



OMSTRUKTURERING

Restructuring

Kira Hartmeyer

Martin Olsen

Kandidatafhandling cand.merc.aud
d. 1. december 2016

Vejleder: René Møller Jensen
236.830 anslag og 111 sider

Indholdsfortegnelse

Executive summary.....	4
Indledning.....	5
Problemstilling.....	7
Afgrænsning	8
Metode	10
Fusion	13
Vandret fusion	14
Lodret fusion.....	16
Skattepligtig fusion	17
Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab.....	17
Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	19
De skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne.....	19
Fusionsdatoen	20
Skattefri fusion	21
Vederlag.....	21
Ombytningsforhold.....	22
Fusionsdatoen	23
Fusionsdato med et ”skuffeselskab”	24
Fusionsdato hvor koncernforholdet ændres.....	24
Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab.....	25
Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	25
Skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne.....	27
Indsendelse af dokumenter til SKAT.....	27
Delkonklusion	29
Spaltning	32
Skattepligtig spaltning	35
Skattemæssige konsekvenser ved grenspaltning.....	35
Skattemæssige konsekvenser ved ophørsspaltning.....	36
Skattefri spaltning.....	37
Grenkravet.....	37
Spaltningsdato	38
Skattemæssige konsekvenser ved skattefri spaltning.....	39
Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab.....	39

Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	40
Skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne	40
Spaltning med tilladelse	41
Forretningsmæssig begrundelse	41
Øvrige betingelser	46
Skattefri spaltning uden tilladelse	48
Holdingkrav	48
Krav om korrekt forhold mellem aktiver og forpligtelser	49
Øvrige betingelser	50
Selvangivelse og oplysningspligt	52
Delkonklusion	53
Tilførsel af aktiver	56
Skattepligtig tilførsel af aktiver	58
Tidspunkt for den skattemæssige effekt	58
Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab	59
Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab	60
Skattefri tilførsel af aktiver	61
Grenkravet	61
Grenkravet for særlige poster	63
Vederlag	66
Skattemæssig virkning	69
Skattemæssig konsekvens for det indskydende selskab	69
Skattemæssig konsekvens for det modtagende selskab	70
Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse	70
Ansøgningsprocedure	71
Skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse	72
Holdingkravet	72
Oplysningspligt	73
Delkonklusion	74
Aktieombytning	77
Skattepligtig aktieombytning	81
Skattemæssig konsekvens for aktionæren	81
Skattemæssige konsekvens for det modtagende selskab	82
Skattemæssige konsekvens for det erhvervede selskab	83

Skattefri aktieombytning	84
Hvem kan anvende reglerne	84
Hvad kan ombyttes.....	85
Krav om stemmeflertal.....	86
Vederlag.....	89
Tidsfrister.....	91
Skattemæssig konsekvens for aktionæren.....	92
Skattemæssig konsekvens for det modtagende selskab.....	93
Skattemæssige konsekvens for det erhvervede selskab.....	93
Skattefri aktieombytning med tilladelse	93
Forretningsmæssig begrundelse	94
Anmeldelse af ændrede vilkår.....	97
Skattefri aktieombytning uden tilladelse	99
Holdingkravet	99
Handelsværdi.....	100
Delkonklusion	101
Sambeskatning	104
Konklusion	107
Litteraturliste	112

Executive summary

A change of a group structure, generational change, splitting two activities, merger of two companies are just some of the reasons companies are choosing to do a restructuring. In the Danish tax legislation, the possibilities for a restructuring of companies are the four models: merger, demerger, contribution of assets and exchange of shares, and can be done as either a tax-free or a taxable transaction. The purpose of this thesis is to answer the problem statement *why a tax-free restructuring is not always more advantageous than a taxable restructuring*.

A taxable restructuring is the most simple way of doing a restructuring. The transaction will be seen as a sale of either the company/shares in a merger and exchange of share or a sale of the assets in the case of a demerger and contribution of assets. As the transactions are seen as a sale, the transferring part will be subject to taxation, which will mean the shareholders in a merger or an exchange of shares. In a demerger transaction, it is the transferring company that will be subject to tax, as well as in a contribution of assets.

The tax-free transactions are more complicated and subject to additional rules and limitations than the taxable transactions. A tax-free restructuring transaction can be done with approval from the Danish Tax Authorities and without an approval.

By a tax-free transaction with approval from the authorities, one of the main requirements are that the company has a business justification to do the restructuring. It is essential, that the reason for the restructuring is not tax evasion or tax avoidance. If the company fail to have a proper business justification, the Danish Tax Authorities are most likely to deny the tax-free transaction. The consequence hereof is that the transaction will now be considered a taxable transaction. Besides the business justification, each of the models have other specific rules to be adhered to, or the consequence will as well be that the transaction is considered taxable.

If the company instead wish to make a tax-free restructuring without approval from the authorities, the business justification will not be a requirement. Instead there will be other rules the company must adhere such as the holding requirement, to ensure that the purposes of the restructuring is not tax avoidance.

Indledning

Opdeling af et selskabs aktiviteter, sammensmeltning af to konkurrenter og afdækning af risici er blot nogle, af de forhold som kan være vejen ind til emnet omstrukturering. Selskabsretligt og skatteretligt vil en omstrukturering ofte omfatte en ønsket ændring i selskabs- eller koncernstrukturen. Ved stiftelsen af et selskab er det sjældent, at selskabet og kapitalejerne er sikre på, hvordan selskabets udvikling og fremtidig retning vil blive. Det kan derfor være svært, at ramme den ideelle selskabsstruktur fra starten, da selskabet i dets levetid vil udvikle sig, samt ændre på de fremtidige planer og strategier. Her vil en omstrukturering kunne komme på tale, hvor selskabet eksempelvis går med tanker om, at frasælge en del af selskabet, hvilket vil være nemmere hvis denne del var en særskilt enhed i koncernen. Grunden kan ligeledes også være påvirket af udefrakommende situationer, som selskabet ikke på forhånd havde set komme. Et eksempel herpå kunne være finanskrisens påvirkning på den fremtidig drift hos et selskab, hvor løsningen kunne have været, at foretage en fusion med et andet selskab og dermed stå stærke i markedet. En anden overvejelse kunne være at spalte en gren af selskabet ud til et andet selskab med henblik på at kunne frasælge denne aktivitet, hvis likviditeten i den nærmere fremtid ville falde. Ændringer af lovgivningen indenfor et bestemt fagområde, kan være en anden udefrakommende faktor der kan påvirke selskabets beslutning om at foretage en omstrukturering.

Omvendt kan en omstrukturering oftest begrundes med interne faktorer, der har gjort at ønsket om en omstrukturering er opstået. Begrundelsen kunne være at selskabet gennem tiden har opbygget flere forskellige aktiviteter, og ud fra en risikomæssig betragtning overvejer ledelsen, at opsplitte aktiviteterne til særskilte selskaber, for dermed at minimere risikoen for blandt andet tab. Her vil det være oplagt at foretage en grenspaltning, således at hver selvstændig aktivitet kan fortsætte i sit eget selskab, hvilket på længere sigt måske også vil være mere hensigtsmæssigt. Uenighed i ejerkredsen omkring selskabets fremtid kan medføre, at selskabet gøres klar til salg. Dette kan gøres ved, at selskabet foretager en tilførsel af aktiver til et modtagende selskab og samtidig slanker sig selv. Grunden til en omstrukturering kan også være ønsket om at foretage et generationsskifte, eksempelvis medhenblik på den nuværende ejers børn eller ved inddragelse af nøglemedarbejdere. Dette vil kunne foretages ved omstruktureringsmodellen aktieombytning.

Da konsekvenserne ved at benytte de forskellige omstruktureringsmodeller er vidt forskellige, og kan have en likvid påvirkning for de involverede parter, skal disse vælges med omhu. I en afgørelse fra

2002¹, tilførte en selskabsejer aktiviteten fra sit selskab ned i nogle nystiftede datterselskaber som en skattefri tilførsel af aktiver, hvilket vil sige at tilførslen ikke beskattes som et salg af aktiver. I det ene af datterselskaberne, selskab M, blev det efterfølgende planen at foretage et generationsskifte, hvor en medarbejder ville overtage selskabet. Dog var det påtænkt at foretage en udlodning forinden, for at nedbringe de frie egenkapitalreserver i selskab M. Eftersom det påtænkte udbytte var væsentligt højere end årets resultat, anså SKAT udlodningen for at være en skjult kontantvederlæggelse for tilførslen af aktiverne, hvilket ikke er tilladt ved en skattefri tilførsel af aktiver. Dette betød derfor, at såfremt udbyttet ville blive eksekveret, ville SKAT trække tilladelsen til den skattefrie tilførsel af aktiver tilbage, og transaktionen ville blive skattepligtig. Det er derfor essentielt, at vælge de forskellige metoder med omhu, da et brud på de individuelle krav kan have skattemæssige, og dermed likviditetsmæssige konsekvenser.

Den dagligledelse og kapitalejerne af et selskab bør derfor løbende overveje selskabets fremtidsplaner, herunder vurdere om selskabsstrukturen er optimal, eller om en omstrukturering ville optimere selskabet/koncernen bedst muligt til imødekommelse af fremtiden. Alle selskabers situationer er forskellige, og derfor er der heller ikke en klar linje for, hvordan selskabet skal håndtere fremtidige planer i forhold til selskabsstrukturen. Dette afhænger af det enkelte selskabs og kapitalejernes ønske og holdning til at imødekomme fremtiden.

I tilknytning til overvejelserne om at foretage en omstrukturering, skal selskabet og kapitalejerne være opmærksomme på, at der er fire forskellige omstruktureringsmodeller som kan benyttes. Hvilken model der bør benyttes afhænger af den situation selskabet står i, samt hvilke ønsker der er til fremtiden. Yderligere er det vigtigt, at der i overvejelserne medtages de skattemæssige konsekvenser der eventuelt kan være ved en omstrukturering. Det er dog efter de gældende regler, muligt både at foretage en omstrukturering, som en skattepligtig transaktion eller skattefri transaktion med eller uden tilladelse fra SKAT. De skattemæssige muligheder vil derfor være en væsentlig del af overvejelserne, da der kan være både fordele og ulemper ved de to muligheder.

¹ SKM2002.213.TSS

Problemstilling

Ønsker et selskab og dens ledelse af foretage en omstrukturering kan dette enten gøres, som en skattepligtig eller skattefri transaktion med eller uden tilladelse fra SKAT. Ved en skattepligtig omstrukturering vil der ske realisationsbeskatning af en eventuel gevinst, hvilket kan have stor likviditetsmæssig betydning for selskabet. Modsat vil der ved en skattefri omstrukturering ikke direkte ske beskatning, i stedet vil beskatningen udskydes til en eventuel senere afståelse ved at benytte successionsprincippet. Til gengæld kan en skattefri omstrukturering være, administrativt krævende og omkostningsfyldt at dokumentere overholdelse af de gældende regler. Anmodes SKAT om tilladelse, vil dette sikre at omstruktureringen kan foretages skattefrit, hvorimod der ved en skattefri omstrukturering uden tilladelse kan være risiko for, at SKAT efterfølgende kan komme og omstøde transaktionen.

Med henblik på ovenstående vil afhandlingen tage sit udgangspunkt i de skatteretlige bestemmelser, med de udfordringer og problemstillinger der kan medfølge. Yderligere tages der udgangspunkt i den antagelse, at alle danske selskaber altid vil foretrække, at udskyde en beskatning fremfor at betale skatten nu og her, hvilket giver anledning til en hypotese om, at *et selskab altid vil foretrække en skattefri omstrukturering fremfor en skattepligtig*. Dog vides det fra praksis, at der også foretages skattepligtige omstruktureringer, hvilket må være tegn på at en skattepligtig omstrukturering ikke altid vil være den bedste løsning.

Dette har derfor ledt til følgende problemformulering:

Hvorfor er en skattefri omstrukturering ikke altid mere fordelagtig end en skattepligtig?

Besvarelsen af hypotesen vil være med til at afgøre, om der kan være tilfælde hvor en skattefri omstrukturering ikke altid er den mest fordelagtige løsning, og dermed også svare på problemformuleringen. Afhandlingen vil derfor tage udgangspunkt i de forskellige bestemmelser, regler og konsekvenser der vil være for henholdsvis en skattepligtig og skattefri omstrukturering. Ydermere er det vurderet relevant, at se nærmere på de bestemmelser og konsekvenser der kan være ved en skattefri omstrukturering med tilladelse, kontra uden tilladelse fra SKAT.

Afgrænsning

Vi har valgt at foretage nogle afgrænsninger til emnet omstrukturering, for bedst muligt at kunne besvare problemformuleringen, indenfor en skatteretlig synsvinkel. Derfor vil selskabsretlige forhold kun blive inddraget i det omfang, det er vurderet relevant i forhold til forståelsen af de skattemæssige forhold. Det forudsættes ligeledes, at læserne af denne afhandling har et generelt kendskab til de grundlæggende skatteretlige regler. Dette betyder at der afgrænset for en yderligere behandling af afståelsesbeskatning af aktiver og passiver efter de gældende regler. Behandlingen af de gældende regler for afståelsesbeskatning er ikke vurderet væsentlig, i forhold til at besvare problemformuleringen og kan i sig selv være et omfattende emne, hvorfor det er valgt at foretage denne afgrænsning.

Derudover vil afhandlingen kun omhandle danske selskaber der er hjemhørende i Danmark, og som er omfattede af den danske skattelovgivning. Dermed vil mulighederne for at foretage internationale omstrukturering, og de dertil knyttede regler ikke blive behandlet i denne afhandling. Yderligere vil afhandlingen ikke omfatte EU-ret, men fusionsdirektivet vil dog blive inddraget i det omfang det vurderes relevant. Ligeledes vil der ikke være en dybdegående gennemgang af, hvordan der foretages værdiansættelse af aktiverne og passiverne i de deltagende selskaber ved en omstrukturering, da det vurderes at emnet er omfattende, og en hele anden problemstilling end den afhandlingen forsøger at belyse.

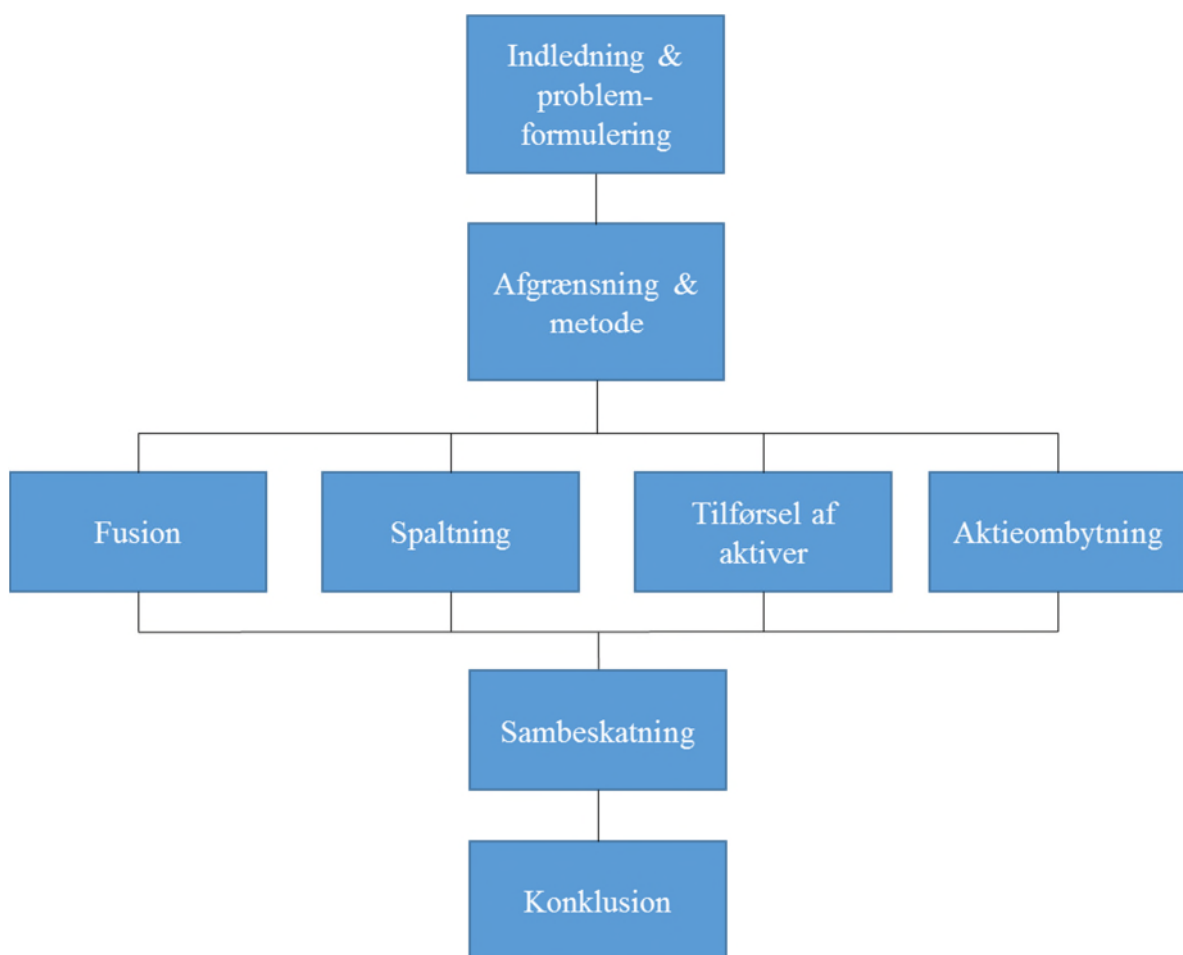
Endvidere vil afhandlingen udelukkende omhandle omstrukturering af selskaber og de modeller der knytter sig hertil, for at kunne besvare problemformuleringen. Benyttelsen af betegnelsen "selskaber" i afhandlingen vil betegnelse kun omfattet aktie- og anpartsselskaber, og dermed vil virksomhedsomdannelse af personlig drevet virksomheder, samt omstrukturering af I/S og K/S selskaber ikke blive behandlet nærmere i afhandlingen.

En omstrukturering kan ofte være forbundet med store følelsesmæssige overvejelser hos kapitalejerne, da selskabet eksempelvis kan have været i familiens ejerskab gennem mange generationer, men nuværende ejer er nødsaget til at fusionere med et andet selskab eller sælge dele af aktiviteten fra. Denne form for bløde værdier spiller en stor rolle når selskaber og kapitalejerne går med overvejelser om at foretage en omstrukturering, men da følelser er individuelle er det svært at forholde sig til denne faktor og derfor ses der bort fra denne i afhandlingen.

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i dansk ret frem til 1. november 2016, er der efter denne dato fremsat eller vedtaget nye lovforslag, vil disse ikke være medtaget.

Metode

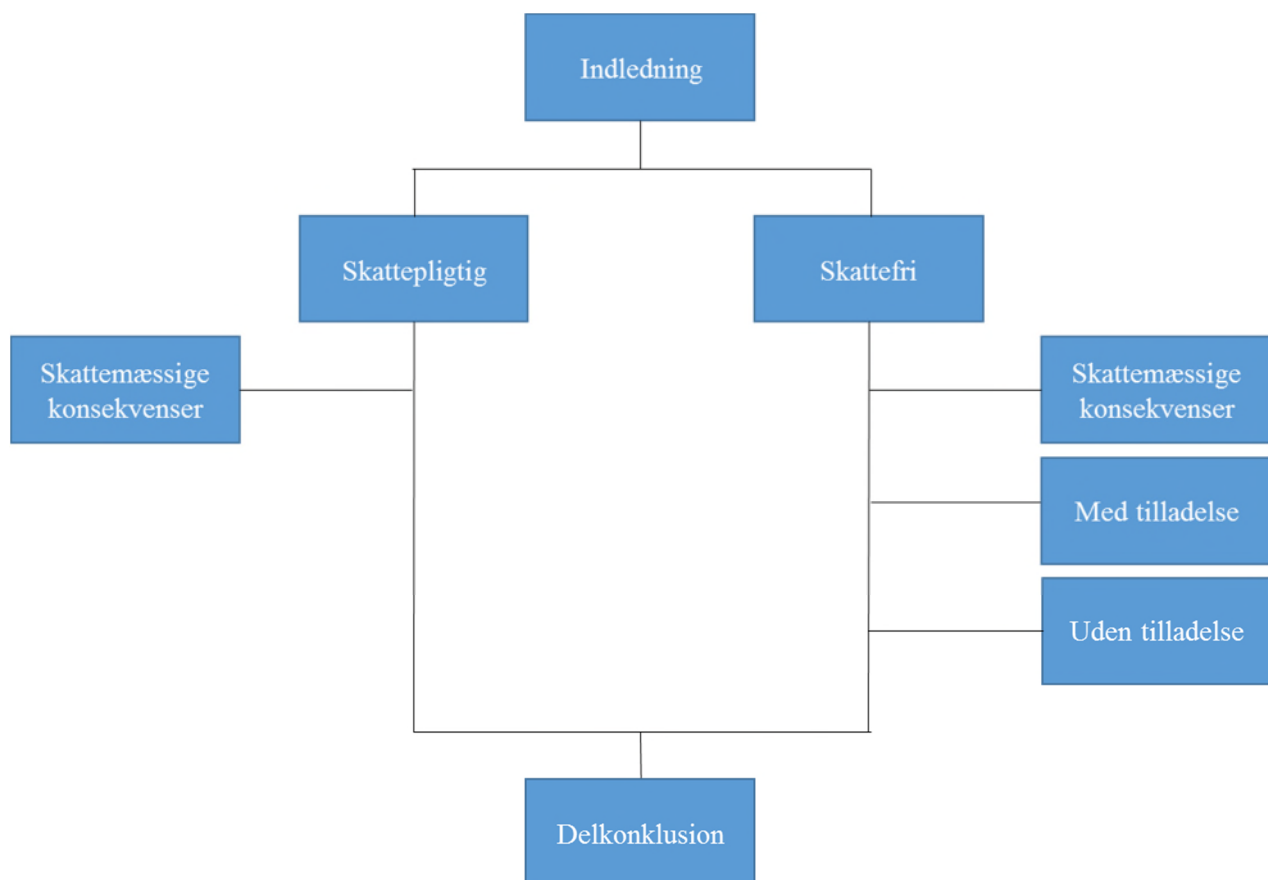
Ved besvarelse af afhandlingens problemformulering og herunder den opstillet hypotese, vil der tages udgangspunkt i offentligt tilgængeligt data. Der vil primært blive benyttet sekundær data, hvilket vil omfatte SKAT's juridiske vejledning, relevante afgørelser, love og bekendtgørelser, samt fagbøger. Afhandlingen vil omhandle de fire omstruktureringsmodeller, fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning. Hver model vil blive gennemgået og analyseret i hvert sit kapitel, hvor inddragelse af relevante afgørelser vil være med til, at belyse hvordan loven i praksis bliver tolket for hver af omstruktureringsmodellerne. Nedenfor er det illustreret hvordan afhandlingens kapiteller vil være opbygget.



