfor har blandt andet været ønsket om at øge erhvervslivets levedygtighed, ved gennem en række lempelser og nyskabelser indenfor successionsområdet, at skabe øget mulighed for omstrukturering. I forlængelse af denne afhandling finder jeg det derfor interessant at diskutere, hvorledes reglerne inden for skattefri omstrukturering vil udvikle sig i fremtiden, herunder om et objektive regelsæt kan udvikles således at tilladelsessystemet med tiden vil kunne udfases.

Da de fleste omstruktureringer er forholdsvis ukomplicerede, og derfor med fordel kan foretages efter de objektive regler, betyder de nye regler at mange omstruktureringer bliver gennemført uden tilladelse. Men mange er ikke alle, og en eventuel udfasning af tilladelsessystemet kræver, at det objektive system kan håndtere alle slags omstruktureringer, komplicerede som ukomplicerede, og endvidere at værnsregler heri vil fange de forsøg på skatteunddragelse eller skatteundgåelse, der ønskes fanget med tilladelsessystemet, herunder specielt overdragelser mellem interesseforbundne parter.

Som reglerne er udformet nu, er der situationer hvor omstruktureringer ikke kan ske efter de objektive regler, f.eks. ved spaltninger hvor det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager, og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år ved spaltningens vedtagelse uden at have rådet over flertallet af stemmerne, og de pågældende

selskabsdeltagere samtidig bliver selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de tilsammen råder over flertallet af stemmerne.

Sådanne spaltninger skal kunne klares af det objektive system uden mulighed for skatteunddragelse såfremt tilladelsessystemet skal udfases, men den nuværende værnsregel, holdingkravet, kan ikke løse det problem som bestemmelsen skal forhindre, nemlig et skattefrit salg af aktiver til 3. mand. Holdingkravet vil blot betyde, at aktionæren der går fra mindretals- til flertalsaktionærer skal være selskabsdeltager i en periode på mindst 3 år efter spaltningen, hvilket ikke vil afholde en reelt interesseret køber af en aktivitet fra, at foretage et "proforma" kapitalindsud i et indskydende selskab, for derefter via en skattefri spaltning at modtage 100 % ejerandele i det udspaltede selskab indeholdende den ønskede aktivitet.

Endvidere er kravet om balanceproportionalitet ved spaltninger uden tilladelse et problem, i relation til en eventuel udfasning af tilladelsessystemet, især ved grenspaltninger, da kravet stort set umuliggør en grenspaltning uden tilladelse. Formålet med kravet er at sikre at der ikke placeres uforholdsmæssigt meget gæld i det ene af de deltagende selskaber, hvorefter aktierne i det gældstyngede selskab sælges med en reduceret avance til følge. Reglen er hovedsageligt rettet mod de tilfælde, hvor der blandt selskabsdeltagerne er en fysisk person, da selskabers salg af datterselskabsaktier ikke længere avancebeskattes. En løsning på dette problem kunne være at indføre en værnsregel i det objektive regelsæt der udelukkende rammer personlige aktionærers incitament til at forvrænge forholdet mellem aktiver og forpligtelser således at kravet om balanceproportionalitet kan fjernes fra det objektive regelsæt..

Derudover kan ændringer i andre skattelove, såsom den med skattereformen seneste ændring af ABL, der har betydet at der kan foretages koncerninterne omstruktureringer blot ved at sælge datterselskabsaktier skattefrit til et andet koncernforbundet selskab, gøre at behovet for omstruktureringer vil ændre sig således, at færre med fordel bør gennemføres med tilladelse fra SKAT. En sådan udvikling vil på sigt kunne gøre tilladelsessystemet overflødig, såfremt de latente muligheder for skatteunddragelse eller skatteundgåelse minimeres, ligesom mulighederne for værdiforskydninger mellem interesseforbundne parter begrænses.

Tendensen har de seneste år været, at det skal være lettere, ikke mindst administrativt, for virksomheder at omstrukturere sig, så hvad er næste skridt på denne vej, og hvor meget mere kan der lempes uden at SKAT helt slipper taget?

6. Litteraturliste

Bøger

Ib Andersen: Den skinbarlige virkelighed, 1. udgave, 3. oplag 1999, Samfundslitteratur

Søren Halling-Overgaard, Birgitte Sølvkær Olesen: Generationsskifte og omstrukturering – Det skatteretlige grundlag, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Werlauff, Erik: Selskabsskatteret 2010/11, år 2010, 12. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson

Guldmand, Vinther, Werlauff: Sambeskatning 2009/10, år 2009, 4. udgave, 1. oplag, Magnus Informatik A/S

Seerup, Michael: Fusionsskatteloven med kommentarer, år 2008, 3. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson

Ligningsvejledningen 2011-1 – del S - Selskaber og aktionærer

Publikationer

Forårspakke 2.0- Vækst, klima, lavere skat, februar 2009

Artikler

SR.2009.0146 – Skattefrie omstruktureringer – Nye regler som følge af skattereformen – Susanne Kjær

UFS2009 3355-01 – Skattefri omstrukturering af selskaber uden tilladelse – nye regler fra 2010 – Kim Wind Andersen

RR.2009.10.0012 – Forårspakke 2,0 – Selskabers aktieavance- og udbyttebeskatning, erhvervsskattestrømninger mv. (L 202) – Michael Sørensen

Hjemmesider

www.skat.dk

www.thomson.dk

www.deloitte.dk

www.kpmg.dk

7. Anvendte forkortelser

LL	Ligningsloven
SEL	Selskabsskatteloven
LV	Ligningsvejledningen; Selskaber og aktionærer 2009-1
FUL	Fusionsskatteloven
TfS	Tidsskrift for Skatteret
EBL	Ejendomsavancebeskatningsloven
KGL	Kursgevinstloven
ABL	Aktieavancebeskatningsloven
VOL	Virksomhedsomdannelsesloven
SKM	SKM-nummer