Kapitlet indledning og problemformulering, vil indeholde en kort introduktion til emnet omstrukturering, samt afhandlingens problemformulering der forsøges besvaret via afhandlingens gennemgang og analyser af emnet. For at sikre, at der sker besvarelse af afhandlingens problemformuleringen, har det været nødvendigt at foretage nogle former for afgrænsning, hvilket

vil fremgå i kapitlet afgræsning og metode, som også vil indeholde en gennemgang af metodevalg og afhandlingens opbygning.

Kapitlerne fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning, vil indeholde en gennemgang af hver omstruktureringsmodel, med de problemstillinger og skattemæssige konsekvenser der medfølge ved, at foretage en omstrukturering efter den valgte metode. Hvert kapitel vil starte med en indledning hvor omstruktureringsmodellens generelle betydning og former vil blive gennemgået. Derefter vil kapitlet blive opdelt i to overordnet kapitler, hvor det ene vil behandle den skattepligtige omstrukturering og herunder de skattemæssige konsekvenser. Det andet overordnet kapitel vil omhandle den skattefri omstrukturering, og herunder de skattemæssige konsekvenser. Derudover vil der for den skattefri omstrukturering, for henholdsvis spaltning, tilførsel af aktiver og aktieombytning, blive gennemgået de objektive krav der er gældende, hvis omstrukturering foretages med eller uden tilladelse fra SKAT. Til slut vil hvert kapitel blive opsummeret i en delkonklusion, hvor de fundne problemstillinger og konsekvenser vil fremgå. Nedenfor er illustreret de overordnet områder for hvert kapitel.



Ved af foretage en omstrukturering kan dette ofte have påvirkning på en koncernstruktur og dermed en sambeskatningskreds. Derfor er det valgt at medtage et kapitel omkring sambeskatning, hvor der generelt for alle fire omstruktureringsmodellerne, vil blive gennemgået de ekstra konsekvenser og problemstillinger der vil være, hvis de deltagende selskaber indtræder eller udtræder fra en sambeskatningskreds. Afslutningsvis vil der være en konklusion, der vil besvare den opstillede problemformulering, via de foretaget analyser og gennemgang af problemstillinger i afhandlingen.

Anvendte forkortelse

Der vil igennem afhandlingen blive henvist til en række love og specifikke paragraffer. Hermed vil der ved henvisningen til loven anvendes lovens forkortelser, for ikke altid at skulle skrive lovens fulde betegnelse. Nedenfor er der derfor opstillede de benyttede loves fulde betegnelse, samt de benyttede forkortelser.

Aktieavancebeskatningsloven	ABL
Fondsbeskatningsloven	FBL
Fusionsskatteloven	FUSL
Ligningsloven	LL
Selskabsloven	SL
Selskabsskatteloven	SEL
Skatteforvaltningsloven	SFL
Statsskatteloven	SSL

Fusion

Fusion benyttes som omstruktureringsmodel i de tilfælde, hvor et eller flere selskaber ønsker at sammenlægge aktiviteten og dermed selskaberne. Ligesom ved to af de andre omstruktureringsmodeller er fusion omfattet af fusionsskattelovens bestemmelser. Definitionen af hvad der skal forstås ved en fusion, skal dog findes i selskabslovens § 236 og defineres som:

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

Det fremgår af ovenstående definition, at en fusion er når et selskab opløses fordi det overdrager alle selskabets aktiver og forpligtelser til et modtagende selskab, mod at få et vederlag. Dette er ligeledes også den overordnede betingelse for, at en fusion kan finde sted i henhold til FUSL § 1, stk. 3, hvor der står følgende:

”Fusion forelægger når et selskab overdrager sin formue som helhed til et andet selskab eller sammensmeltes med dette”.

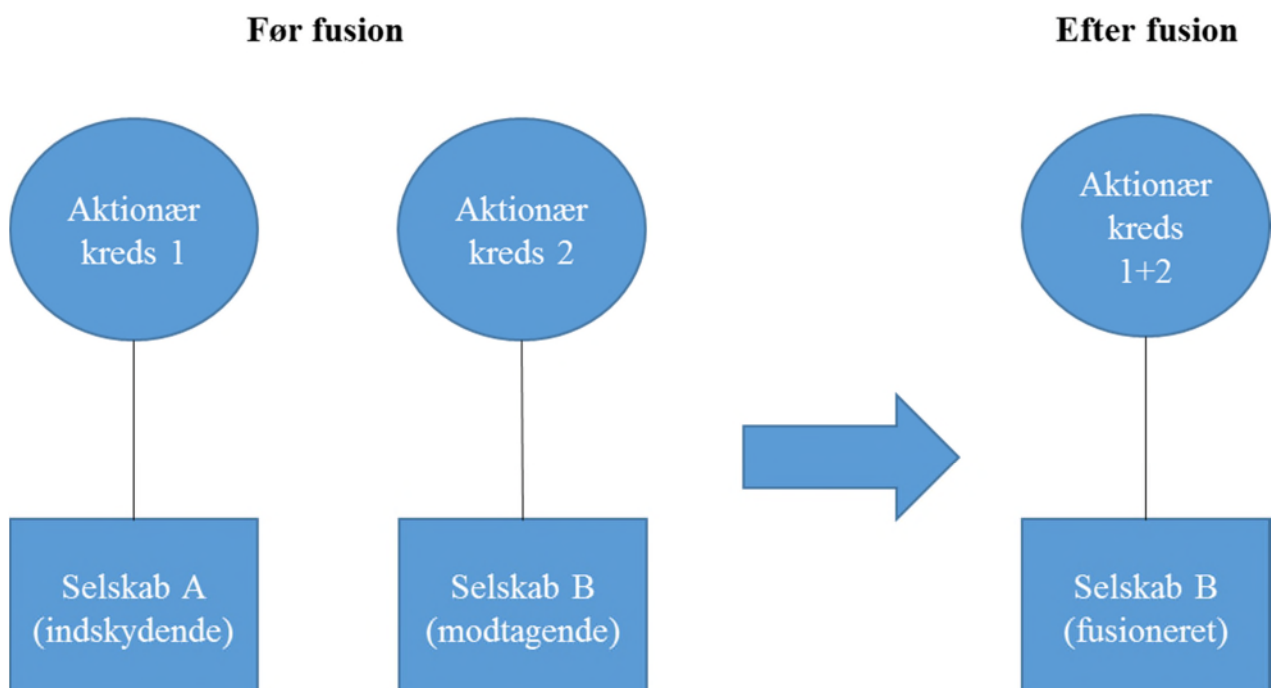
Ved at det indskydende selskab i en fusion overdrager alle selskabets aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab, samt at kapitalejerne af det indskydende selskab vil afstå de ejede kapitalandele, vil transaktionen som udgangspunkt blive sidestillet med en afståelse. Dette vil endvidere betyde, at der vil ske en afståelsesbeskatning. Det er dog muligt efter fusionsskattelovens bestemmelser, at foretage en fusion skattefrit, hvis de gældende regler og krav overholdes.

En fusion kan foretages på to måder, enten ved en vandret eller lodret fusion. Hvilken form der anvendes afhænger af formålet med fusionen. Såfremt to selskaber, hvor der ikke er tale om et moder- / datterforhold, ønsker at lægge aktiviteterne sammen, er der tale om en vandret fusion. Er formålet derimod at sammensmelte et datter- og moderselskab, vil en lodret fusion blive anvendt.

Vandret fusion

En vandret fusion forekommer, som nævnt ovenfor, når to selskaber der ikke har et moder-/datterforhold ønskes sammensmeltet. Begrundelsen for at foretage en vandret fusion kan blandt andet være i de tilfælde, hvor to konkurrerende selskaber bliver enige om at slå sig sammen. Dette kan eksempelvis være fordi det vurderes, at det fortsættende selskab herefter vil stå stærkere i markedet, og derfor vil en fælles forretning, i et nyt eller i et af de to eksisterende selskaber, være en optimal løsning for begge. Det fremgår af Selskabslovens § 236, at der kan ske fusion på to måder, enten ved en uegentlig eller egentlig måde, som begge foretages som en vandret fusion. Det selskab der overdrager dets aktiver og forpligtelser kaldes det indskydende selskab, mens det selskab der får overdraget aktiverne og forpligtelserne kaldes det modtagne selskab.

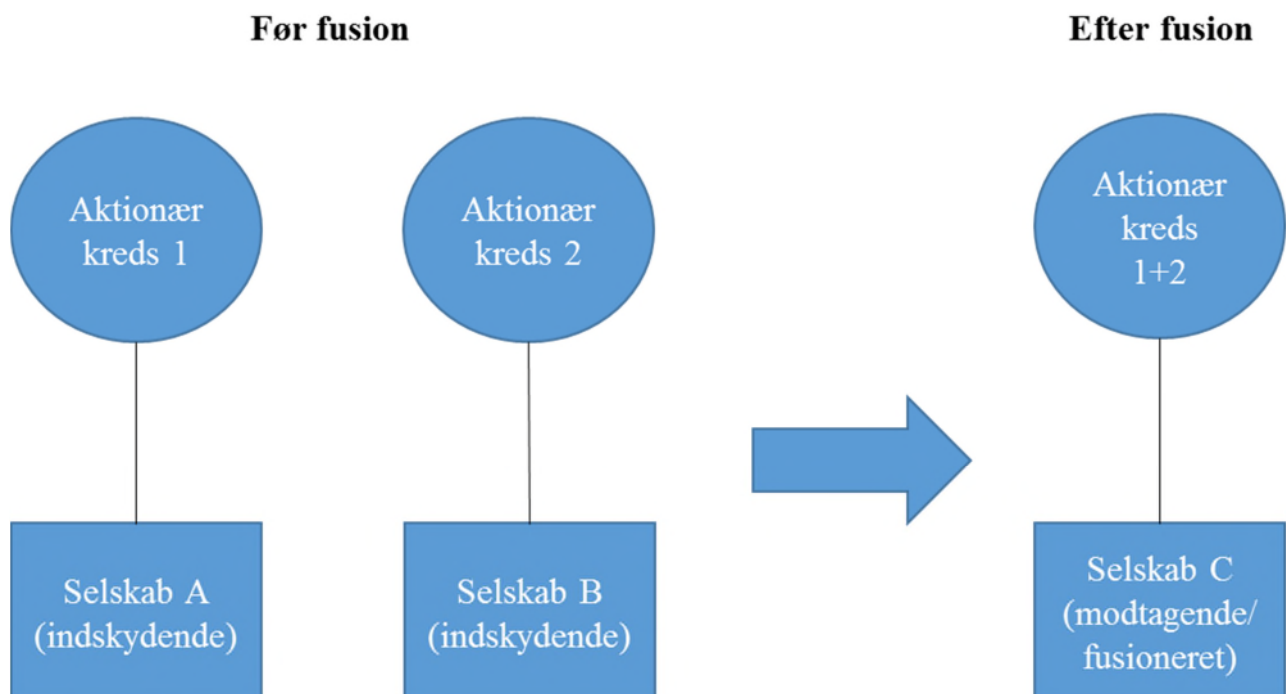
Ved en uegentlig fusion fortsætter det ene selskab driften, mens det indskydende selskab overdrager dets aktiver og forpligtelser som helhed. til det modtagende selskab. Dette sker mod, at kapitalejerne af det indskydende selskab, modtager vederlag i form af kapitalandele i det modtagende selskab. Dermed vil der kun være et selskab der ophører, hvilket er kendetegnet for en uegentlig fusion. En uegentlig fusion er illustreret nedenfor.



Figur: 1 Kilde: Egen tilvirkning

I figur 1 er en uegentlig fusion illustreret mellem selskab A og B, hvor selskab A er det indskydende selskab. Det er dermed selskab A som ophører, ved overdragelse af alle dets aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab B, som fortsætter med at eksistere, med en ny ejerkreds.

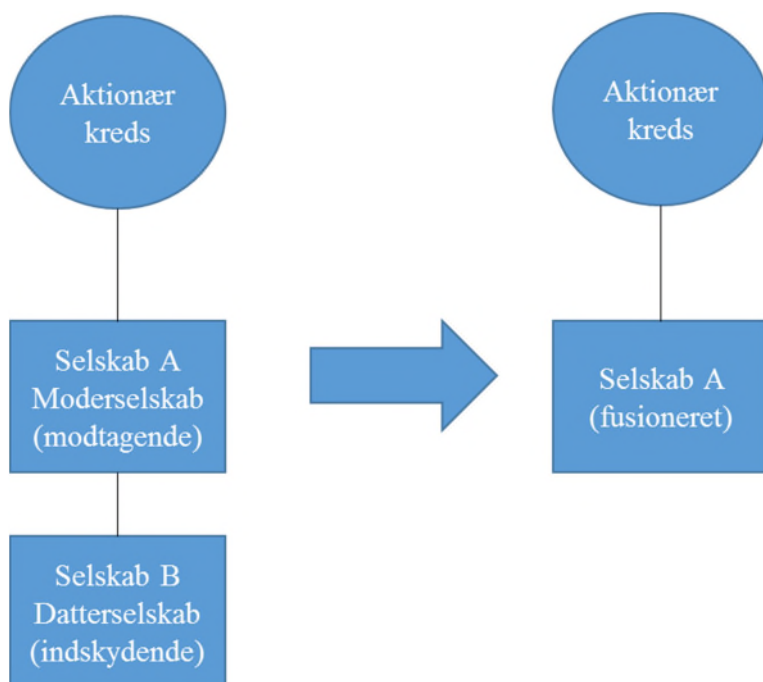
En egentlig fusion foretages ved, at begge selskaber bliver opløst og overdrager alle deres aktiver og forpligtelser til et nyt kapital-selskab. Dette sker ligeledes med, at kapitalejerne i de indskydende selskaber modtager kapitalandele i det nye selskab (modtagende selskab). Hermed vil begge selskaber blive opløst, og et nyt selskab vil blive oprettet med den nye ejerkreds, som illustreret nedenfor.



Figur: 2 Kilde: Egen tilvirkning

Lodret fusion

En lodret fusion kan forekomme på to måder, enten ved en lodret- eller omvendt lodret fusion og forudsætter, at der er et moder-/ datterforhold. Begge fusioner kan blandt andet bruges til, at trimme en koncernstruktur, hvis et af selskaberne er unødvendige. Det unødvendige selskab, kan dermed fusioneres ind i et af de allerede eksisterende selskaber. Ved en lodret fusion fusioneres et datterselskab op i moderselskabet. Datterselskabet vil overdrage dets aktiver og forpligtelser til moderselskabet, som vil blive det modtagende selskab. Nedenfor er illustreret en lodret fusion:



Figur: 3 Kilde: Egen tilvirkning

En omvendt lodret fusion, er som navnet antyder det omvendte af en lodret fusion. Det vil sige, at der stadig er et moder-/datterforhold, men her vil det være datterselskabet der er det modtagende selskab, og moderselskabet der ophører ved overdragelse af alle dets aktiver og forpligtelser til datterselskabet.

Skattepligtig fusion

En skattepligtig fusion vil, blive anset som en afståelse af det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser, samt en afståelse af kapitalejernes kapitalandele i det indskydende selskab. Dette medfører, at der både vil ske afståelsesbeskatning af det indskydende selskab og af kapitalejerne. Der er yderligere forskel på de selskabsretlige regler, og de skattemæssige regler, når der er tale om en skattepligtig fusion. Selskabsretligt vil det indskydende selskab ophøre uden likvidation, mens der efter de skattemæssige regler vil ske likvidationsbeskatning af det ophørende selskab jf. selskabsskatteloven § 5. Dette vil medføre en række skattemæssige konsekvenser for henholdsvis det indskydende selskab, det modtagende selskab og kapitalejerne. Nedenfor vil der blive redegjort for, de skattemæssige konsekvenser opdelt på de tre involverede parter, samt en kort gennemgang af fusionsdato kravet.

Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

I en fusion vil det indskydende selskab overdrage sine aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab og dermed ophøre. Det vil som benævnt ovenfor medføre en likvidationsbeskatning efter SEL § 5, hvilket betyder, at der skal foretages en opgørelse af den skattepligtige indkomst for det indskydende selskab. Den skattepligtige indkomst skal opgøres efter de almindelige regler i SEL § 8 om indkomstopgørelse. Ved udarbejdelsen af opgørelsen skal der tages højde for, at udgifter der direkte tilknytter sig til likvidationen ikke kan fradrages, da der ikke er tale om udgifter til at erhverve, sikre eller vedligeholde indkomsten jf. Statsskattelovens § 6.

I den skattepligtige indkomst skal indgå afståelsesbeskatningen af det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser, som overdrages til det modtagende selskab. Overdragelsen vil blive behandlet, som et almindeligt salg, og den skattemæssige afståelsessum vil derfor svare til den aftalte handelsværdi.

Det vil eksempelvis betyde, at det indskydende selskab i en omvendt lodret fusion, skal opgøre en eventuel gevinst eller tab på de kapitalandele selskabet ejede i det modtagende selskab efter aktieavancebeskatningsloven. Ved en vandret fusion, hvor det indskydende selskab blandt andet ejer en ejendom, som sammen med de resterende aktiver og forpligtelser overdrages til det modtagende selskab, skal avance/tabets opgøres efter ejendomsavanceloven for ejendommen.

Selvangivelsen for det afsluttende indkomstår for det indskydende selskab, skal indsendes inden der er gået en måned efter opløsningen af selskabet, i henhold til SEL § 5, stk. 3.² Den endelige opløsning af selskabet sker på den afsluttende generalforsamling, samt det er fra denne dag fristen for indsendelse af selvangivelsen gælder.

Ved opgørelse af afståelsesbeskatningen, skal det bemærkes at SKAT, i tilfælde hvor selskaberne er interesse forbudne, kan korrigere de aftalte handelsværdier.³ Har det indskydende og modtagende selskab derimod modstridende interesser, vil værdiansættelsen ikke være noget problem, da hvert selskab umiddelbart vil trække værdien hver sin vej. Endvidere skal det bemærkes, at hvis det indskydende selskab har skattemæssige fremførbare underskud, kan underskuddet ikke overføres ved fusion til det modtagende selskab i henhold til SEL § 12. Det betyder, at fremførbare underskud der er optjent før fusionsdatoen, bortfalder ved den afsluttende vedtagelse om fusion på generalforsamlingen. Hvis der opstår underskud efter fusionsdatoen, anses dette som optjent af det modtagende selskab, og vil dermed kunne benyttes fremadrettet. Vælger selskaberne at foretage en egentlig fusion, vil begge selskaber være indskydende, og det nystiftede selskab vil ligeledes være det modtagende selskab. De fremførbare underskud i begge indskydende selskaber vil gå tabt, hvorimod ved en uegentlig fusion, vil det kun være det ene selskabs underskud der mistes. Det er derfor vigtigt, at selskaberne overvejer hvilket der skal være det indskydende, og hvilket der skal være det modtagende selskab, såfremt det kun er et af selskaberne der har fremførbare underskud. Tabet af fremførbare underskud før fusionsdatoen gælder kun i de tilfælde, hvor der sker fusion mellem to selskaber, der ikke er i et sambeskatningsforhold.

Er selskaberne dermed i et sambeskatningsforhold, og der foretages en uegentlig fusion, vil det modtagende selskab kunne udnytte det indskydende selskabs fremførbare underskud, der er opstået mens selskaberne har været sambeskattet. Udnyttelsen af det indskydende selskabs fremførbare underskud i det modtagende selskab, er dog kun muligt i fusionsåret, herefter vil de fremførbare underskud bortfalde eftersom det indskydende selskab er ophørt, og ikke længere indgår i sambeskatningen i henhold til SEL § 31, stk. 2. Vælges der derimod, at foretage en egentlig fusion mellem to sambeskattede selskaber, vil begge selskaber ophøre, og det nyoprettede selskab vil indtræde i sambeskatningen. Da det nyoprettede selskab består af aktiver og forpligtelser fra selskaber i sambeskatningskredsen, vil fusionen kunne gennemføres med skattemæssig virkning fra

² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.1.

³ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.1.

indkomstårets start i henhold til SEL § 8A, stk. 2 og § 31, stk. 3. Det vil dermed være muligt, at udnytte de indskydende selskabers underskud fra hele indkomståret, i det modtagende selskab eller andre selskaber i sambeskatningskræsen i fusionsåret eller de efterfølgende år. Fremførebare underskud fra før fusionsåret i de to indskydende selskaber, skal udnyttes i fusions året hvorfor de ellers vil falde bort. Derimod vil der i de tilfælde, hvor der er fremførebare underskud fra før fusionsdagen i de andre ikke-fusionerede selskaber i sambeskatningskredsen, ikke være mulighed for at udnytte disse i det nyoprettede selskab. Dette skyldes, at der mellem det nystiftede selskab og de ikke-fusionerede selskaber er etableret en ny sambeskatningskreds. De fremførebare underskud kan dog stadig benyttes af de selskaber der var med i den gamle sambeskatningskreds i henhold til SEL § 31, stk.2.

Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

De overdragede aktiver og forpligtelser fra det indskydende selskab til det modtagende selskab, vil blive anset som købt til den handelsværdi der er aftalt. Vederlaget det modtagende selskab betaler fordelt pr. aktiv, vil udgøre aktivernes anskaffelsessum, og det modtagende selskab kan dermed afskrive på denne værdi. Dog kan der kun afskrives, hvis anskaffelsessummen er et udtryk for markedsprisen, ellers kan SKAT ændre den aftalte handelsværdi som nævnt ovenfor.⁴

Til forskel for det indskydende selskab, kan fremførebare underskud i det modtagende selskab bruges ved opgørelse af den skattepligtige indkomst. Dette gælder også fremførebare underskud der er optjent før fusionsdagen i henhold til SEL §§ 12-12 D. Se afsnittet omkring sambeskatning for en yderligere gennemgang heraf.

De skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne

Kapitalejerne i det indskydende selskab anses for, at have afstået sine kapitalandele i det indskydende selskab, og samtidig modtage nye kapitalandele og/eller en kontant udligningssum fra det modtagende selskab. Både afståelsen af kapitalandelene i det indskydende selskab samt erhvervelsen af de nye andele, gælder fra den dag fusionen bliver besluttet på selskabets generalforsamling. Vederlaget til kapitalejerne i det indskydende selskab kan, som beskrevet, både ske ved modtagelse af kapitalandele i det modtagende selskab og en kontant udligningssum. Dermed vil der ske

⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.1.

afståelsesbeskatning af de afståede kapitalandele i det indskydende selskab på baggrund af handelsværdien, som svarer til værdien af erhvervelsen af de nye kapitalandele. Gevinsten eller tabet vil blive beskattet efter reglerne i aktieavancebeskatningsloven. Dette betyder, at hvis kapitalejerne er et selskab (juridisk enhed), som har ejet mere end 10 % af selskabskapitalen, og eventuelt har bestemmende indflydelse, vil der være tale om enten en datterselskabsaktie eller koncernselskabsaktie, hvorfor en eventuel avance ikke skal medtages i opgørelsen af den skattepligtige indkomst i henhold til ABL § 8. Modtager kapitalejerne i det indskydende selskab i stedet, eller sammen med kapitalandelene et kontant vederlag, vil dette blive set som udbytte og beskattes efter ABL jf. SEL § 2 D.

Fusionsdatoen

Fusionsdatoen er som udgangspunkt den dag, hvor fusionen bliver vedtaget på de deltagende selskabers generalforsamling. Dette er også i overensstemmelse med det skattemæssige princip om, at virkning af aftalen gælder fra det tidspunkt, hvor fusionen er vedtaget.⁵ Skattemæssigt er det dog valgt, at godkende de selskabsretlige regler om, at en skattepligtig fusion kan gennemføres med tilbagevirkende kraft i henhold til SEL § 8 A, stk. 2. Dette gør, at de deltagende selskaber kan beslutte, om fusionen skal have virkning fra skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår. Dermed vil handelsværdierne på skæringsdatoen være de værdier afståelses- og anskaffelsessummerne opgøres ud fra. Det betyder samtidig også, at resultatet i det indskydende selskab efter skæringsdatoen, tilhører det modtagende selskab, og skal derfor beskattes der.

Selskaberne skal dog være opmærksomme på, at hvis fusionen vil medføre at selskabet vil tilgå eller ophøre i et koncernforhold, vil det ikke være muligt at benytte bestemmelserne om, at virkningen af fusionen kan ske med tilbagevirkende kraft i henhold til SEL § 8 A, stk. 2, 3. pkt. Her vil der i stedet for skulle udarbejdes en delårsopgørelse på det tidspunkt, hvor koncernforholdet ophørte eller blev etableret for de deltagende selskaber.

⁵ SEL § 8 A, stk. 1.

Skattefri fusion

En fusion af to eller flere selskaber, vil som nævnt ovenfor medføre afståelsesbeskatning af både det indskydende selskab og kapitalejerne. Det er for selskaber der overvejer fusion dog muligt, at vælge en skattefri fusion i stedet, dette vil ske efter anvendelse af reglerne i fusionsskatteloven. I stedet for beskatning med det samme, vil successionsprincippet regulere det modtagende selskabs erhvervelse af aktiver og forpligtelser⁶, og dermed vil beskatningen af eventuelle avancer opstået ved afståelsen af det indskydende selskabs aktiver forpligtelser blive udskudt.

Kapitalandelene i det modtagende selskab, som kapitalejerne i det indskydende selskab modtager som vederlag ved fusionen, vil først blive behandlet skattemæssigt når disse på et tidspunkt afstås. Kapitalandelene vil skattemæssigt blive set, som erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum, som de kapitalandele kapitalejerne havde i det indskydende selskab i henhold til FUSL § 11. For at kapitalejerne i de omfattede selskab kan foretage en fusion skattefrit, er der nogle yderligere krav der skal opfyldes, ifølge fusionsskattelovens bestemmelser. Nedenfor er kravene for at kunne gennemføre en skattefri fusion gennemgået.

Vederlag

Der er som nævnt tidligere forskellige krav kapitalejerne skal overholde, for at kunne foretage en skattefri fusion. Blandt andet er der jf. FUSL § 2, stk. 1, krav om hvordan vederlæggelsen til kapitalejerne skal ske. Vederlæggelsen skal ske som kapitalandele i det modtagende selskab samt en eventuel kontant udligningssum, hvilket betyder at mindst én af kapitalejerne i det indskydende selskab, skal vederlægges med mindst én aktie i det modtagende selskab. Kapitalejerne kan også vælge, at foretage en kombination mellem vederlæggelse af aktier og kontanter, eller kun at modtage aktier i det modtagende selskab. Det skal bemærkes, at vælger kapitalejerne at modtage vederlæggelse i kontanter, vil dette blive beskattet som modtaget udbytte, da det vil anses som en afståelse af aktierne.⁷ Ovenstående blev bekræftet ved afgørelsen af SKM2010.412.SR, som omhandlede 3 datterselskaber, hvor der var et ønske om, at fusionere to af datterselskaberne ind i det tredje datterselskab. Selskaberne bad skatterådet bekræfte at fusionsskattelovens bestemmelser var opfyldt, og at fusionen kunne gennemføres selvom der kun blev udstedt én aktie i det modtagende selskab til

⁶ FUSL § 8

⁷ FUSL § 9

kapitalejerne fra de indskydende selskaber. Skatterådet var enig heri, og dermed bekræftede at de deltagende selskaber kunne foretage fusionen, selvom der kun blev vederlagt med én aktie.

Vedlæggelsen til kapitalejerne i form af kapitalandele, skal være nye eller egne kapitalandele fra det modtagende selskab. Dette vil også være gældende, selvom de to deltagende selskaber har samme ejerkreds, hvorfor kapitalejerens værdi af kapitalandelene i det modtagende selskab ikke kan stige i værdi, når det indskydende selskab overdrages. Der må ligeledes ikke ske vederlæggelse med kapitalandele i et andet selskab, end det modtagende selskab. Dette blev bekræftet ved en afgørelse fra 2004, hvor der fejlagtigt var udstedt vederlagsaktier i det modtagende selskabs norske moderselskab, i stedet for i det modtagende selskab, hvorfor Told- og skattestyrelsen ikke kunne godkende anmodningen om tilladelse til at foretage en skattefri fusion.⁸

En undtagelse til kravet om vederlæggelse i form af kapitalandele i det modtagende selskab, gælder ved lodret fusion i henhold til FUSL § 2, stk. 2. Dette skyldes, at ved lodret fusion vil datterselskabet fusioneres op i moderselskabet, og det vil dermed ikke give mening, hvis moderselskabet skulle udstede kapitalandele til sig selv. Derfor vil datterselskaber forsvinde op i moderselskabet, ved at aktierne i datterselskabet vil blive annulleret og alle dets aktiver og forpligtelser vil blive overdraget til moderselskabet. Ved omvendt lodret fusion vil reglerne i FUSL § 2, stk. 1 stadig være gældende, da det her er moderselskabet der fusioneres ned i datterselskabet, og kapitalandelene i moderselskabet vil blive overdraget til datterselskabet efter de gældende regler.

Ombytningsforhold

Det gælder yderligere ved en skattefri fusion, at der ved opgørelsen af vederlaget ikke må ske en formueforskydning mellem kapitalejerne. Dermed opgøres værdierne der bruges til fastlæggelse af vederlaget, ud fra handelsværdierne på tidspunktet for den skattemæssige fusionsdato i henhold til FUSL § 5, stk. 1. Det er derfor vigtigt, at handelsværdierne bliver opgjort korrekt, ellers kan SKAT omgøre værdierne hvilket vil medføre, at transaktionen ikke længere vil være skattefri og dermed vil fusionen ikke længere være omfattet af fusionsskatteloven. Kravet er tilsvarende gældende for spaltning, hvorfor kravet også er behandlet under dette kapitel ud fra et spaltningssynspunkt. Det er i praksis kendt, at selskaberne kan afvige fra dette krav hvis fravigelsen ikke medfører, at der opnås en utilsigtet skattemæssig fordel. Dette skete eksempelvis i sagen SKM2003.574.LSR, hvor 2

⁸ SKM2004.370.TSS

søsterselskaber blev fusioneret, men det vederlag det indskydende selskab modtog var af lavere værdi end anparterne i det indskydende selskab. Landsskatteretten godkendte alligevel den skattefrie fusion på baggrund af, at den lavere værdi ikke medførte en formueforskydning mellem selskabsdeltagerne.⁹

Er de deltagende selskaber eller kapitalejere i tvivl om vederlaget opfylder ombytningsforholdskravet, kan selskaberne altid anmode SKAT om, at vurdere værdierne og komme med et bindende svar. Dette vil ligeledes sikre, at SKAT efterfølgende ikke kan komme og omgøre de opgjorte værdier og dermed gøre fusionen skattepligtig.

Fusionsdatoen

Fusionsdatoen er som udgangspunkt den dato, hvor det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser regnskabsmæssigt bliver overdraget til det modtagende selskab. Det er efter bestemmelserne i FUSL § 5, stk. 1 et krav, at den skattemæssige skæringsdato er sammenfaldende med det modtagende selskabs regnskabsår. Kravet i FUSL § 5, stk. 1 sikrer, at de fusionerede selskaber ikke har en periode hvor de ikke bliver beskattet. Eksempelvis vil det ikke være muligt, at foretage en fusion med skattemæssig skæringsdato den 1 februar, hvis det modtagende selskabs regnskabsår er 1. april – 31. marts, da fusionsdatoen her vil være 1. april. Dette blev bekræftet ved Ligningsrådets afgørelse i 1998, hvor ligningsrådet gav afslag på en skattefri fusion, da fusionsdatoen ikke var sammenfaldende med det modtagende selskabs skæringsdato for regnskabsåret. Fusionsdatoen var angivet som den 1. juli, men som i eksemplet strakte det modtagende selskabs regnskabsår sig fra 1. april – 31. marts. Derfor var fusionsdatoen og skæringsdatoen ikke sammenfaldende, og en skattefri fusion kunne dermed ikke finde sted.¹⁰ Det modtagende selskab vil fra fusionsdatoen starte et nyt indkomstår, hvor den skattepligtige indkomst skal opgøres og sendes til SKAT. Derimod vil det indskydende selskab afslutte sit sidste indkomstår ved fusionsdatoen.

Der findes undtagelser til hovedreglen i henhold til FUSL § 5, stk. 2 og 3, hvilket gælder i de tilfælde hvor det modtagende selskab er et ”skuffeselskab”, eller i de tilfælde hvor der ved en fusion sker ophør eller etablering af koncernforhold og dermed ændring i sambeskatningsforholdet.

⁹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.3.1

¹⁰ TFS1998.598.LR.

Fusionsdato med et "skuffeselskab"

Et skuffeselskab kan defineres, som et selskab, der siden stiftelsen ikke har drevet nogen form for erhvervsmæssig virksomhed. Ligeledes har selskabets egenkapital stået uberørt på en bankkonto, og selskabets indkomst vil kun bestå af de optjente renter for indlånet på bankkontoen.¹¹

Lempelsen til hovedreglen betyder, at det er muligt at fastlægge en fusionsdato som ligger uden for det modtagende selskabs regnskabsperiode, og dermed behøver det modtagende selskab ikke at ændre dets regnskabsperiode. Dette gælder kun når det modtagende selskab er et "skuffeselskab", og det er dets første regnskabsperiode. I undtagelsen er der fastsat at det modtagende "skuffeselskabs" første regnskabsperiode maksimalt må være 18 måneder, dette er ligeledes i overensstemmelse med SEL § 4, stk. 2. Skuffeselskabets regnskabsperiode skal ifølge reglen slutte præcis 12 måned efter fusionsdatoen, og dermed kan "skuffeselskabet" stiftes op til 6 måneder før fusionsdatoen og frem. Det betyder, at selskabet ikke kan være stiftet 1. januar, hvis fusionsdatoen først bliver vedtaget den 1. november, her vil der være for mange måneder i mellem og regnskabsperioden for skuffeselskabet vil blive mere end de 18 måneder.

Fusionsdato hvor koncernforholdet ændres

Den anden undtagelse til hovedreglen for fusionsdatoen, er i de tilfælde hvor der ved fusionen sker ændring i koncernforholdet og dermed sambeskatningskredsen. Lempelsen kommer af, at sambeskatningsreglerne efter SEL § 31, stk. 5 har forrang over FUSL § 5, stk. 1, da det her kræves, at der opgøres en delopgørelse for den periode selskabet har været med i sambeskatningskredsen eller før den indtrådte. Den skattemæssige fusionsdato vil dermed blive den dag koncernforholdet ophører eller bliver etableret. Undtagelsen skal være med til at sikre, at der ikke flyttes indkomst ind og ud af en sambeskatningskreds.

Der skal som nævnt ovenfor udarbejdes en delopgørelse frem til fusionsdagen, for både det modtagende selskab og det indskydende selskab i henhold til SEL § 31, stk. 5. Opgørelsen skal laves for, at indkomsten der er optjent inden koncernforholdets ændring bliver beskattet i den sambeskatningskreds selskabet tilhørte før fusionen. Hvis selskabet før fusion ikke var en del af en

¹¹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.4.2

sambeskatningskreds, skal selskabets indkomst ind til fusionsdagen beskattes uden om sambeskatningskredsen.

Indgår der flere selskaber i fusionen, og det ikke er dem alle sammen hvor der sker ændring i koncernforholdet, vil disse ikke skulle opføre en delopgørelse, men derimod følge reglerne i FUSL § 5, stk. 1. Skæringsdatoen for disse selskaber skal derfor være sammenfaldende med det modtagende selskabs regnskabsperiode. Dermed kan der ved en fusion af flere selskaber, være flere forhold der skal overholdes for de enkelte selskaber, hvis fusionen skal være en succes for alle de involverede selskaber.

Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Selvom transaktionen er skattefri vil der være forskellige skattemæssige forhold, der skal tages højde for. For det indskydende selskab i en skattefri fusion, vil der ikke ske afståelsesbeskatning efter SEL § 5 af aktiver og forpligtelserne der overdrages til det modtagende selskab, da det modtagende selskab succedere efter reglerne i FUSL § 8. I stedet fremgår det af FUSL § 7, stk. 1, at det indskydende selskabs skattepligtige indkomst skal indsendes for perioden, der ligger fra den sidste indsendte selvangivelse til fusionsdagen. Perioden anses for at være et selvstændigt indkomstår, uanset hvor mange måneder perioden indeholder. Alle indtægter og udgifter for denne periode, skal medtages i opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Afskrivningsberettigede aktiver kan kun afskrives forholdsmæssigt over den periode den skattepligtige indkomst opgøres for. Det vil sige, at er perioden mindre end eller længere end 12 måneder, skal afskrivningerne tilpasses det aktuelle antal måneder og/eller dage den skattepligtige indkomst omfatter.

Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

En skattefri fusion vil ske efter successionsprincippet, hvilket betyder at det modtagende selskab vil indtræde i det indskydende selskabs skattemæssige stilling. Det modtagende selskab vil dermed overtage det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser, med den oprindelige anskaffelsessum og tidspunkt i henhold til FUSL § 8, stk. 1. Selskabet udskyder dermed realisationsbeskatningen til den dag det modtagende selskab sælger aktiverne. Ligeledes vil det modtagende selskab også overtage de eventuelle skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger, det indskydende selskab måtte have foretaget på aktiverne. Har det indskydende selskab aktiver, der skal afskrives forholdsmæssigt jf. SEL § 31, stk. 5, kan der på dette aktiv også kun afskrives forholdsmæssigt i det modtagende selskab

jf. FUSL § 8, stk. 1, pkt. 2. Ved at hele aktiviteten i det indskydende selskab overdrages, vil det modtagende selskab også overtage hele det indskydende selskabs skattemæssige driftsmiddelsaldo. Den skattemæssige driftsmiddelsaldo der overføres til det modtagende selskab kan derfor godt indeholde restsaldi fra solgte driftsmidler mv., og dermed være højere end de regnskabsmæssige værdier.¹²

Har det indskydende selskab erhvervet aktiver eller forpligtelser med hensigt på spekulation, vil det modtagende selskab overtage denne hensigt ved en skattefri fusion jf. FUSL § 8, stk.2. Det betyder, at det modtagende selskab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, skal behandle disse aktiver eller passiver som erhvervet med spekulationshensigt, eller som led i næring altså på samme måde, som det indskydende selskab havde behandlet aktiverne eller forpligtelserne. Dette er også gældende, hvis det indskydende selskab eksempelvis har anskaffet et aktiv uden at have spekulations- eller næringshensigt, men hvor det modtagende selskab har et tilsvarende aktiv, som er købt med hensigt på spekulation eller næring. Her vil aktivitet fra det indskydende selskab blive betragtet i det modtagende selskab, som erhvervet med hensigt på spekulation eller næring, selvom det indskydende selskab ikke har erhvervet aktivet med denne hensigt.

Det modtagne selskab vil, som beskrevet i en skattefri fusion, overtage alle aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab. Der er dog ingen succesionsbestemmelser i FUSL, der giver det modtagende selskab mulighed for at overtage det indskydende selskabs skattemæssige underskud fra tidligere år, eller benytte det modtagende selskabs tidligere års skattemæssige underskud i henhold til FUSL § 8, stk. 1, pkt. 1. For en dybere gennemgang af udnyttelse af underskud, samt sambeskatningsforhold henvises til afsnittet herom.

Det skal dog bemærkes, at der ved en skattefri fusion som medfører et ejerskifte på mere end 50%, vil underskudsbegrænsning efter SEL § 12 D også være gældende. Dette skyldes, at selskabets aktier eller stemmerettigheder ved begyndelsen af underskudsåret, ejes af andre aktionærer end ved udgangen af året, og dermed vil der ske begrænsning af udnyttelse af underskud fra tidligere år.

Yderligere skal de deltagende selskaber være opmærksomme på, at hvis et af de deltagende selskaber i fusionen har et kildeartsbestemt tab til fremførsel fra tidligere år, kan dette ikke udnyttes efter fusionen og vil dermed gå tabt jf. FUSL § 8, stk. 8. Denne bestemmelse er også gældende for

¹² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.7.1.

sambeskattede selskaber. Der er hermed ikke nogen udtagelse, selvom selskaberne er i samme sambeskatningskreds inden fusionen foretages.

Skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne

De skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne i de fusionerede selskaber, fremgår af FUSL §§ 9 og 11. I afsnittet vederlag, er det allerede nævnt at kapitalejerne selv kan vælge hvordan vederlagsaflæggelsen skal være, med forbehold at mindst én kapitalejer modtager mindst én andel i det modtagende selskab. Modtager kapitalejerne en kontant udligningssum i forbindelse med den skattefrie fusion, vil udligningssummen blive beskattet som udbytte jf. FUSL § 9. Dette er forudsat, at kapitalejerne efter fusionen stadig ejer kapitalandele i et af de indskydende, modtagende selskaber eller kapitalandele i selskaber, som er koncernforbundne med de fusionerede selskaber. Ved at udligningssummen bliver beskattet som udbytte, og fordi der nu ejes kapitalandele i det modtagende selskab, vil kapitalandelene i det indskydende selskab ikke blive anset for afstået. Vælger en kapitalejer i stedet ikke at få nogen kapitalandele som vederlag, men kun modtage en kontant udligningssum som vederlæggelse, vil kapitalejeren blive afståelsesbeskattet, da de ejede kapitalandele i det indskydende selskab vil blive anset som værende afstået.¹³

Vederlægges kapitalejerne kun med kapitalandele i det modtagende selskab, er det i stedet bestemmelserne i FUSL § 11 der er gældende. Her vil successionsprincippet anvendes, hvilket betyder at de nye kapitalandele i det modtagende selskab, vil have samme ejertid og anskaffelsessum, som kapitalandelene i det indskydende selskab havde. Dermed vil kapitalandele i det indskydende selskab ikke blive set som afstået, men derimod som en ombytning af aktier og vederlæggelsen vil dermed ske skattefrit. Afstås kapitalandelene i det modtagende selskab senere, vil det derfor betyde at kapitalandelene vil blive behandlet i den skattepligtige indkomst, med den samme anskaffelsessum og anskaffelsestidspunkt, som hvis kapitalandelene stadig var som i det indskydende selskab.¹⁴

Indsendelse af dokumenter til SKAT

Fusionsskatteloven blev i 2008 ændret således, at det ikke længere er et krav, at der skal indsendes selskabsretlige dokumenter til SKAT i forbindelse med en skattefri fusion. Ændringen skyldes, at SKAT fremadrettet selv rekvirer dokumenterne fra Erhvervsstyrelsen, hvis SKAT ønsker at

¹³ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.8.

¹⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.10.

kontrollere om fusionen er sket i overensstemmelse med fusionsskatteloven. Det er dermed stadig et krav, at selskabet indsender de selskabsretlige dokumenter til Erhvervsstyrelsen jf. selskabslovens kapitel 17. Det fremgår dog af FUSL § 6, stk. 1 og 2, at skatteministeriet har hjemmel til fastsætte nærmere regler for, hvilke dokumenter der skal sendes til SKAT og dermed sikre, at SKAT får den tilstrækkelige information vedrørende omstruktureringen. Skatteministeriet udstedte derfor i medfør af FUSL § 6, stk. 2, bekendtgørelsen nr. 1003 af 6. september 2014, der har indført regler om en række oplysninger det modtagende selskab skal indgive til SKAT.¹⁵ Jf. BEK nr. 1003 af 6. september 2014 skal det modtagende selskab oplyse følgende ved en skattefri omstrukturering til SKAT:

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

Ovenstående oplysninger skal sendes til SKAT, senest 1 måned efter den dag fusionen er vedtaget i alle de fusionerende selskaber. Jf. FUSL § 6, stk. 3 skal fristen overholdes for, at bestemmelserne i fusionsskatteloven kan finde anvendelse. Selskaberne skal sende oplysningerne digitalt til SKAT via TastSelv. SKAT kan dog vælge at se bort fra dette, hvis det modtagende selskab eksempelvis ikke er hjemmehørende i Danmark og dermed ikke har adgang til TastSelv.¹⁶

¹⁵ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.5.

¹⁶ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.5.

Delkonklusion

En fusion finder steder, når to eller flere selskaber ønsker at føres sammen til et selskab. Dette kan foretages ved enten en vandret eller lodret fusion. En vandret fusion kan foretages på to måder, enten ved en egentlig fusion eller en uegentlig fusion. Vælger begge selskaber, at blive opløst og overdrage alle selskabets aktiver og forpligtelser i sin helhed til et nyt kapitalselskab, og samtidig modtage kapitalandele i det nystiftede selskab, er der tale om en egentlig fusion. Beslutes det i stedet for, at det ene selskab skal fortsætte driften, vil det andet selskab blive opløst og overdrage alle dets aktiver og forpligtelser til det fortsættende selskab. Kapitalejerne i det indskydende selskab modtager herved kapitalandele i det fortsættende selskab, og dermed vil der være foretaget en uegentlig fusion. En lodret fusion kan kun foretages, hvor der er tale om et moder/datter forhold mellem selskaberne, og ved at datterselskabet fusioneres op i moderselskabet eller omvendt.

De deltagende selskaber i en fusion, kan enten vælge at foretage fusionen som en skattepligtig eller som en skattefri fusion. Ved en skattepligtig fusion, vil der ske likvidationsbeskatning af det ophørende selskab, da selskabet skattemæssigt betragtes som værende ophørt, når det indskydende selskab overdrager alle dets aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab. Overdragelsen vil blive set som et almindeligt køb og salg, hvorfor afståelsessummer vil blive opgjort til handelsværdier. Ydermere vil der også ske afståelsesbeskatning af kapitalejernes kapitalandele, da kapitalandelene i det indskydende selskab vil blive anset som afstået.

Det er ligeledes vigtigt ved en skattepligtig fusion, at have styr på de fremførebare underskud der er i de deltagende selskaber, uanset hvilken fusion der benyttes og hvilke selskaber der deltager. Dette skyldes, at der er forskel på hvornår det er muligt at anvende skattemæssige fremførebare underskud fra før fusionsdatoen. Dette afhænger af, om der er foretaget en egentlig eller uegentlig fusion, og om selskaberne er sambeskattet eller ej. Har det indskydende selskab skattemæssige fremførebare underskud, vil disse bortfalde ved fusionen og kan dermed ikke udnyttes af det modtagende selskab. Til gengæld kan de skattemæssige fremførebare underskud anvendes til modregning i den eventuelle skattepligtige avance, der eventuelt kan opstå i det indskydende selskab ved overdragelse af dets aktiver og forpligtelser. De skattemæssige fremførebare underskud vil dog indirekte blive overført til det modtagende selskab igennem overdragelsen, af det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser til handelsværdi, som vil give det fremtidige afskrivningsgrundlag. Dermed vil vedtagelsen af fusionsdatoen ligeledes have stor betydning, da det er værdiansættelsen af aktiverne

og forpligtelserne på denne dato der benyttes ved opgørelsen af en eventuel avance eller tab. Det modtagende selskab vil modsætningsvis stadig beholde selskabets skattemæssige fremførbare underskud, som kan anvendes til modregning i senere overskud. Det må derfor konkluderes, at det især ved en skattepligtig ugentlig fusion skal overvejes, hvilket selskab der skal være det modtagende og hvilket der skal være det indskydende, for bedst muligt at kunne udnytte de fremførbare underskud. Reglen er dog kun gældende hvis de deltagende selskaber ikke er sambeskattet.

Ved en skattefri fusion skal de deltagende selskaber vide bestemmelserne i fusionsskatteoven vedrørende blandt andet vederlag, ombytningsforhold, fusionsdatoen samt udnyttelse af underskud. Det er vigtigt at kapitalejerne er opmærksomme på, at modtages der vederlæggelse i andet end kapitalandele i det modtagende selskab, vil dette blive sidestillet med afståelse af aktiverne og dermed blive beskattet som udbytte. Dette vil dog ikke have betydning, hvis der er tale om selskaber (juridiske enheder) der kan afstå kapitalandele skattefrit, hvilket er i de tilfælde hvor der ejes mere end 10 % af kapitalandelene.

Når der foretages en skattefri fusion, er det vigtigt at være opmærksom på om ombytningsforholdet af kapitalandelene er opgjort til handelsværdi, da der ikke må ske en formueforskydning mellem kapitalejerne. Bliver værdierne ikke opgjort til den korrekte handelsværdi, kan SKAT foretage en omgørelse af værdierne og fusionen vil dermed blive skattepligtig. Det skal dog bemærkes, at SKAT kan fravige denne bestemmelse, hvis den fejlagtige opgørelse ikke giver en skattemæssig fordel. Er de deltagende selskaber i tvivl om vederlaget, eller gerne vil være sikre på at handelsværdierne er opgjort korrekt, kan selskaberne anmode SKAT på forhånd om at vurdere værdierne, og komme med et bindende svar for at undgå en efterfølgende omgørelse af SKAT.

Yderligere skal kravet omkring fusionsdatoen overholdes, hvis de deltagende selskaber vælger at foretage en skattefri fusion. Inden fusionen foretages, skal det sikres at den skattemæssige skæringsdato er sammenfaldende med det modtagende selskabs regnskabsår, således det sikres at det indskydende selskab i en periode ikke bliver beskattet. Modsat en skattepligtig fusion vil der ved en skattefri fusion, som hovedregel ikke ske beskatning af hverken det indskydende, det modtagende selskab eller kapitalejerne. For det indskydende selskab betyder dette, at der ikke vil ske afståelsesbeskatning når selskabets aktiver og forpligtelser overdrages til det modtagende selskab. I stedet skal den skattepligtige indkomst dog opgøres fra den sidste indkomst periode, og indtil fusionen har fundet sted, uanset hvor mange måneder perioden indeholder. Den skattepligtige indkomst skal

herefter selvangives til SKAT. Det modtagende selskab vil i stedet for at få aktiverne og forpligtelserne ind til handelsværdi, succedere i det indskydende selskabs værdier, og dermed overtage en eventuel skatteforpligtelse. Kapitalejerne vil som nævnt tidligere kun blive beskattet ved en skattefri fusion, hvis der modtages vederlag i form af en kontant udligningssum.

Ud fra ovenstående gennemgang kan det derfor konkluderes, at der ved en skattepligtig fusion sker en form for dobbelt beskatning da både det indskydende selskab og kapitalejerne vil blive afståelsesbeskattet. Modsat bør det overvejes, om det er muligt at opfylde alle de ekstra krav en skattefri fusion medfører, eller om avancen ved en skattepligtig fusion er minimal i forhold til den større administrative byrde en skattefri fusion kan medføre.

Vil de deltagende selskaber gerne undgå beskatningen, og er det muligt at opfylde de ekstra krav en skattefri fusion kræver, kan det i flere tilfælde være fordelagtigt at foretage en skattefri fusion. Hermed vil de deltagende selskaber opnå en udskydelse af beskatningen, da det modtagende selskab overtager forpligtelser fra det indskydende selskab. Det må dog konkluderes, at vælges det at foretage en skattefri fusion, anbefales det at der ansøges om bindende svar fra SKAT ved opgørelse af handelsværdien for det indskydende selskabs aktiver og forpligtelser, så det sikres at ombytningsforholdskravet overholdes, for at undgå en omgørelse af værdierne og dermed gøre transaktionen skattepligtig.

Overordnet må det derfor konkluderes, at det for hvert konkret tilfælde skal vurderes hvilke konsekvenser en skattepligtig kontra en skattefri fusion vil have for de deltagende selskaber.

Spaltning

En anden form for omstruktureringsmetode er en spaltning. En spaltning benyttes i de situationer hvor det ønskes, at splitte et selskabet op i to eller flere juridiske enheder. Reglerne for at foretage en spaltning står beskrevet i FUSL kapitel 4 §§15a-15b og er defineret således:

*”Ved spaltning forstås den transaktion, hvorved et selskab overfører en del af eller samtlige sine aktiver og passiver til et eller flere eksisterende eller nye selskaber ved i samme forhold som hidtil at tildele sine selskabsdeltagere aktier eller anparter og eventuelt en kontant udligningssum”*¹⁷

Det bemærkes, at der i ovenstående definition nævnes at spaltningen godt kan foretages til allerede eksisterende selskaber, hvorfor det ikke er en nødvendighed at stifte nye selskaber ved gennemførsel af en spaltning.

En spaltning kan ske på to måder, enten ved en ophørsspaltning eller en grenspaltning. En ophørsspaltning, også kaldet en fuldstændig spaltning, sker når det indskydende selskab overfører samtlige af selskabets aktiver og passiver til to eller flere modtagende selskaber, og dermed opløses det indskydende selskab da hele selskabet er overført til andre selskaber.¹⁸

En grenspaltning finder sted, når et selskab ønsker at dele selskabsaktiviteten i to selvstændige enheder. For at kunne foretage en grenspaltning, skal der være tale om en selvstændig enhed før den kan udspaltes fra selskabet til det nye modtagende selskab. I FUSL §15 c, stk. 2, 2. pkt. er en selvstændig enhed defineret som

”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”

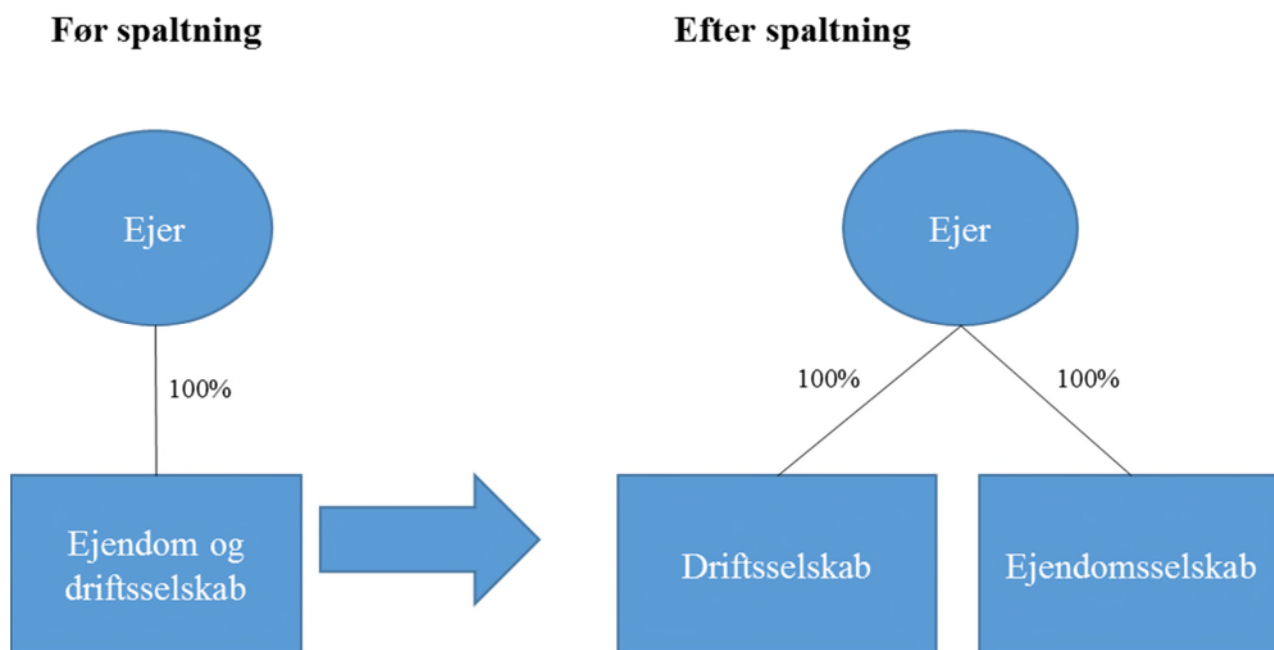
Figur 4 nedenfor viser et eksempel på en grenspaltning, hvor det indskydende selskab har to selvstændige aktiviteter.

Der kan være mange grunde til at ejerne af et selskab gerne vil foretage spaltning. En situation hvor spaltning anvendes, kan eksempelvis være i det tilfælde hvor et selskab har to driftsaktiviteter,

¹⁷ FUSL § 15 a, stk. 2, 1.pkt.

¹⁸ Michelsen, Aage, Bolander, Jane, Engsig, John & Askholt, Steen: *Lærebog om indkomstskat*, DJØF, 15. udgave, 2013 side 983

produktion og ejerskab af ejendommen hvori produktionen foretages. Her vil ejerne af dette selskab kunne vælge at splitte aktiviteterne ad, og dermed foretage en grenspaltning af ejendomsaktiviteten, som derefter vil ligge i et særskilt selskab. Nedenfor er illustreret hvordan selskabsstrukturen vil se ud før og efter spaltningen.



Figur 4 Kilde: Egen tilvirkning

En anden grund kan være, at ejerne af selskabet gerne vil sælge dele af selskabets aktiviteter fra. I det tilfælde vil det være nemmere, først at foretage en spaltning og flytte den aktivitet der ønskes frasolgt. Det kan for eksempel være den situation der er illustreret i ovenstående figur 4, hvor ejerne tænker på at sælge produktionen fra, måske som et led i et generationsskifte eller lignende. Ejerne ønsker dog stadigvæk at beholde ejendommen. Ved at fraspalte de to aktiviteter, vil det efterfølgende være nemmere for aktionærene at frasælge det ene selskab, da det dermed udelukkende indeholder den aktivitet der ønskes frasolgt.

En anden situation hvor spaltning kan være en løsning, er hvis to eller flere aktionærer er blevet uenige om den fremadrettede strategi for et fælles ejet selskab, og dermed gerne vil have splittet aktiviteten op. I det tilfælde kan selskabets aktivitet spaltes ud i to nye selskaber, hvor hver aktionær overtager et af de nye selskaber. Det skal dog bemærkes, at der i Fusionsloven ikke er krav om, at aktionærene i det indskydende selskab modtager kapitalandele i alle de modtagende selskaber.

Ligeledes er det ikke et krav, at alle aktionærer modtager kapitalandele for den andel de tilfører fra det indskydende selskab. I stedet kan én aktionær vederlægges med alle aktierne i det nye selskab, mens den anden aktionær vederlægges med en kontantsum. Dog må der ikke ske en forskydning af værdier mellem aktionærerne ved spaltningen. Fusionsskatteloven gør det dermed muligt for aktionærerne, at tage et eksisterende selskab og splitte det i flere selskaber, og med forskellig ejerkreds.¹⁹

En spaltning kan enten foretages som en skattefri eller skattepligtig spaltning. Begge spaltningemetoder har fordele og ulemper, og bør medtages i overvejelserne inden selskabet vælger at foretage en spaltning. I de efterfølgende afsnit, vil der blive set nærmere på forskellene mellem en skattefri og en skattepligtig spaltning. Derudover skal et selskab der vælger at foretage en spaltning, være opmærksom på at der sker en ændring i koncernforholdet efter reglerne i SEL § 31. Dette betyder, at den ændring der sker ved spaltningen, kan få skattemæssige konsekvenser da dette medfører en ændring i sambeskatningsforholdene mellem selskaberne. De skattemæssige konsekvenser ved ændring af sambeskatningsforhold er nærmere gennemgået i særskilt afsnit.

¹⁹ FUSL § 15 a, stk. 2

Skattepligtig spaltning

Ved en skattepligtig spaltning, vil reglerne i Fusionsskatteoven ikke benyttes, men derimod vil selve spaltningen blive set som en almindelig afståelse af selskabets aktivitet til et nyt eller eksisterende selskab. Ved en skattepligtig spaltning vil der reelt være tale om et selskab, der afhænder dele af selskabet til et andet. En afståelsesbeskatning af de aktiver og forpligtelser som det indskydende selskab har afstået vil udløses, hvilket vil ske efter de gældende skatteregler som for eksempelvis Kursgevinstloven, Ejendomsavanceoven, Aktiebeskatningsloven med flere.

Der er dog forskel på, hvordan den eventuelle opnået gevinst vil blive beskattet alt efter om aktionærerne har valgt, at foretage en skattepligtig grenspaltning eller ophørsspaltning. Der er derfor i de efterfølgende afsnit gennemgået de skattemæssige konsekvenser for henholdsvis den skattepligtige grenspaltning og ophørsspaltning.

Skattemæssige konsekvenser ved grenspaltning

Indledningsvist er det vigtigt at bemærke, at en skattepligtig grenspaltning ikke er omfattet af Fusionsskatteovens bestemmelser om grenkravet. Det er derfor muligt, at lave en skattepligtig grenspaltning hvor aktiviteten ikke er en selvstændig enhed, og kun dele af en gren kan overdrages til et andet selskab. Det kan dermed også diskuteres, om det mere retvisende ord i denne form for spaltning er en delvis spaltning i stedet for en grenspaltning, da selve grenkravet ikke uden skattepligtig transaktion er gældende.

De aktiver og forpligtelser, som det indskydende selskab overdrager til det modtagende selskab vil blive set som værende afstået, og skal dermed afståelsesbeskattes af en eventuel avance efter skattelovgivningens almindelige regler i henhold til SEL § 8. Der vil her være tale om en delvis afståelsesbeskatning, da det kun vil være de aktiver og forpligtelser der er afhændet til det modtagende selskab, der skal beskattes. Ved at de overdragende aktiver og forpligtelser bliver beskattet, vil det også betyde at det modtagende selskab ikke vil succedere i værdierne fra det indskydende selskab. Til gengæld vil de overdragede aktiver og forpligtelser anses for værende anskaffet af det modtagende selskab til handelsværdi på spaltningstidspunktet.

Det indskydende selskab vil derfor stadig bestå, da det ved en grenspaltning kun overdrager dele af selskabets aktiver og forpligtelser. Kapitalejerne ejer stadigvæk alle kapitalandele i det indskydende selskab, dog vil værdien være nedsat med nettoværdien af de overdragede aktiver og forpligtelser. Afgangen af værdien vil ikke blive set som en afståelse eller salg af kapitalandele, og kapitalejerne vil derfor ikke blive afståelsesbeskattet af afgang. I stedet vil kapitalejerne blive udbyttebeskattet af nettoværdien af de overdragede aktiver og forpligtelser. Yderligere vil kapitalejerne anses for at have anskaffet kapitalandele i det modtagende selskab.

Det bemærkes dog, at hvis kapitalejeren af det indskydende selskab er et selskab som ejer mere end 10% af selskabskapitalen, vil der være tale om datterselskabsaktier²⁰. Såfremt der yderligere er bestemmende indflydelse vil aktierne blive betegnet som koncernaktier.²¹ Her vil avancen ved overdragelsen i praksis ikke udløse en beskatning, da udlodningen af udbytte til selskaber der enten ejer datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier er skattefrie i henhold til SEL § 13, stk.1, nr. 2.

Skattemæssige konsekvenser ved ophørsspaltning

Ved ophørsspaltning overdrager det indskydende selskab alle dets aktiver og forpligtelser til de modtagende selskaber, og vil dermed blive anset for værende afstået. En fuld afståelsesbeskatning af en eventuel gevinst vil derfor ske, efter de gældende skatteregler, som blandt andet omfatter Kursgevinstloven, Aktieavancebeskatningsloven, Ejendomsavancebogen med videre. Ligesom ved grenspaltning vil de modtagende selskaber ikke succedere i værdierne fra det indskydende selskab, men i stedet vil de overdragede aktiver og forpligtelser, blive anset som anskaffet til handelsværdi på spaltningstidspunktet.

Det indskydende selskab overdrager alle sine aktiver og forpligtelser til de modtagende selskaber, og dermed vil det indskydende selskab ophøre. Kapitalejernes andele i det indskydende selskab, vil derfor blive anset som afstået og kapitalejerne vil blive afståelsesbeskattet heraf. Kapitalejerne har samtidig erhvervet nye kapitalandele i de modtagende selskaber.

²⁰ ABL § 4 A, stk. 1.

²¹ ABL § 4 B, stk. 1.

Skattefri spaltning

Det er muligt at foretage en skattefri spaltning, ved anvendelse af Fusionsskattelovens bestemmelser. For at et selskab kan benytte reglerne i FUSL, kræver det at selskabet er omfattet af bestemmelserne i § 15 a, stk.1, 1. pkt., hvor det er beskrevet hvilke selskaber der kan benytte spaltning efter FUSL.

”Ved spaltning af et selskab har selskaberne afgang til beskatning efter reglerne i § 15 b, stk. 1 og 2, når såvel det indskydende selskab som det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF og ikke ved beskatningen her i ladet anses for en transparent enhed”.

Det betyder, at et selskab kan foretage en skattefri spaltning efter Fusionsskattelovens regler, og skal være omfattet af begrebet ”selskab i en medlemsstat”, samt ikke må være en transparent enhed. Ved en transparent enhed menes der blandt andet selskaber som Kommanditselskaber, Interessentselskaber eller lignede selskaber, da disse selskaber er skattetransparente og dermed bliver selve selskabets resultat ikke beskattet direkte i selskabet, men derimod i ejernes skattepligtige indkomst.

En skattefri spaltning kan foretages på to måder, enten med eller uden tilladelse fra SKAT. Reglerne i FUSL §§ 15 a og 15 b gælder for begge muligheder, hvilket betyder at der vil være nogen generelle krav, som vil være gældende for begge muligheder, og bliver gennemgået nedenfor. Efterfølgende vil de særlige forhold, der er gældende for enten den skattefri spaltning med eller uden tilladelse blive behandlet.

Grenkravet

For at kunne foretage en spaltning i form af en grenspaltning, skal selskabet være opmærksom på at der er et særligt krav om, at det er en reel gren af selskabet der spaltes ud. En reel gren er defineret i FUSL som en selvstændig enhed ud fra en organisationsmæssig betragtning²². Det betyder, at den gren der ønskes at spalte fra, skal kunne fortsætte ved hjælp af egne midler når spaltningen er sket. Med andre ord skal enheden derfor kunne betragtes som selvstændig i selskabet. Vurdering af om en gren er en selvstændig enhed, beror på en konkret vurdering af den enkelte virksomhed. Inden grenspaltningen kan finde sted, skal selskabet afgøre om det er muligt at opdele selskabet i flere

²² FUSL § 15 a, stk. 3 og § 15 c, stk. 2, 2. pkt.

selvstændige enheder, der vil have mulighed for at fortsætte ved hjælp af egne midler. Er dette ikke muligt, kan selskabet ikke foretage en skattefri spaltning.

Det ovenstående beskrevet grenkrav er dermed det samme som er gældende for omstruktureringsmodellen *Tilførsel af aktiver*, og for ikke at behandle kravet to gange, henvises der til afsnittet der omhandler tilførsel af aktiver for en nærmere gennemgang af kravet.

Det skal bemærkes, at ved en ophørsspaltning hvor det indskydende selskab overdrager alle dets aktiver og passiver til to eller flere modtagende selskaber og dermed ophører, gælder grenkravet ikke. Det betyder, at fordelingen mellem aktiver og passiver ikke behøver være tilknyttet til en selvstændig enhed, men kan frit placeres i de modtagende selskaber efter hvordan det ønskes²³. Ophørsspaltning kan derfor blive en interessant mulighed for de selskaber der ønsker, at foretage en spaltning, men ikke har mulighed for at opdele sine aktiviteter i selvstændige enheder, der kan fortsætte ved hjælp af egne midler.

Spaltningsdato

Fastlæggelse af spaltningsdatoen fremgår af FUSL § 5, der også omfatter fusionsdatoen. Den generelle regel er at spaltningsdatoen skal være sammenfaldende med det modtagende selskabs regnskabsår. Sker der i forbindelse med spaltningen en ændring i koncernforholdene, således at det enten ophører eller etableres, er det sambeskatningsreglerne i SEL § 31, stk. 5 der har forrang i forhold til hovedreglen i FUSL § 5, stk. 1. Hovedreglen i FUSL § 5, stk. 1 omkring skæringsdatoen der skal være sammenfaldende med det modtagende selskabs regnskabsår, må vie fra SEL § 31, stk. 5's krav om udarbejdelse af en delopgørelse. Dermed kan konsekvensen af ændringer af koncernforholdene ved en spaltning, få den betydning at selskabet skal til at udarbejde delperiodeopgørelser, som kan medføre ekstraomkostninger i forbindelse med opgørelsen og periodiseringen, af indtægter og omkostninger frem til skæringsdatoen.²⁴ For en mere dybde gående gennemgang henvises der til afsnittet om fusionsdatoen.

²³ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 434

²⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.5.2.4.3.

Skattemæssige konsekvenser ved skattefri spaltning

De skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab, modtagende selskab og kapitalejerne, er det samme lige meget om selskabet vælger, at foretage spaltningen med eller uden tilladelse fra SKAT. På baggrund heraf vil de skattemæssige konsekvenser for de tre grupper blive behandlet nedenfor.

Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Ved en skattefri spaltning er hovedformålet at udskyde en beskatning, hvorfor der ikke vil ske en beskatning, af det indskydende selskab ved overdragelse af aktiver og passiver til det eller de modtagende selskaber. Til gengæld vil det eller de modtagende selskaber succedere i det indskydende selskabs oprindelige anskaffelsessummer og tidspunkter for de overdraget aktiver og passiver²⁵. En eventuel skatteforpligtelse vil blive overført til de modtagende selskaber, i stedet for at blive realiseret ved den reelle afståelse der egentlig finder sted.

På den anden side er det ved en skattefri spaltning ikke muligt, at overføre skattemæssige underskud fra det indskydende selskab til det eller de modtagende selskaber, da underskuddene tilhører det indskydende selskab. Det kan få den konsekvens, at hvis der foretages en ophørsspaltning vil de skattemæssige underskud gå tabt ved det indskydende selskab ophør. Foretages der derimod en grenspaltning vil de skattemæssige underskud stadig høre til det indskydende selskab, og kan bruges til modregning i fremtidige skattepligtige overskud.²⁶

Vælger et selskab derfor, at foretage en skattefri grenspaltning, bør det ovenstående give anledning til overvejelser omkring udnyttelsen af de skattemæssige underskud. Forventes det eksempelvis at den ene selvstændige aktivitet fremadrettet vil generere større skattemæssige overskud, bør det overvejes at denne gren bibeholdes i det indskydende selskab, og dermed kan udnytte det tidligere års uudnyttet skattemæssige underskud.

Spaltning kan som beskrevet tidligere i ovenstående afsnit, ændre koncernforholdene og dermed påvirke sambeskatningsforholdene, da der i henhold til SEL § 31 er tvungen national sambeskatning. Der henvises til det særskilte afsnit omkring sambeskatning for yderligere gennemgang.

²⁵ FUSL § 8, stk. 1.

²⁶ FUSL § 8, stk. 6 og §8, stk. 8

Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Ifølge afsnittet ovenfor, vil det eller de modtagende selskaber i en skattefri spaltning, overtage de modtagne aktiver og passiver ved succession. Det eller de modtagende selskaber vil derfor overtage det indskydende selskabs oprindelige anskaffelsessum, tidspunkt og hensigt for de modtagne aktiver og passiver. Dermed videregives der en latent skatteforpligtelse til det eller de modtagende selskaber, såfremt handelsværdien af hvert aktiv og passiv er højere end de skattemæssige værdier.

Medfører spaltningen ændring i koncernforholdene ved etablering af nyt eller nye selskaber, skal disse indtræde i den tvungen national sambeskatning jf. SEL § 31.

Skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne

Aktionærerne skal vederlægges efter reglerne i FUSL, og kan enten blive vederlagt med aktier i det eller de modtagende selskaber. Dog kan det også ske i en kombination af en kontant udligningssum og aktier i det eller de modtagende selskaber.

Vederlægges der kun med aktier i det eller de modtagende selskaber, vil omstruktureringen kunne ske skattefrit for aktionærerne. I det aktierne i det eller de modtagende selskaber overdrages ved succession, vil aktionærerne overtage de nye aktier i det eller de modtagende selskaber til den samme anskaffelsessum, tidspunkt og hensigt, som de oprindelige aktier i det indskydende selskab. Er alle aktierne i det indskydende selskab ikke anskaffet til samme anskaffelsessum, tidspunkt eller med samme hensigt, skal der foretages en forholdsmæssig fordeling af aktierne jævnt før reglerne i FUSL § 15 b, stk. 4.

I de tilfælde hvor vederlæggelsen sker ved en kombination af en kontantudligningssum, og aktier i det eller de modtagende selskaber, kan der ske beskatning af kontantudligningssummen hos den enkelte aktionær. Derfor skal der opgøres en eventuel gevinst ved modtagelse af kontantudligningssummen, i forhold til de tidligere ejede aktier i det indskydende selskab. Det skal bemærkes, hvis alle aktierne ikke er anskaffet på samme tidspunkt, vil det være de først anskaffede aktier der først vil blive anset for afstået, ved opgørelsen af en eventuelt avance mellem den kontante udligningssum og de afstået aktier.

Der er dog forskel på, om den kontante udligningssum er givet ved en grenspaltning eller en ophørsspaltning. Hvis det kontante vederlag er givet ved en grenspaltning, skal aktionærerne

beskattes som om vederlaget var modtaget udbytte²⁷. Gives det kontante vederlag derimod ved en ophørsspaltning, skal aktionærerne afståelsesbeskattes af avancen på de aktier som vederlaget modtages for i stedet for aktier i det eller de modtagende selskaber.²⁸

Spaltning med tilladelse

Efter at have gennemgået de generelle regler og krav for en skattefri spaltning, vil dette afsnit omhandle de specifikke regler og krav der er, hvis selskabet vælger at foretage en skattefri spaltning med tilladelse fra SKAT.

Forretningsmæssig begrundelse

Det mest vigtigste subjektive krav der skal være opfyldt, for at få en tilladelse fra SKAT om at foretage en skattefri spaltning, er at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for gennemførslen. Dette skyldes at det fra lovgiversside, er vigtigt at sikre, grunden til omstruktureringen ikke har skatteunddragelse eller skatteundgåelse som formål. Har selskabet ikke nogen gyldig forretningsmæssig begrundelse, kan SKAT tolke dette som værende fordi hovedformålet er skatteunddragelse eller skatteundgåelse.²⁹ Nogle af de forretningsmæssige begrundelser, der i praksis er blevet brugt for anmodning om tilladelse til en skattefri spaltning er eksempelvis: generationsskifte, uenighed i aktionærkredsen, frasalg og udskillelse af en ”pengetank”. Da 4 eksempler vurderes at være nogle af de primære situationer for en spaltning, gennemgås de nedenstående, hvor der ligeledes ses på faktiske afgørelser.

Generationsskifte

Et af de forretningsmæssige begrundelser der i praksis ofte bliver brugt, er generationsskifte. Det vil dog altid skulle baseres på en konkret vurdering for det enkelte selskab, og finder SKAT at det reelle hovedformål ikke er selve generationsskiftet, men derimod skatteunddragelse eller skatteundgåelse, vil selskabet ikke få tilladelse til at foretage en skattefri spaltning.³⁰ Der kan i praksis henvises til sagen SKM2004.73.TSS (TfS2004.206.TSS) som viser, at det er en tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse, at en aktionær vil overdrage sin andel til sin søn. Sagen omhandler aktionær A og B,

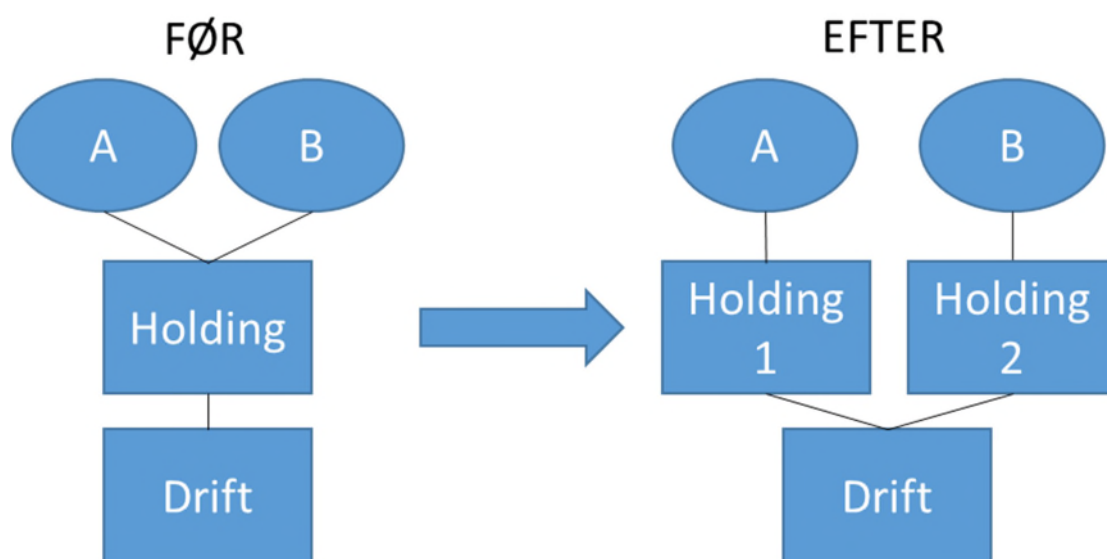
²⁷ FUSL § 15 b, stk. 4, 3. pkt.

²⁸ FUSL § 15 b, stk. 3, 5. pkt.

²⁹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.4.1.

³⁰ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 399

som begge ejer holdingselskabet til driftsselskabet, som vist nedenfor. Imidlertid efter tilladelsen var givet, men inden spaltningen var gennemført, ville B tilbagesælge de aktier i Drift som Holding 2 ville modtage. Da aktierne Holding 2 ville modtage er datterselskabsaktier, kunne disse overdrages skattefrit. Hovedformålet blev derfor anset for at have ændret sig, fra at være med henblik på generationsskifte, til at være udtræden af driftsselskabet skattefrit ifølge skattemyndighedernes opfattelse. Forudsætningerne for tilladelsen var derfor ikke længere gældende for en skattefri spaltning.



Figur 5 Kilde: Egen tilvirkning

SKAT vil derfor altid vurdere den konkrete sag, og sikre sig at den skattefrie spaltning ikke bliver brugt til at forskyde eller undgå en skattebetaling.³¹ Det er ligeledes vigtigt at bemærke, at SKAT ikke giver tilladelse fordi der bliver skrevet generationsskifte som hovedformål. Dette er blevet bekræftet i praksis ved en afgørelse i 2006³², hvor Landsskatteretten ikke kunne imødegå ansøgningen om en skattefri ophørsspaltning, da Landsskatteretten ikke fandt generationsskiftet som hovedformålet, men derimod fandt udskydelse af aktieavancebeskatningen som hovedformålet.³³

³¹ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 399-400

³² SKM2006.163.LSR

³³ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.4.8.

Uenighed i aktionærkredsen

En anden begrundelse for anmodning om en skattefri spaltning skattemyndighederne ofte modtager, er omkring uenighed mellem aktionærerne, som forsøger at løse problemet via en spaltning. Det kan være særdeles ødelæggende for et selskabs fremtidig drift, hvis ejerkredsen er uenige om selskabets fremtid og dermed trækker i hver sin retning. En så væsentlig uenighed i ejerkredsen, må kvalificere sig som en forretningsmæssig begrundelse.³⁴

I en afgørelse fra 2005 hvor to brødre er blevet uenige om selskabets fremtidig drift, og derfor har ansøgt om en skattefri spaltning af selskabet, bliver der i den konkrete sag givet tilladelse til spaltning, også selvom uenigheden var den eneste reelle grund til spaltningen.³⁵ I praksis er det dog sjældent, at den eneste grund til ønsket om en spaltning er uenighed, da der ofte vil der være flere grunde. Det er dog vigtigt at bemærke, at uenighed i ejerkredsen skal være i relation til selskabets drift og uenigheden skal være særdeles veldokumenteret. I den ovennævnte omtalte sag var dette tilfældet, da uenigheden her var dokumenteret i form af forhandlinger via advokater og artikler i dagspressen. Modsætningsvis er der en nyere afgørelse fra 2008, hvor skattemyndighederne ikke fandt uenighed mellem aktionærerne tilstrækkelig, for at kunne betegnes en forretningsmæssig begrundelse.³⁶ Landsskatterettens begrundelse herfor var, at de ikke fandt hovedformålet eller et af dem, for at være uenighed i ejerkredsen, men derimod for at være skatteundgåelse eller udskydelse af udbyttebeskatning/aktieavancebeskatning.³⁷

Inden for samme område er det også muligt, at søge om tilladelse til en skattefri spaltning i forbindelse med bodeling ved separation. En afgørelse fra 2002 underbygger dette, da et ægtepar søgte om tilladelse om en skattefri spaltning, med den begrundelse at ægtefællerne ikke ønskede, at arbejde sammen om den fælles drift i selskabet. Dette skyldes at det kunne give samarbejdsvanskeligheder, at have en fælles virksomhed eftersom at ægteskabet var ophørt jf. SKM2002.407.TSS.³⁸ For at benytte denne begrundelse, som en forretningsmæssige begrundelse ved ansøgning om tilladelse til en skattefri spaltning, kræver det dig at begge ægtefæller er kapitalejer i selskabet. Dette er blevet

³⁴ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 406

³⁵ SKM2005.429.TSS

³⁶ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 408

³⁷ SKM2008.347.LSR og den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.4.7.

³⁸ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.4.4.

bekræftet ved en afgørelse fra 2005, hvor en eneanpartshaver og dennes ægtefælle, som i tidens løb havde hjulpet til med selskabets drift, havde ansøgt om tilladelse til en skattefri spaltning. Begrundelse var at der var søgt om separation med henblik på skilsmisse, og derfor ønskede ægteparret ikke længere at arbejde sammen om selskabets drift. SKAT gav afslag på denne ansøgning med den forklaring, at eneanpartshaveren havde den fulde kontrol over selskabet og det ikke var dokumenteret, at ægtefællen havde deltaget i selskabets drift i et omfang, hvor der var risiko for ledelsesmæssige konflikter. Derudover fandt skattemyndighederne, at den reelle begrundelse for spaltningen var ønsket om en fordelagtig bodeling, for at undgå udbyttebeskatning og kunne dermed ikke betragtes som en forretningsmæssig begrundelse.³⁹

Spaltning med henblik på frasalg

Skattemyndighederne modtager ligeledes en række spaltningssager, som er begrundet i et efterfølgende frasalg af det eller de modtagende selskaber. En afgørelse fra 1998 bekræfter, at det er muligt at få tilladelse på baggrund af begrundelse om efterfølgende frasalg. SKAT mente ikke i den konkrete sag, at selskabets motivation havde noget med skatteunddragelse eller skatteundgåelse at gøre.⁴⁰ Et frasalg direkte fra et selskab vil betyde, at selskabet vil blive avancebeskattet hvorimod en spaltning før frasalget vil betyde, at beskattningen forskydes og dermed får selskabet en likviditetsbesparelse.⁴¹ I denne form for anmodninger er SKAT meget fokuseret på, om begrundelsen er tilstrækkelig til at kunne blive betegnet, som en forretningsmæssig begrundelse. I praksis får de fleste anmodninger afslag fra SKAT, da der ikke foreligger tilstrækkeligt grundlag, hvilket blandet andet er tilfældet i en afgørelse fra 2005. Et moderselskab ønskede at lave en grenspaltning, hvor datterselskabets ejendom og prioritetsgæld skulle overdrages til det nyoprettede selskab, med henblik på frasalg. SKAT fandt ikke den påtænkte spaltning med begrundelsen henblik på frasalg, som en forretningsmæssig begrundelse.⁴² Modsætningsvis har SKAT i en afgørelse fra 2006, givet tilladelse til en skattefri spaltning, hvor samme situation med mulighed for frasalg var gældende. Forskellen mellem de to afgørelser er, at skattemyndigheden i SKM2005.184.TSS (TfS2005.452) anså formålet med spaltning, at et efterfølgende salg kunne ske uden beskattning, som uden en spaltning ville være skattepligtig. Begrundelsen i TfS2006.644 efter skattemyndighedernes mening var derimod, at

³⁹ SKM2005.284.TSS og den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.4.4.

⁴⁰ TfS1998.160.LR

⁴¹ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 409

⁴² SKM2005.184.TSS (TfS2005.452)

hensigten med opdeling af ejendomsporteføljen var forretningsorienteret, hvor det blandt andet var formålet at opdele erhvervsejendomme og beboelsesejendomme i forskellige selskaber. Herudover var opsplittet ligeledes med tanke på, at salg af ejendomme ofte sker som aktiehandel og ikke handel af selve aktivet (share deal kontra asset deal) grundet udløsning af tinglysningsafgift ved ejendomshandel. Muligheden for efterfølgende at kunne sælge selskaberne skattefrit, blev derfor ikke vurderet som den egentlige begrundelse for spaltningen, hvorfor der blev givet tilladelse. Derudover skal det bemærkes at det også spillede en rolle, at der i afgørelsen for 2006 ikke var fundet en aktuel køber til et eventuelt frasalg, hvorimod dette var tilfældet i afgørelsen af 2005.⁴³

På baggrund af de ovenstående nævnte afgørelser, er det svært at se i praksis, hvilke forhold der helt konkret gør om SKAT giver tilladelse eller afslag, på en anmodning om skattefri spaltning med henblik på frasalg. Dermed må det kunne konkluderes, at SKAT foretager en konkret vurdering af den enkelt sag, og fordi der tidligere er givet afslag i en lignede sag er der stadig mulighed for at opnå en tilladelse i nogle tilfælde.

Spaltning af "pengetanksselskab"

Består et selskab primært af likvider og/eller finansielle aktiver, såsom obligationer og aktier, vil det indikere at selskabet er et "pengetanksselskab". Dermed er der ikke nogen reel drift i selskabet, og det kan derfor være svært at finde en forretningsmæssig begrundelse for, at fortage en spaltning af sådan et selskab. I praksis er skattemyndighederne derfor meget fokuseret på, om en anmodning udelukkende er et ønske om at spalte selskabs "pengetank", så aktionærerne hver får fuld rådighed over et selskab i stedet for et sammen. Eller om hovedformålet har en forretningsmæssig begrundelse, som bør være en beskrivelse af fremtidige planer, om at udvide selskabets forretning ved eksempelvis at investere i nye områder, eller at skabe driftsaktivitet i selskaber for midlerne fra pengetanksselskabet. Dokumenteres de konkrete planer og anmodningen ikke udelukkende er i aktionærernes økonomiske interesse, vil SKAT som udgangspunkt acceptere begrundelsen, som en forretningsmæssig begrundelse og give tilladelse til spaltningen.⁴⁴ Dette bekræftes også i praksis ved

⁴³ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 411

⁴⁴ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 416

en afgørelse i 2006, hvor der forelå investeringsplaner for en væsentlig del af egenkapitalen og dermed gav skattemyndigheder tilladelse til den skattefrie spaltning.⁴⁵

Opsamling

Ovenfor er gennemgået nogen af de problemstillinger, der er i forhold til at opnå tilladelse til en skattefri spaltning fra SKAT. Det kan på baggrund af gennemgangen konstateres, at SKAT foretager en konkret vurdering af hver enkelt anmodning i forhold til, om der forefindes en forretningsmæssig begrundelse for ønsket om en skattefri spaltning. Der kan derfor ikke gives et endeligt svar på, hvornår en begrundelse er nok, til at blive betegnet som en forretningsmæssig begrundelse. Retspraksis er derfor kun en vejledning for, hvilke sager der indtil videre har været, og om de har fået tilladelse eller afslag. Det er derfor vigtigt at anmodningen om tilladelse til en skattefri spaltning skal være detaljeret og præcis.

Øvrige betingelser

Foruden kravet om den forretningsmæssige begrundelse, er der visse andre krav der også stilles i forbindelse med en skattefri spaltning med tilladelse. De andre betingelser vil kort blive behandlet nedenfor.

Vederlag

Ved gennemførslen af en skattefri spaltning, skal samtlige aktionærer i det indskydende selskab vederlægges med aktier eller anparter i det eller de modtagende selskaber og en eventuelt kontant udligningssum. Vederlæggelsen skal dog ske i samme forhold som hidtil, der må dermed ikke ske en formeforrykkelse mellem aktionærerne eller anpartshaverne ifølge FUSL § 15 a, stk. 2, 1. pkt.⁴⁶ Et eksempel kunne være, at hvis to aktionærer ejer det indskydende selskab med henholdsvis 40 % til aktionær A og 60 % til aktionær B, skal vederlaget fordeles 40:100 til A og 60:100 til B. Aktionærerne vælger selv, om de vil have aktier i det eller de modtagende selskaber. A aktionæren kunne eksempelvis vælge af få de 40 % vederlagt i kontanter, og dermed ikke eje noget af de eller de

⁴⁵ SKM2006.324.SKAT (TfS2006.643.SKAT)

⁴⁶ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.3.2.

modtagende selskaber. Det skal dog bemærkes, at mindst en af aktionærerne skal eje én aktie eller anpart i det eller de modtagende selskaber efter spaltningen.⁴⁷

Selvangivelse og hæftelse

En af mulighederne ved spaltning er at det indskydende selskab ophører, ved at foretage en ophørsspaltning. I disse tilfælde vil det indskydende selskab ikke eksistere, når selvangivelsen skal indberettes. De modtagende selskaber er derfor forpligtede til, at sørge for indberetningen af det indskydende selskabs selvangivelse fra udløbet af det sidste indkomstår og indtil spaltningsdatoen jf. FUSL § 15 b, stk. 3, 1. pkt.⁴⁸ I de tilfælde hvor der derimod foretages en grenspaltning, og det indskydende selskab dermed ikke ophører, er det stadig indskydende selskab selv der er forpligtet til, at indberette dets selvangivelse. Ligeledes skal der ved selvangivelsen for det indkomstår, hvor spaltningen har fundet sted for det indskydende selskab, indsendes en opgørelse af anskaffelsessummen for aktierne i det eller de modtagende selskaber.⁴⁹

Ophører det indskydende selskab, vil de modtagende selskaber derudover også hæfte solidarisk for eventuelle skattekrav eller bøder der efter skattelovgivningen, kan rettes mod det indskydende selskab.⁵⁰ Hæftelsen gælder både for det indskydende selskabs indkomstår hvor spaltningen har fundet sted, samt alle tidligere indkomstår. Samtidig vil de modtagende selskaber også have ret til, at modtage eventuelle krav det indskydende selskab havde med skattemyndighederne, såsom overskydende skat, godtgørelse, eller lignede. Dette gælder for både det indeværende indkomstår hvor spaltningen finder sted og alle de tidligere indkomstår.⁵¹

Ansøgning

Foruden den obligatoriske ansøgning om tilladelse til en skattefri spaltning, skal der ved indsendelse af ansøgningen også indsendes en række ekstra dokumenter. Der er her tale om indsendelse af et udkast til regnskabsopstillingen, den forventede åbningsbalance pr. spaltningsdatoen, og i de tilfælde hvor det indskydende selskab ikke ophører, skal det oplyses om det indskydende selskab, andre

⁴⁷ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.3.2.

⁴⁸ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.10.

⁴⁹ FUSL § 15 b, stk.6

⁵⁰ FUSL § 15 b, stk. 3, 2. pkt.

⁵¹ FUSL § 15 b, stk. 3, 3. pkt.

koncernselskaber, hovedaktionærer eller tredjemand i øvrigt, har stillet kaution, pant eller andre former for sikkerhedsstillelse for det modtagende selskab.⁵²

Alle selskabsretlige dokumenter som er påkrævet af selskabslovgivningen, og dermed også er påkrævet indsendt til Erhvervsstyrelsen, har SKAT selv mulighed for at rekvirere, og disse dokumenter skal derfor ikke indsendes sammen med ansøgningen. SKAT kan dog i den konkrete sag altid anmode om udarbejdelse af specifikke dokumenter, hvis dette er relevant for at vurdere om der kan gives tilladelse.

Derudover har SKAT mulighed for i en afgørelse om tilladelse til en skattefri spaltning, at give en tilladelse, men med vilkår efter Fusionsskattelovens bestemmelser.⁵³ Umiddelbart vil dette ske i de tilfælde, hvor SKAT vil sikre at spaltningen gennemføres som forelagt, og afgrænse muligheden for at spaltningen bliver udført med skatteunddragelse eller skatteundgåelse for øje.

Skattefri spaltning uden tilladelse

I det tidligere afsnit blev det nævnt at der også er mulighed for, at vælge at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse fra SKAT, som er et alternativt valg til en skattefri spaltning med tilladelse. Det kan frit vælges mellem de to metoder, og fusionsskattelovens bestemmelser er som benævnt gældende i begge tilfælde. For at sikre at en skattefri spaltning uden tilladelse ikke bliver foretaget med skatteundgåelse eller skatteunddragelse for øje, er der derfor en række værnsregler (objektive krav), som skal være opfyldt for at kunne udføre en skattefri spaltning uden tilladelse.⁵⁴ Til gengæld er der ikke krav om, at selskabet skal fremlægge en forretningsmæssig begrundelse for udførelsen af den skattefri spaltning uden tilladelse, som det var ved en skattefri spaltning med tilladelse.

Holdingkrav

Holdingkravet er et af de væsentligste krav der skal opfyldes, hvis der skal foretages en skattefri spaltning uden tilladelse. Det betyder at alle selskaber, der efter spaltningen ejer 10 % eller mere af kapitalen i det eller de modtagende selskaber, ikke må afstå aktierne i det eller de modtagende selskaber, før der er gået en periode på 3 år fra vedtagelsen om udførelsen af spaltningen.⁵⁵

⁵² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.11.

⁵³ FUSL § 15 a, stk. 1, 3. pkt.

⁵⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.1.

⁵⁵ FUSL § 15 a, stk. 1, 5. pkt.

Bestemmelsen er kommet for at sikre, at selskabsejerne i det eller de modtagende selskaber ikke kort efter den skattefrie spaltning uden tilladelse, afstår sine aktier skattefrit efter bestemmelserne i Aktieavancebeskatningsloven (ABL). Kravet er også gældende, hvis selskaberne besidder portefølje aktier som er defineret i ABL, som værende aktier der ikke er optaget til handel på et reguleret marked, og som ejer mindre end 10 % af kapitalen. Det betyder, at hvis det eller de modtagende selskaber ikke er noteret på et reguleret marked, kan selskabets ejere der ejer under 10 % af kapitalen, heller ikke afstå aktierne før der er gået 3 år fra vedtagelsen af spaltningen.⁵⁶ Det skal dog bemærkes, at bestemmelserne kun gælder for selskabsaktionærer og ikke personlige aktionærer.

Ligesom ved tilførsel af aktiver og aktieombytning er det stadig muligt at afstå aktierne ved en skattefri omstrukturering, hvis vederlæggelsen kun finder sted i aktier, og dermed vil det ikke ses som en direkte afståelse i forhold til holdingkravet.⁵⁷ De deltagende selskaber skal dog være opmærksomme på, at restløbetiden fra holdingkravet ved den første spaltning stadig vil være gældende ved den anden omstrukturering, og dermed blive videreført til de eller det modtagende selskab. Det betyder at hvis den anden omstrukturering også udføres som en skattefri spaltning uden tilladelse, vil der både være et holdingkrav på den resterende løbetid fra den første skattefri spaltning, og en ny løbetid for den anden.⁵⁸ Kravet er med til at sikre at holdingkravet ikke omgås, ved bare at fortage nye omstruktureringer uden tilladelse efter hinanden.⁵⁹ Hvis kapitalandelene ønskes afstået inden de 3 år er gået, er det dog også muligt at ansøge skat om en tilladelse til den allerede foretagne skattefrie spaltning. Hvis der er en god forretningsmæssig begrundelse for at have foretaget den skattefrie spaltning, og den ny ønskede afståelse, kan der være mulighed for at SKAT vil give en tilladelse. Det må dog forventes at SKAT vil kigge meget kritisk på disse ansøgninger, men at hver ansøgning konkret vurderes.

Krav om korrekt forhold mellem aktiver og forpligtelser

Foruden holdingkravet er en andet væsentlig betingelse, at der ved en skattefri spaltning uden tilladelse, er et korrekt forhold mellem aktiver og forpligtelser, som også kaldes at der skal foretages balancetilpasning. Det betyder at forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab inden spaltningen, skal være det samme forhold der overdrages til det modtagende selskab.

⁵⁶ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.2.1.

⁵⁷ FUSL § 15 a, stk. 1, 6. pkt.

⁵⁸ FUSL § 15 a, stk. 1, 7. pkt.

⁵⁹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.2.1.

Bestemmelsens formål er at forhindre, at et skattepligtigt salg af aktiver ikke sker som en skattefri spaltning, og der derfor undgås en avancebeskatning af salget. Det indskydende selskab kan derfor ikke overdrage størstedelen af selskabets gæld og næsten ingen aktiver til et modtagende selskab, for at reducere den skattepligtige avance ved en senere afståelse. Ligeledes kan det indskydende selskab heller ikke tømmes for aktiver, og kun have gæld tilbage for at reducere den nuværende skattepligtige avance. I begge tilfælde vil balancetilpasningskravet ikke være opfyldt, da forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab inden spaltning, ikke er det forhold der overdrages til et modtagende selskab.⁶⁰

Ved at forholdet mellem aktiver og forpligtelser ikke må forrykkes, er det i praksis vanskeligt at foretage en grenspaltning skattefrit uden tilladelse, da grenkravet omtalt i et tidligere afsnit stadig er gældende. Det betyder at den selvstændige gren, som det indskydende selskab gerne vil spalte over i et modtagende selskab, skal have det samme forhold af aktiver og forpligtelser som det indskydende selskab har inden spaltningen, hvilket i praksis ikke altid er tilfældet. Dette kan dog løses i de tilfælde, hvor det indskydende selskab har store likvide midler, og dermed kan overføre ikke grenrelaterede likvider til det modtagende selskab. En anden mulighed er, at det indskydende selskab inden spaltning udlodder udbytte, så forholdet derefter svarer til forholdet som er i grenen, som ønskes spaltet. Det må dog antages at der kun i sjældne tilfælde kan lade sig gøre, at ændre forholdet med likvide midler, og derfor vil det for mange selskaber være umuligt at opfylde dette krav og derfor ikke kan foretage en skattefri grenspaltning uden tilladelse.

Øvrige betingelser

Udover de ovennævnte krav er der i visse tilfælde andre betingelser som også er gældende, hvis et selskab ønsker at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse. Disse 4 undtagelser er kort gennemgået nedenfor.

Undtagelse 1: Aktionærer er deltagere i både det indskydende og det modtagende selskab

En skattefri spaltning uden tilladelse, kan ikke finde sted efter fusionsskattelovens bestemmelser, hvis der er 3 specifikke forhold der alle er opfyldt. De tre forhold der alle skal være opfyldt, for at der ikke kan foretages en skattefri spaltning uden tilladelse er følgende jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 8. pkt.

⁶⁰ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.2.1.

”Hvis det indskydende selskab har mere end én selskabsdeltager og en eller flere af disse har været selskabsdeltagere i mindre end 3 år uden at have rådet over flertallet af stemmerne, og samtidig er eller ved spaltning bliver selskabsdeltagere i det modtagende selskab, hvor de tilsammen råder over flertallet af stemmerne”.

Denne bestemmelse er indført, da lovgiver vil sikre at det indskydende selskab ikke afstår sine aktiver til tredjepart ved hjælp af en skattefri spaltning uden tilladelse, og der dermed ikke vil ske en beskatning. De 3 forhold er derfor med til at sikre at en tredjepart, der er interesseret i at købe aktierne i det indskydende selskab, ikke bare kan indskyde købssummen som en kapitalforhøjelse, og dermed blive kapitalejer i det indskydende selskab inden spaltningen, for derefter at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse. Hvis dette var muligt ville tredjeparten efter spaltningen så modtage aktier i det modtagende selskab, der får aktiverne mens de andre kapitalejer vil blive vederlagt med kapitalandele i det eller de andre modtagende selskaber. Dermed ville de oprindelige kapitalejer af det indskydende selskab have solgt selskabets aktiver uden der er sket beskatning af avancen, hvilket ikke er et ønske fra lovgiversside.

Undtagelse 2: Aktieavance konverteres til udbytte

Ved en grenspaltning er det heller ikke muligt, at vederlægge aktionæren kontant via udbytte hvis aktionæren efter ABL § 17 driver næring med at eje aktier. Aktionæren er dermed skattepligtig af aktierne, men kan reelt helt eller delvist modtage den kontante sum som udbytte og dermed skattefrit. Derfor skal aktionærer der driver næring med handel af aktier altid vederlægges med kapitalandele, hvis der skal gennemføres en skattefri spaltning uden tilladelse jf. FUSL § 15 a, stk. 1, 9. pkt.

Undtagelse 3: Udenlandske selskabsdeltager med bestemmende indflydelse

Ifølge FUSL § 15 a, stk. 1, 10 pkt., er det ikke muligt at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse, hvis en person eller selskab ikke er hjemhørende i EU eller i et land, som Danmark har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med, og som samtidig har bestemmende indflydelse efter LL § 2 i det indskydende selskab. I disse tilfælde skal det indskydende selskab altid ansøge om tilladelse til en skattefri spaltning. Dermed forhindres det, at en udenlandsk kapitalejer efter en skattefri spaltning uden tilladelse sælger kapitalandelene og ikke blive beskattet af gevinsten i Danmark.

Undtagelse 4: Kontantvederlag til selskabsaktionærer

Det kræver altid tilladelse fra SKAT at foretage en skattefri spaltning, hvis aktionæren i det indskydende selskab vederlægges kontant og samtidig ejer mindst 10 % af kapitalen, eller hvis aktierne i det indskydende selskab enten kan defineres som koncernselskabsaktier efter ABL § 4B eller som skattefri porteføljeaktier efter ABL § 4C.⁶¹

Selvangivelse og oplysningspligt

Ved gennemførsel af en skattefri spaltning uden tilladelse er det/de modtagende selskaber stadig forpligtede til, at give skattemyndighederne oplysning om, at selskabet har deltaget i en skattefri spaltning uden tilladelse. Oplysningen skal senest indgives samtidig med indsendelsen af selvangivelsen for det indkomstår, hvor spaltningen har fundet sted jf. FUSL § 15 a, stk. 8, 1. pkt. I forhold til holdingkravet er aktionærerne i det eller de modtagende selskaber også forpligtede til, at oplyse SKAT hvis der inden for 3 år, som var holdkravet, er afhændet aktier. Dette skal gøres senest en måned efter afståelsen jf. FUSL § 15 a, stk. 8, 2. pkt.⁶²

Foretages der efterfølgende en ny omstrukturering inden holdingkravet på de 3 år er gået, vil forpligtelsen om oplysning til SKAT vedrørende afståelse af aktier blive videreført til de deltagende selskaber eller selskabsdeltager. Generelt skal det bemærkes, at hvis oplysningen om selskabets deltagelse i en skattefri spaltning uden tilladelse ikke indgives korrekt og rettidigt til SKAT, vil selskabet i værste tilfælde kunne ifalde en bøde.

⁶¹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.2.2.

⁶² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.2.3.

Delkonklusion

Spaltning benyttes blandt andet i de situationer, hvor et selskab har flere aktiviteter, og som ønskes splittet. Årsagen hertil kan være en generel risikobetragtning med frasalg for øje, generationsskifte eller lignede. Ligegyldigt hvilken årsag selskabet har, for at foretage en spaltning, kan transaktionen kun ske som enten en skattepligtig eller skattefri transaktion, hvor der ved begge tilfælde skal opfyldes konkrete krav. En spaltning skal, uafhængig af om den foretages som en skattepligtig eller skattefri transaktion, ske ved en grenspaltning hvor det indskydende selskab fortsat eksisterer efter spaltningen eller ved en ophørsspaltning, hvor det indskydende selskab ophører ved spaltningen, da hele selskabets aktivitet overdrages til de modtagende selskaber.

Ved en skattepligtig spaltning vil transaktionen være skattepligtig, og derfor vil de almindelige skatteregler være gældende, samtidig vil transaktionen ikke være omfattet af fusionsskattelovens bestemmelser. Beskatningen af især kapitalejerne af det indskydende selskab er forskellig efter om der foretages en grenspaltning eller en ophørsspaltning. En grenspaltning vil medføre en afståelsesbeskatning i det indskydende selskab af den aktivitet der er overdraget til det modtagende selskab. Da det indskydende selskab stadig eksisterer efter spaltningen, vil kapitalejerne stadig eje den samme andel af selskabskapitalen, værdien heraf vil dog være faldet, med den nettoværdi den afstået aktivitet havde. Kapitalejerne vil ikke have afstået kapitalandelene i det indskydende selskab, og derfor vil der ikke ske afståelsesbeskatning. I stedet vil kapitalejerne blive udbyttebeskattet af nettoværdien af den overdragede aktivitet.

Modsætningsvis er det gældende ved en ophørsspaltning, at der vil ske en afståelsesbeskatning af det indskydende selskabs samlede aktivitet, da hele aktiviteten overdrages til det modtagende selskab. Ligeledes vil der for kapitalejerne ske afståelsesbeskatning af alle kapitalandele i det indskydende selskab, da selskabet ophører med at eksistere og dermed vil det anses at kapitalejerne har afstået kapitalejerne.

I stedet for ovenstående kan selskabet vælge, at foretage en skattefri spaltning enten med eller uden tilladelse fra SKAT. Uanset om der anmodes om tilladelse eller ej, skal selskabet ved en skattefri grenspaltning opfylde det ufravigelig grenkrav, som sikrer at den del af selskabet der overdrages, kan fungere som en selvstændig enhed. De skattemæssige konsekvenser vil være de samme, om der er givet tilladelse eller ej til spaltningen, og overordnet set vil transaktionen være skattefri. Undtagelsesvis gælder, at hvis kapitalejerne af det indskydende selskab bliver vederlagt med en

kontantudligningssum, vil der ske beskatning heraf. Modtages den kontante udligningssum i forbindelse med i grenspaltning, vil dette blive beskattet hos kapitalejerne som et modtaget udbytte. Bliver den kontante udligningssum i stedet erhvervet ved en ophørsspaltning, vil kapitalejerne blive afståelsesbeskattet. Er kapitalejerne et selskab (juridisk enhed) og der ejers mere end 10 % af selskabskapitalen, vil udbyttet samt afståelsen være skattefrit, selvom transaktionen er skattepligtig ifølge de gældende regler i aktieavancebeskatningsloven. Det skal bemærkes, at det kan være en vanskelig opgave, at opgøre gevinsten eller tabet af de kapitalandele der er modtaget en kontantudligningssum for, især hvis kapitalandele er erhvervet på forskellige tidspunkter. Ved opgørelsen heraf vil FIFO-reglen benyttes. Yderligere er der særskilt krav der skal opfyldes hvis der anmodes om tilladelse fra SKAT. Det væsentligste krav er, at selskabet skal have en forretningsmæssig begrundelse. Derudover skal vederlæggelsen af kapitalejerne i det indskydende selskab ske i same forhold som tidligere, der må altså ikke ske en formueforskydning.

Kravet om en forretningsmæssig begrundelse er til gengæld ikke gældende ved en skattefri spaltning uden tilladelse. Her skal et holdingkrav i stedet opfyldes, hvilket betyder at kapitalejerne i det eller de modtagende selskaber ikke må afstå kapitalandelene indenfor de første 3 år, efter spaltningen har fundet sted. Dette sikrer, at spaltningen ikke foretages med et efterfølgende skattefrit salg for øje. Ydermere skal det sikres, at forholdet mellem aktiver og forpligtelser i det indskydende selskab inden spaltningen og forbliver sådan efter spaltningen.

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at valget mellem at foretage en skattepligtig eller en skattefri spaltning, må bero på en konkret vurdering fra selskabets side. Fordelen ved en skattepligtig spaltning må fremhæves, at være i de tilfælde hvor kapitalejerne af det indskydende selskab er en juridisk enhed, og der ejes mere end 10 % af selskabskapitalen vil den kontante udligningssum være skattefri samt sker der ikke en afståelsesbeskatning ved ophørsspaltning. Derudover vil det modtagende selskab ikke succedere i det indskydende selskabs værdier, og derfor kan aktiverne aktiveres til handelsværdi og afskrives herefter. Betydningen heraf er, at der heller ikke vil være nogen stor administrativ byrde, ved at foretage spaltningen som en skattepligtig transaktion.

Det må dog i de fleste tilfælde konkluderes, at en skattefri spaltning vil være mere fordelagtig for et selskab, hvis det har mulighed og ressourcer til, at håndtere den eventuelle større administrative byrde en skattefri spaltning kan medføre. Det vurderes at den administrative byrde for en skattefri spaltning med tilladelse, ikke er meget tungere end ved en skattefri spaltning uden tilladelse. Dette beror på at

det ved en skattefri spaltning med tilladelse skal dokumenteres, at der er en forretningsmæssig begrundelse for spaltningen, samt der skal foretages en opgørelse af de overdragede aktiver og forpligtelser, så vederlæggelsen kan ske i det rigtige forhold. Modsætningsvis skal der ved en skattefri spaltning uden tilladelse, sikres igennem de første tre år at kapitalandelene i det eller de modtagende selskaber ikke afstås. Der skal ligeledes laves en opgørelse over aktiver og forpligtelsernes forhold inden spaltningen, for at sikre at forholdet bliver ved med at være sådan i det indskydende selskab efter spaltningen. Ved at der ikke må ske en forskydning af forholdet mellem aktiver og forpligtelser ved en skattefri spaltning uden tilladelse, gør det i praksis svært at foretage en grenspaltning uden tilladelse fra SKAT.

Det må derfor konkluderes, at hvis selskabet ønsker at foretage en skattefri spaltning, vil der ikke være en større administrativ byrde ved at vælge at anmode SKAT om tilladelse, end hvis spaltningen foretages skattefrit. Ligeledes vil det ved en skattefri spaltning med tilladelse være muligt, at foretage en skattefri grenspaltning, da kravet om et uændret forhold mellem aktiver og forpligtelser ikke er gældende. Kravet gør at det i de fleste tilfælde slet ikke er muligt, at foretage en skattefri grenspaltning uden tilladelse. Vil selskabet dog undgå at anmode SKAT om tilladelse, vil en ophørsspaltning altså være det eneste mulig valg i de fleste tilfælde.

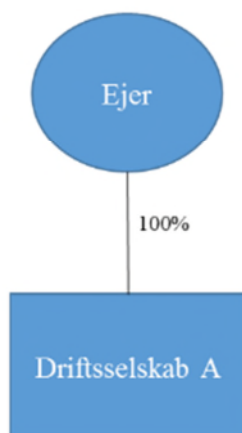
Tilførsel af aktiver

Tilførsel af aktiver er en af de fire former for omstruktureringsmodeller der er mulighed for at vælge, når et selskab ønsker at ændre selskabsstrukturen eller dele selskabets aktiviteter op. I FUSL § 15 c, stk. 2, 1. pkt., bliver tilførsel af aktiver defineret med følgende

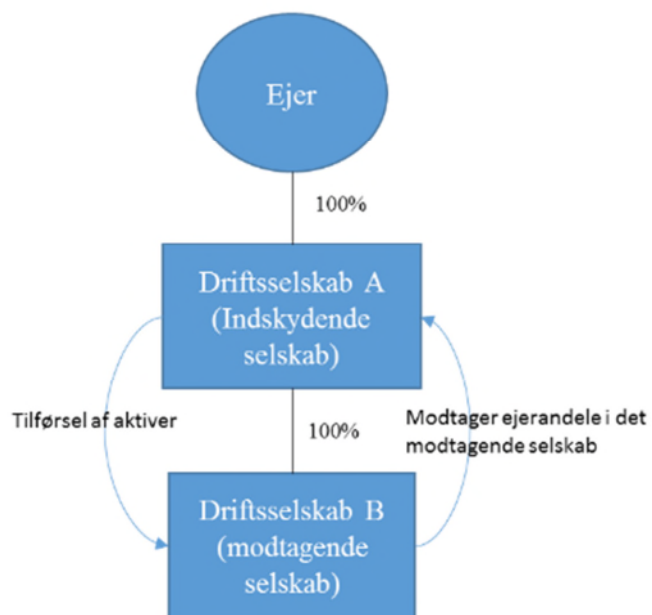
”ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital”.

Det fremgår dermed, at omstruktureringsmodellen tilførsel af aktiver bliver brugt i de tilfælde hvor det indskydende selskab ønsker, at overdrage hele eller grene af selskabets aktivitet til et eller flere selskaber. Dermed vil det primært være i de tilfælde, hvor det eksempelvis fra aktionærens side ønskes at skabe en holdingselskabsstruktur, således at aktionæren ejer holdingselskabet og holdingselskabet ejer driftsselskabet. Ud fra en risikobetragtning kan aktionæren hermed mindske risikoen for tab, ved at benytte holdingselskabet som en pengetank imod konkurs i driftsselskabet. Et andet tilfælde vil eksempelvis være, hvis selskabet har to selvstændige forretningsområder og ønsker at splitte de to forretningsområder til to selvstændige juridiske enheder, for at minimere risikoen i tilfælde af det ene forretningsområde får selskabet til at gå konkurs. Her vil der også opstå en holdingselskabsstruktur, hvor forskellen vil være, at der her vil være drift i begge selskaber, i forhold til det første eksempel hvor alt driften kun er i det ene selskab. Nedenfor er illustreret hvordan en selskabsstruktur kan se ud før og efter, der er sket en tilførsel af aktiver:

Før tilførsel af aktiver



Efter tilførsel af aktiver



Figur 6 Kilde: Egen tilvirkning

Det fremgår af ovenstående figur 6, at aktionæren ved gennemførslen af tilførsel af aktiver beholder sine aktier i det indskydende selskab – driftsselskab A, og at disse ikke ændres, hvilket gør at aktionæren ikke direkte bliver påvirket af omstruktureringen. Derimod overdrager det indskydende selskab hele driftsaktiviteten til det modtagende selskab – driftsselskab B, for i stedet at modtage ejerandele i det modtagende selskab. Herefter vil det indskydende selskab være et holdingselskab for det modtagende selskab og derfor er der, som nævnt tidligere tale om en holdingselskabsstruktur. Det skal bemærkes, at denne omstrukturings mulighed også er muligt ved aktieombytning, som er behandlet i et andet afsnit. Forskellen vil dog være, at det ved aktieombytning vil være det modtagende selskab der vil eje kapitalandelene i det indskydende selskab.

Ved at det indskydende selskab overdrager sine eller dele af sine aktiviteter til et andet selskab, vil det som hovedregel blive sidestillet med afståelse af aktiver, og derfor vil der ske realisationsbeskatning af afståelsen. Der er efter FUSL §§ 15 c og 15 d dog mulighed for, at foretage en tilførsel af aktiver skattefrit med eller uden tilladelse fra SKAT. Selskaberne har derfor mulighed for, at vælge mellem en skattepligtig eller en skattefri med eller uden tilladelse tilførsel af aktiver. I de efterfølgende afsnit vil de to forskellige muligheder blive behandlet.

Skattepligtig tilførsel af aktiver

En skattepligtig tilførsel af aktiver, vil som nævnt tidligere, blive anset for en afståelse af de tilføjede aktiver, og derfor vil der ske en realisationsbeskatning. Oftest vil det indskydende selskab modtage vederlæggelse i form af kapitalandele i det modtagende selskab i stedet for en kontant købesum, som vil være tilfældet i et almindeligt salg. Der er dog ikke noget der forhindrer det modtagende selskab i, at betale for tilførslen af aktiver med en kontant købesum i stedet for med kapitalandele, da det er en skattepligtig tilførsel af aktiver kan det indskydende selskab vederlægges på den måde det ønskes. Omstruktureringen vil følge den gældende skattelovgivning, da der sker en skattepligtig tilførsel af aktiver, hvilket også gør at tilførslen ikke vil være omfattet af fusionsskattelovens regler. Det betyder samtidig, at de skærpede regler blandt andet omkring grenkravet i fusionsskatteloven, ikke er gældende ved en skattepligtig tilførsel af aktiver, og ej heller er kravet omkring vederlæggelsen skal være i kapitalandele. Det betyder også at tilførslen sagtens kan bestå af enkelte aktiver, som ikke nødvendigvis er en selvstændig enhed. Nedenfor vil de skattemæssige konsekvenser for henholdsvis det indskydende og det modtagende selskab blive gennemgået, samt hvilket tidspunkt den skattemæssige effekt bliver gældende.

Tidspunkt for den skattemæssige effekt

Udgangspunktet er at en skattepligtig tilførsel af aktiver behandles skattemæssigt fra overdragelsesdagen. Imidlertid giver selskabsskatteloven mulighed for, at tilførsel af aktiver kan ske med tilbagevirkende kraft jf. SEL § 4, stk. 5. For at benytte denne mulighed, skal selskabet opfylde nogle gældende betingelser, blandt andet skal tilførsel af aktiver ske til et nystiftet selskab, og det indskydende selskab skal eje 100 % af kapitalen i det nystiftede selskab. Er betingelserne opfyldt er det muligt at få den skattemæssige virkning til, at træde i kraft på skæringsdatoen for åbningsbalancen, som blev lavet i forbindelse med stiftelsen af det modtagende selskab i stedet for på overdragelsesdagen. Dette er kun muligt hvis det nystiftede selskabs regnskabsår starter på skæringsdatoen, og denne ligger efter det indskydende selskabs sidste indkomstår. Til sidst skal det bemærkes, at stiftelsen af det modtagende selskab skal finde sted senest 6 måneder efter den valgte skæringsdato.⁶³

⁶³ SEL § 4, stk. 5.

Foretages den skattepligtige tilførsel af aktiver med tilbagevirkende kraft, opgøres det indskydende selskabs afståelsessum, som værende handelsværdien på skæringstidspunktet, og ligeledes vil handelsværdien være det modtagende selskabs anskaffelsessum på de tilførte aktiver. Indtægter og udgifter vedrørende den overdraget del må fra skæringsdatoen og til den endelige overdragelse, anses for at tilhøre det modtagende selskab, og skal derfor medtages i overdragelsen og i det modtagende selskabs indkomstopgørelse.⁶⁴ Ydermere er det et krav, at der skal indsendes en genpart til Told- og Skatteforvaltningen senest 1 måned efter stiftelsen af det modtagende selskab, samt dokumentation for at selskabet er registreret hos erhvervs og selskabsstyrelsen jf. SEL § 4, stk. 5.

Skattemæssige konsekvenser for det indskydende selskab

Tidligere er det nævnt, at der vil ske en realisationsbeskatning af det indskydende selskab, da tilførsel af aktiver sidestilles med en afståelse af aktiver. Derfor vil det indskydende selskab blive beskattet af en eventuel gevinst efter de gældende skatteregler. Afståelsessummen af de overdragede aktiver og passiver skal opgøres til handelsværdi og være på markedsmæssige vilkår. Det kan dog være svært at fastsætte prisen, hvis salget ikke består af omsættelige aktiver, men at der i stedet er tale om aktiver der sjældent bliver solgt. I disse tilfælde kan det anbefales, at selskabet søger SKAT om et bindende svar omkring værdiansættelsen af de overdragede aktiver og passiver, således SKAT ikke senere kan omgøre værdiansættelsen. Herudover er det især vigtigt at overveje, hvis handlen foregår mellem interesseforbundne parter herunder nærtstående parter, at få et bindende svar fra SKAT da der i disse tilfælde kan være incitament til, at tilførslen af aktiver ikke sker på markedsmæssige vilkår. Er der derimod tale om ikke interesseforbundne parter vil det antages, at der umiddelbart må være modstridende interesser og værdiansættelsen vil i de fleste tilfælde anses for værende på markedsmæssige vilkår. Interesseforbundne parter omfatter altid alle nærtstående, det vil sige ægtefæller, forældre og bedsteforældre, samt børn og børnebørn jf. SEL § 2, stk. 2, 5. pkt. Herudover kan det også være selskaber eller en personkreds, der har nær tilknytning til selskabet som eksempelvis andre ejere eller ledere i selskabet.

Opgøres handelsværdien til en højere værdi end den skattemæssige værdi, vil det indskydende selskab opnå en skattemæssig fortjeneste af afståelsen, hvilket vil medføre beskatning. Er handelsværdien derimod lavere end den skattemæssige værdi, vil der opstå et tab, som kan fradrages i den skattepligtige indkomst hos det indskydende selskab. Til opgørelsen af de skattemæssige værdier af

⁶⁴ SEL §4, stk. 5.

de overdragede aktiver og passiver, benyttes de gældende regler inden for de forskellige aktiver, som blandt andet reglerne i aktieavancebeskatningsloven, afskrivningsloven, ejendomsavancebogen med flere. Yderligere vederlægges det indskydende selskab med kapitalandele i det modtagende selskab, som vil være anskaffet til den opgjorte handelsværdi, samt anset som erhvervet på overdragelsesdag, da der ikke sker succession. Kapitalejerne af det indskydende selskab vil stadig eje det samme antal aktier i det indskydende selskab. Værdien af aktierne eller anparterne vil til gengæld være nedsat med den værdi de overdraget aktiver havde.

Skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab

Tilførslen af aktiver sker som en skattepligtig transaktion, hvilket betyder at der som nævnt ovenfor ikke vil ske succession, og derfor vil de tilførte aktiver i det modtagende selskab blive set som et almindelig køb. Dermed vil den opgjorte handelsværdi, som det indskydende selskab brugte som afståelsessum, være det modtagende selskabs anskaffelsessum på aktiverne og forpligtelserne. Det modtagende selskab kan derfor indregne aktiverne, som var de købt på overdragelsesdagen og afskrive på disse fra denne dato efter de gældende regler i afskrivningsloven.

Skattefri tilførsel af aktiver

Fusionsskattelovens bestemmelser giver mulighed for at foretage en tilførsel af aktiver skattefrit. Dette kan enten gøres med eller uden tilladelse fra SKAT, i henhold til FUSL §§ 15 c, og 15 d. Da fusionsskatteloven benyttes, kan det modtagende selskab succedere i det indskydende selskabs skattemæssige værdier, og dermed vil den oprindelige realisationsbeskatning, som skulle være sket i det indskydende selskab, blive udskudt. For at benytte bestemmelser i fusionsskatteloven, skal både det indskydende og det modtagende selskab være omfattet af begrebet ”selskab i medlemsstat” ifølge fusionsskattedirektivet 2009/133/EF artikel 3.⁶⁵ I direktivet er det beskrevet at alle danske selskaber der er omfattet af selskabsskatteloven, vil opfylde betingelserne for at være et ”selskab i medlemsstat”.⁶⁶ Dermed kan selskaber der i Danmark er fritaget for SKAT, eller som anses for værende skattetransparent efter selskabsskattelovens bestemmelser ikke benytte FUSL §§ 15 c og 15 d. Dette er ligeledes i retspraksis slået fast ved domstolen, da et selskab ansøgte om tilladelse til en skattefri tilførsel, men samtidig var selskabet omfattet af SEL § 3, som omfatter selskaber der er fritaget for beskatning. Dette medførte at SKAT ikke kunne give tilladelse, da selskabet var fritaget for beskatning og dermed ikke omfattet af fusionsskattelovens bestemmelser.⁶⁷

Grenkravet

I FUSL § 15 c, stk. 2, 1. pkt. er det defineret, hvad der forstås ved tilførsel af aktiver. Det fremgår at et selskab uden at blive opløst kan tilføre hele, flere eller en gren af selskabets aktiver og forpligtelser til det modtagende selskab. En gren defineres som en samlede enhed ud fra et organisatorisk synspunkt, og som kan fungere selvstændigt for egne midler.⁶⁸ Om et selskab har en eller flere grene, og om hvor hvilke aktiver og forpligtelser hører til, må bero på en konkret vurdering. I praksis er det også den konkrete vurdering der er afgørende, hvilket kommer til udtryk i ligningsrådets afgørelse fra 1996. Her drev et selskab to aktiviteter som det ønskede at overdrage til to datterselskaber, så det nuværende selskab kun skulle fungere som et holdingselskab. Samtidig var planen at debitormassen skulle forblive i holdingselskabet, i stedet for at følge de to overdragede aktiviteter. Ligningsrådet

⁶⁵ FUSL § 15 c, stk. 1, 1. pkt.

⁶⁶ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.3.3.

⁶⁷ SKM2006.10.SKAT.

⁶⁸ FUSL § 15 c, stk. 2, 2. pkt.

afgjorde, at en debitormasse ikke kunne ses som en selvstændig enhed, men i stedet burde tilhøre de to aktiviteter, hvor tilgodehavendet var opstået jf. TfS1996.821.LR.

Ligeledes var det gældende i afgørelsen TfS1998.199.LR hvor ligningsrådet også afgjorde, at debitorer og driftsmidler udgør en integreret del af virksomheden. Det vil sige debitorerne tilhørte grenen, og skulle derfor overdrages sammen med resten af aktiviteten der udgjorde grenen.

Modsætningsvist gav ligningsrådet i en afgørelse fra 1995 tilladelse til, at en tilførsel af aktiver til det modtagende selskab kunne finde sted, kun bestående af rettigheder, varelager, likvider, samt tilgodehavende til et datterselskab. De samlede aktiver blev vurderet som en selvstændig enhed og derfor opfyldte selskabet grenkravet.⁶⁹ Det må derfor konstateres, at det i praksis kan være vanskeligt, at vurdere om et selskab består af en eller flere grene, og hvor et givent aktiv eller forpligtelse hører til ved opdelingen. Den svære definition på hvornår der er en eller flere grene i selskabet, gjorde at skatteministeriets departement i 1996 genovervejede betydningen af ”en gren af en virksomhed”. Der blev lagt stor vægt på, at det var de organisationsmæssige synspunkter der var væsentlige, når det skal vurderes om et selskab har en eller flere grene. Ligeledes uddybede skatteministeriets departement også, at deres opfattelse af ”en gren af en virksomhed” bør opfattes, som en materiel enhed i selskabet. I sidste ende er det dog ligningsrådets opfattelse der er afgørende, eftersom de i retspraksis afgøre de konkrete sager.⁷⁰

Dette kom også til udtryk i nogle af de efterfølgende afgørelser fra ligningsrådet. Blandt andet i sagen fra december 2000 hvor et selskab ønskede, at overdrage selve driften af selskabet til et nystiftet selskab, men samtidig ønskede selskabet at lade alle medarbejderne, som arbejdede i driften, blive i det indskydende selskab. Ligningsrådet fandt at medarbejderne var med til at skabe driften, og derfor ud fra et organisationsmæssigt synspunkt var en meget central del af driften. Medarbejderne skulle derfor overdrages sammen med den resterende drift til det modtagende selskab, eftersom der var tale om en gren af virksomheden.⁷¹ I ovenstående sag blev det altså vurderet af ligningsrådet, at medarbejdere der arbejder med driften, er en del af den samlede selvstændige enhed, selvom de ikke er et materielt aktiv, som skatteministeriets departement opfatter en gren. Argumentet må som beskrevet være, at medarbejderne er en del af den materielle enhed, da det er medarbejderne der sørger for at driften finder sted. Det må derfor konkluderes, at det i praksis kan være rigtig svært for

⁶⁹ TfS 1995.286.LR

⁷⁰ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

⁷¹ SKM 2001.77.LR

det enkelte selskab, at vurdere hvornår der er tale om en gren, hvilket kan medføre at SKAT ikke er enige med selskabet i opdelingen af den selvstændige enhed. Bliver dette tilfældet kan SKAT omstøde den skattefrie tilførsel af aktiver, således at tilførslen bliver skattepligtig.

Grenkravet for særlige poster

Udover at det generelt er svært at identificere, om et selskab har en selvstændig enhed og dermed at der er en gren i selskabet, er det i praksis konstateret at der er specifikke typer af aktiver og forpligtelser, der kræver en særlig behandling. Ifølge den juridiske vejledning omfatter disse specifikke typer fast ejendom, aktiebesiddelse, ideelle andele og låneprovenu. I de efterfølgende afsnit vil de fire typer kort blive behandlet.⁷²

Fast ejendom

Ved fast ejendom kan det indskydende selskab frit vælge, om ejendommen ønskes placeret i det indskydende selskab eller i det modtagende selskab. Muligheden for frit at kunne vælge placeringen af ejendommen gælder både udlejningsejendomme, der i praksis i sig selv udgør en gren af virksomheden, og ejendomme som selskabet selv benytter til sin aktivitet. Begge former for ejendomme kan derfor afskilles fra selve aktiviteten, og dermed ses som en selvstændig enhed.⁷³

Aktiebesiddelse

En aktiebesiddelse kan ikke alene anses for værende en selvstændig enhed, hvilket samtidig også falder ind under den tidligere nævnte definition fra skatteministeriets departement om, at en gren skal være en materiel enhed, før der kan gives tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver. I SKAT's afgørelse fra december 2005⁷⁴, blev ovennævnte omkring aktiebesiddelse bekræftet. Her ønskede det indskydende selskab, hvis aktivitet primært var at eje to datterselskaber med en helt anden aktivitet end det indskydende selskab, at alle tre selskaber skulle indgå i en samlet skattefri tilførsel af aktiver. Begrundelsen var, at alle tre selskaber skulle ses som en samlet enhed. Eftersom det indskydende selskab ikke havde samme aktivitet som de to datterselskaber, fandt SKAT at aktiviteterne adskilte sig så meget fra hinanden, at det indskydende selskab ikke kunne anses for værende en del af den samlede enhed. Ud fra denne afgørelse må det konkluderes, at det er vigtigt der ses på den ensartede

⁷² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

⁷³ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

⁷⁴ SKM2006.145.SKAT

drift, som til sammen udgør en virksomhed efter definitionen i FUSL § 15 C, stk. 2, i stedet for det enkelte selskab.

I praksis er der samtidig eksempler på afgørelser, hvor det er fundet organisatorisk begrundet at overdrage aktiebesiddelsen i datterselskaber. Eksempelvis ved ligningsrådets afgørelse i TfS2000.238.LR, hvor en gren af aktiviteten fra det indskydende selskab var tilført det modtagende selskab, men det indskydende selskab havde beholdt aktierne i de direkte ejede datterselskaber. I sagen blev det vurderet, at de tre direkte ejede datterselskaber også skulle tilføres det modtagende selskab med den begrundelse, at de tre datterselskaber varetog opgaver der var knyttet til den tilførte aktivitet. Det indskydende selskab ejede andre datterselskaber end de tre nævnte, som primært fungerede som holdingselskaber, da disse ikke direkte havde noget med aktiviteten i den udskilte gren at gøre, skulle disse ikke tilføres til det modtagende selskab. Omvendt skulle de aktier det indskydende selskab ejede i nogle datterdatterselskaber, som kun var tilknyttet opgaver for den udskilte gren ikke tilføres til det modtagende selskab, altså modsat det ligningsrådet havde afgjort for de direkte ejede datterselskaber. Begrundelsen for dette var at datterdatterselskaberne ikke var direkte ejet af det indskydende selskab.⁷⁵

Ovennævnte sag giver god mening i forhold til udgangspunktet om, at aktiebesiddelse i sig selv ikke er en del af en selvstændig enhed, og derfor kan en aktiebesiddelse i datterselskaber som udgangspunkt ikke tilføres som en selvstændig enhed til det modtagende selskab. Medmindre der er tale om direkte ejede datterselskaber, der kun har opgaver der tilknyttet sig til den aktivitet der ønskes overdraget til det modtagende selskab, her vil aktiebesiddelsen blive set som en del af virksomheden. De nævnte afgørelser viser hvor vigtigt det er at kigge på de direkte ejet datterselskabers aktivitet, når det besluttes om aktiebesiddelsen skal indgå i den ønskede skattefrie tilførsel af aktiver.

Ideelle andele

Ejer det indskydende selskab en ideel andel, som for eksempelvis kan være en andel i et interessentskab, vil denne andel ligesom ved aktiebesiddelse ikke blive set som en selvstændig enhed. Dermed kan en overdragelse af en ideel andel ikke ses som en gren, og ligesom ved aktiebesiddelse kan der umiddelbart ikke ske en skattefri tilførsel af de ejede andele. Dette er udgangspunktet, men efterfølgende har det igennem praksis, vist sig at der findes en udtagelse til reglen. Undtagelsen finder

⁷⁵ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

sted i de tilfælde, hvor overdragelsen af en selvstændig enhed der ejer en ideel andel som en del af aktiviteten, og dette er organisatorisk begrundet. Her vil det være muligt, at overdrage den ideel andel sammen med den resterende aktivitet til det modtagende selskab.⁷⁶ Udtagelsen blev bekræftet i SKM 2009.410.SR, hvor skatterådet fandt, at et partnerselskab der gerne ville omdannes til et aktieselskab, kunne ses som en tilførsel af aktiver efter fusionsskattelovens bestemmelser, med den betingelse at partnerselskabet indskød den samlede virksomhed i det modtagende selskab. Det vil derfor kun være muligt at tilføre ideelle andele til det modtagende selskab, hvis den samlede virksomhed overdrages og alle aktiver og forpligtelser vil være til at genfinde i det modtagende selskab.⁷⁷

Låneprovenu

Skal grenkravet være opfyldt efter FUSL § 15 c, stk. 2, bør alle aktiver og forpligtelser vedrørende den enkelte gren overdrages til det modtagende selskab. Dette gælder også i de tilfælde, hvor der er optaget lån. Derfor er det igennem praksis blevet en overordnet betingelse, at låneprovenu og låneforpligtelse følges ad, og dermed enten tilhører aktiviteten der bliver i det indskydende selskab, eller overdrages sammen grenen til det modtagende selskab.⁷⁸ I praksis kan det give udfordringer, da låneprovenuet godt kan være splittet mellem flere grene i selskabet, eller en gren udnytter låneprovenuet mens en anden gren har taget låneforpligtelsen. Et eksempel herpå er afgørelsen fra EF-domstolen, hvor selskabet i sagen ønskede, at lave en skattefri tilførsel af aktiver der bestod af betydelige låneforpligtelser. Meningen var at de betydelige låneforpligtelser skulle tilføres det modtagende selskab, mens det indskydende selskab skulle beholde det betydelige låneprovenu der var kommet fra låneforpligtelsen. Her fandt EF-domstolene, at transaktionen ikke kunne anses som værende tilførsel af aktiver med henvisning til fusionsskattedirektivets bestemmelser, samt betingelsen om at et låneprovenu og forpligtelse altid følger hinanden, medmindre der findes nogle helt særlige forhold.⁷⁹ Der er dog undtagelser der alligevel kan gøre, at der er mulighed for at få en tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver selvom låneprovenuet og forpligtelsen splittes. Ved afgørelsen af TfS2000.329.LR var dette tilfældet, som godt nok omhandler et ønske om at foretage en spaltning, men da afgørelsen tager stilling til grenkravet i forhold til låneprovenu og forpligtelse situationen, vurderes det at afgørelsen er brugbar i denne sammenhæng. I den konkrete sag havde det indskydende selskab to aktiviteter hvor den ene aktivitet A, som var den aktivitet der skulle

⁷⁶ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

⁷⁷ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

⁷⁸ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.3.1.

⁷⁹ SKM2002.620.EFD

overdrages til det modtagende selskab, havde trukket på den andens aktivitet Bs likviditet gennem de seneste 10 år. Inden spaltningen skulle finde sted, ønskede det indskydende selskab derfor, at aktivitet A skulle kompensere for de sidste 10 års udnyttelse af aktivitet Bs likviditet. Dette skulle gøres ved, at aktivitet A optog et lån og dermed tog sig af låneforpligtelsen, men låneprovenuet skulle tilfalde aktivitet B. Det ville dermed føre til at låneforpligtelsen ville blive overdraget med grenen som bestod af aktivitet A, mens låneprovenuet ville blive i det indskydende selskab sammen med aktivitet B, og adskillelsen ville dermed ikke opfylde grenkravet. På baggrund af de helt konkrete og særlige omstændigheder, valgte ligningsrådet at give tilladelse til adskillelsen og anerkendte dermed aktivitet A som en gren, selvom det kun var låneforpligtelsen der lå i aktiviteten.⁸⁰

Ved den ovennævnte afgørelse skal det bemærkes, at afgørelsen ikke er et udtryk for en ændring i praksis, men mere en nuancering. Det er derfor vigtigt at fremhæve, at den konkrete vurdering af den enkelte sag er utrolig vigtig, og har stor betydning for om der gives tilladelse eller ej. Overordnet set må det dog vurderes, at så længe låneprovenuet anvendelse kan følges til en bestemt aktivitet bør forpligtelsen tilhøre samme aktivitet.

Vederlag

Indledningsvist til dette kapitel fremgik det i definitionen af tilførsel af aktiver, at vederlæggelsen skal ske ved at modtage kapitalandele i det modtagende selskab.⁸¹ Dermed siger bestemmelsen, at hvis der foretages en skattefri tilførsel af aktiver, skal det indskydende selskab vederlægges med kapitalandele, og må derfor ikke modtage en kontantudligningssum, som er tilfældet ved omstrukturingsmodellerne fusion, spaltning og aktieombytning. Omvendt er der i fusionsskatteoven ikke krav om, at det modtagende selskab er et nystiftede selskab, og dermed kan det indskydende selskab godt vederlægges i et allerede eksisterende selskab, der samtidig også kan have andre ejere før og efter overdragelsen har fundet sted. Et indskydende selskab der før tilførslen ejer kapitalandele i det modtagende selskab kan ikke vederlægges ved, at de ejede kapitalandele stiger i værdi, men skal i stedet modtage ny udstedte aktier eller anparter fra det modtagende selskab.⁸² Der er dog ingen krav til antallet af kapitalandele det indskydende selskab skal have efter tilførslen,

⁸⁰ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.1.3.1.

⁸¹ FUSL §15 c, stk.2, 1 pkt.

⁸² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.4.1.

hvilket gør det muligt for mindre selskaber at tilføre selskabets aktivitet til et større selskab og få en mindre andel i dette.

I praksis burde ovenstående bestemmelser være lige til, men alligevel er der selskaber der har prøvet at omgå reglen omkring, at der ikke må ske kontant vederlægges. Eksempelvis har selskaber prøvet at udgå reglen, ved at skabe en mellemregning mellem det indskydende selskab og det modtagende selskab, som så ved tilførslen ville udgå. Det blev ved afgørelsen i 1997 af ligningsrådet bekræftet, at en mellemregning er i strid med kontant vederlagsforbuddet, og derfor fik selskabet ikke tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver.⁸³ Et andet eksempel på omgåelse af vederlagsforbuddet er en konkret sag fra 1999, hvor to selskaber ønskede at tilføre det modtagende selskab deres aktiver, men hvor vederlaget ikke skulle fordeles efter de indskudte værdier. Derimod skulle det ene indskydende selskab have fortrinsret til udbytter frem for det andet. Her fandt ligningsrådet ligeledes, at konstruktionen var i strid med kontantvederlagskravet. Dermed måtte selskabet ændre den oprindelige ansøgning, og i stedet for blev de to selskaber vederlagt med aktier i det modtagende selskab. Denne konstruktion accepterede ligningsrådet og gav tilladelse til den skattefri tilførsel af aktiver.⁸⁴

Når det skal vurderes, om et selskab overholder forbuddet om kontant vederlæggelse, kigges der både på tiltag før tilførslen, som de to ovenstående afgørelser er eksempler på, samt ved efterfølgende dispositioner. Der findes i praksis eksempler på udlodning af udbytte fra det modtagende selskab til det indskydende selskab, som er blevet set i strid med kontantvederlagsforbuddet. Dette er især i de tilfælde, hvor udlodningen overstiger periodens resultat. Dette var eksempelvis tilfældet i en sag fra højesteret, hvor der i juni 1999 blev givet tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver, og det herefter i december 1999 blev besluttet, at udlodde ca. 19 mio. kr. i udbytte til det indskydende selskab, selvom periodens resultat kun var ca. 1,8 mio. kr. Det bemærkes yderligere i sagen, at der i juli 1999 blev foretaget en kapitalforhøjelse i det modtagende selskab, hvor et canadisk selskab indskød kapitalen. Skattemyndighederne tilbagekaldte efterfølgende den meddelte tilladelse om skattefri tilførsel af aktiver med den begrundelse, at den efterfølgende udlodning måtte anses for en kontant vederlæggelse til det indskydende selskab. Højeste ret gav skattemyndighederne medhold.⁸⁵

⁸³ TfS1997.661.LR

⁸⁴ TfS1999.737.TSS

⁸⁵ SKM2011.501.HR

Det må vurderes at selskabet i ovenstående sag havde tanke på, hvordan kontantvederlagsforbuddet kunne undgås, eftersom det indskydende selskab kun en måned efter tilførslen modtager en kontant kapitalforhøjelse, og dermed får selskabet flere likvide midler som kan bruges til betaling af det indskydende selskab. Afgørelsen vurderes derfor at være korrekt, da udlodningen som anført i sagen må anses som en form for kontant vederlæggelse, eftersom udlodningen ikke afspejler periodens resultat.

I forlængelse af ovenstående afgørelse skal Kofoed-sagen (Hans Markus Kofoed) nævnes, hvor skattemyndighedernes tilbagekalder af den givet tilladelse til en skattefri aktieombytning, grundet en efterfølgende udlodning af udbytte ikke holdte hos EF-domstolene. Kofoed fik medhold i sagen, om at SKAT ikke kunne tilbagekalde tilladelse på blandt andet den baggrund, at der på aktieombytningstidspunktet ikke lå nogen bindende aftale om efterfølgende udlodning.⁸⁶ I begge de to sager var der ikke lavede en skriftlig aftale om efterfølgende udlodning, men alligevel blev der i den ene sag givet medhold til SKAT, mens SKAT fik afvist at kunne tilbagekalde tilladelsen i den anden. Kofoed sagen er derfor blevet en væsentlig dom, som har stor indflydelse på praksis. Sagen er nærmere gennemgået under kapitlet aktieombytning.

Ud fra ovenstående afgørelser kan det konkluderes, at SKAT, inden der gives tilladelse, fokuserer på om der kan være konstruktioner der muliggøre en kontant vederlæggelse. Ligeledes må det konstateres, at udlodning efter tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver ikke altid vil blive set som en kontant vederlæggelse, men dog er der også i retspraksis sager hvor efterfølgende udlodning har ført til tilbagekaldelse af tilladelsen. Det er dermed svært at konkludere, hvilke regler der gælder for hvor meget udbytte der må udloddes efter tilførslen, men udgangspunktet må være at holde sig til selskabets resultat for perioden, samt at der før tilførslen ikke må være indgået en skriftlig aftale om efterfølgende udlodning.

⁸⁶ SKM2007.843.DEP

Skattemæssig virkning

Ved fastlæggelse af skæringsdatoen må det konstateres, at den overordnede virkning af en tilførsel af aktiver er den samme som ved en fusion, og derfor vil kravene til skæringsdatoen være de samme krav som ved fusionsdatoen. Derfor skal datoen for den udarbejdede åbningsbalance for det modtagende selskab, gælde som tilførselsdatoen og denne skal være sammenfaldende med skæringsdatoen for det modtagende selskabs regnskabsår.⁸⁷ Dette er modsat en skattepligtig tilførsel af aktiver med tilbagevirkende kraft, hvor skæringsdatoen følger det indskydende selskabs regnskabsår. Forskellen skyldes at der ved en skattefri tilførsel af aktiver, kan tilføres til allerede eksisterende selskaber, hvilket ikke er muligt ved en skattepligtig. Modsætningsvist kan man ved en skattepligtig tilførsel af aktiver sætte skæringsdatoen med tilbagevirkende kraft. Ligesom ved en fusion er der dog en undtagelse til reglen, hvilket er i de tilfælde hvor der sker ændring i sambeskatningskredsen. I disse tilfælde vil det være fusionsskattelovens § 5, stk. 3 der er gældende. Se kapitlet omkring sambeskatning for en dybere gennemgang heraf.

Skattemæssig konsekvens for det indskydende selskab

Den skattemæssige virkning af en skattefri tilførsel af aktiver er ligesom ordet også ligger op til, nemlig skattefrit. De overdragede aktiver og forpligtelser bliver anset for afstået, der sker ikke en realisationsbeskatning af det indskydende selskab. Det fremgår af fusionsskatteloven § 15 d, stk. 1, at et eventuelt tab eller gevinst af de overdragede aktiver og forpligtelser ikke skal medtages i den skattepligtige indkomst for det indskydende selskab. Det indskydende selskab vederlægges med kapitalandele i det modtagende selskab. Kapitalandelene vil blive anset for anskaffet ved overdragelsesdagen, og værdien vil svare til den opgjorte handelsværdi af de tilførte aktiver og passiver. Anskaffelsessummen skal bruges den dag, det indskydende selskab eventuelt ønsker at sælge andelene, for at kunne opgøre om afståelsen vil udløse en gevinst til beskatning, eller et tab der vil give fradrag i den skattepligtige indkomst efter de gældende regler i aktieavancebeskatningsloven. Er aktierne i det modtagende selskab dog unoterede portefølje aktier, og det indskydende selskab ejer mindre end 10 % af selskabskapitalen, vil en eventuel gevinst ved afståelse af de ejede kapitalandele være skattefri.⁸⁸ Ligeledes er det gældende, hvis der er tale om datterselskabsaktier hvor der ejes mere

⁸⁷ FUSL § 5, stk. 1.

⁸⁸ ABL § 4C

end 10 % af selskabskapitalen,⁸⁹ eller ved koncernselskabsaktier med mere end 10 % ejerskab af selskabskapitalen og selskabet samtidig har bestemmende indflydelse over datterselskabet.⁹⁰

Yderligere skal det bemærkes, at hvis der er tale om koncernaktier, vil der være forhold omkring udnyttelse af opstået skattemæssige underskud fra tidligere år. Hvis tilførslen af aktiver sker inden for samme sambeskatningskreds vil underskuddene stadig kunne bruges, og omvendt hvis tilførslen sker til et selskab uden for sambeskatningskredsen. Det indskydende selskab kan dog stadig selv udnytte de tidligere års skattemæssige underskud, eftersom disse ikke overdrages til det modtagende selskab.⁹¹

Skattemæssig konsekvens for det modtagende selskab

Ved at der ikke sker en realisationsbeskatning af det indskydende selskab, betyder det at det modtagende selskab i stedet, succedere i det indskydende selskabs skattemæssige værdier jf. FUSL § 15 d stk. 2 og 3 med henvisning til FUSL § 8.⁹² Det modtagende selskab overtager derfor anskaffelsestidspunkt, anskaffelsespris, samt de foretaget afskrivninger på de overdraget aktiver. Dette betyder at, det modtagende selskab overtager den udskudte skatteforpligtelse, som tidligere lå i det indskydende selskab. I praksis kan opdelingen godt give problemer, da alle driftsmidler som oftest indgår i en samlede skattemæssig saldo, hvoraf der afskrives. Det kan derfor være et stort arbejde, hvis der er tale om mange driftsmidler, at opgøre hvilken skattemæssig værdi de specifikke tilførte aktiver har, hvis kun nogle af dem bliver tilført det modtagende selskab.

Skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse

Udover de ovennævnte generelle krav for, at kunne foretage en skattefri tilførsel af aktiver er der yderligere krav efter om selskabet vælger at ansøge om tilladelse fra SKAT til at foretage tilførslen af aktiver eller foretager den uden tilladelse. SKAT kan ifølge fusionsskattelovens bestemmelser fastsætte særlige vilkår for selskabet hvis der skal gives tilladelse. Ligeledes kan SKAT bede om, at der bliver udarbejdet specifikke dokumenter til eksempelvis at dokumenterer den angivet begrundelse

⁸⁹ ABL § 4A

⁹⁰ SEL § 31 C og ABL § 4B

⁹¹ FUSL § 8, stk. 6.

⁹² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.6.1.

for at selskabet ønsker, at foretage en tilførsel af aktiver. Indsendelsen skal finde sted efter de nævnte frister i FUSL § 6, stk. 3 eller § 6, stk. 4.⁹³

Et af de væsentligste krav for at kunne få en tilladelse fra SKAT er, at der skal foreligge en forretningsmæssig begrundelse, for at foretage den ønskede tilførsel af aktiver. Grunden til dette skærpede krav er skattemyndighedernes forsøg på, at undgå at tilførselens hovedformål eller et af dem er skatteundgåelse eller -unddragelse. Har SKAT en formodning om at skatteunddragelse eller -undgåelse, er hensigten med ansøgning om tilladelse til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver, er dette nok til at SKAT kan give et afslag på ansøgningen i henhold til fusionsdirektivets artikel 15, stk. 1, litra a.⁹⁴

Ovenstående betyder derfor, at et selskab der ansøger om tilladelse til at udføre en skattefri tilførsel af aktiver, ikke skal have til formål at bringe det indskydende selskab i en skattefritagelsesposition. Ej heller må selskabets formål være, at overdrage aktiebesiddelse til det modtagende selskab, hvilket som nævnt tidligere ikke kan ses som en selvstændig enhed. Har tilførslen allerede fundet sted før der er givet tilladelse, er det ikke ensbetydende med, at SKAT vil give tilladelse. Såfremt SKAT finder, at tilførslen ikke opfylder kravene i FUSL §§ 15 c og 15 d, vil tilførslen blive set som skattepligtig. SKAT kan dog give tilladelse til en omgørelse af ansøgningen jf. SFL § 29, hvilket betyder at begrundelsen for tilførslen skal forelægges SKAT på ny.⁹⁵

Ansøgningsprocedure

Det er som benævnt ovenfor væsentligt, at selskabet har en konkret forretningsmæssig begrundelse for at få tilladelse til en skattefri tilførsel af aktiver. Det er derfor vigtigt, at der ved ansøgningen gives en grundig beskrivelse af den forretningsmæssig årsag, samt hensigten med den ønskede selskabsstruktur.⁹⁶ Herudover skal ansøgningen indeholde et udkast til regnskabsopstilling og åbningsbalance pr. tilførselsdatoen. Det er yderligere uddybet hvad SKAT forventer, at regnskabsopstillingen indeholde som listet nedenfor.

⁹³ FUSL § 15 C, stk. 1, 3. pkt.

⁹⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.5.

⁹⁵ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.7.

⁹⁶ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 311

- Det indskydende selskabs balance før tilførslen og eventuelt det modtagende selskabs egen balance, medsendes kun hvis tilførslen sker til et allerede eksisterende selskab
- Åbningsbalance for det modtagende selskab
- Balance for det indskydende selskab efter tilførslen

Er det derudover muligt vil det være hensigtsmæssigt, at udarbejde noter til regnskabsopstillingen, som samtidig også vil give en bedre forståelse af regnskabet. Til sidst bør det oplyses om der er stillet nogen form for kaution, pant eller andre former for sikkerhedsstillelse af det indskydende selskab, andre koncernselskaber, hovedaktionærer eller tredjemand for det modtagende selskab. Oplysningerne er med til at sikre SKAT's vurdering, om det modtagende selskab kan fungere som en selvstændig enhed. Er der stillet en form for sikkerhedsstillelse for det modtagende selskab, kan SKAT bede om uddybende oplysninger herom.⁹⁷

Skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse

Modsætningsvist til tidligere afsnit, er det også muligt at foretage en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse. Her vil der ikke være det ufravigelige krav om, at selskabet skal have en god forretningsmæssig begrundelse for at foretage tilførslen af aktiver. Til gengæld vil skattemyndighederne stadig sikre, at tilførslen ikke foretages med skatteunddragelse eller undgåelse for øje, og derfor er der indført to objektive krav, som skal overholdes hvis selskabet ønsker at foretage en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse.

Holdingkravet

Holdingkravet er det væsentligste objektive krav, som skal være opfyldt for at kunne foretage en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse. Kravet går i sin enkelthed ud på, at kapitalandelene i det modtagende selskab ikke må afstås inden for de først 3 år for vedtagelsen af tilførslen.⁹⁸ Holdingkravet skal opfyldes, hvis der foretages en skattefri tilførsel, ellers vil denne blive set som en skattepligtig tilførsel. Dette er dog muligt at undgå, hvis selskab har en forretningsmæssig begrundelse for tilførslen, og dermed kan ansøge SKAT om tilladelse til den ønskede skattefrie tilførsel af aktiver. I anmodningen skal det dog, udover en beskrivelse af den oprindelig grund, også

⁹⁷ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.2.7.

⁹⁸ FUSL § 15 c, stk. 1, 5. pkt.

beskrives de forretningsmæssige grunde for den efterfølgende afståelse af kapitalandelene. Under kapitlet spaltning er holdingkravet gennemgået mere i dybden.

Oplysningspligt

Det andet objektive krav går på oplysningskravet til SKAT, hvilket skyldes at SKAT ved en skattefri tilførsel uden tilladelse ikke ved besked, om at denne tilførsel er sket. Derfor er det modtagende selskab pålagt at informere SKAT herom. Det modtagende selskab skal senest samtidig med indgivelsen af selvangivelsen for indkomståret, hvor tilførslen er sket, give SKAT besked om, at selskabet har deltaget i en skattefri tilførsel uden tilladelse.⁹⁹ Selvangiver det modtagende selskab ikke oplysningen om deltagelsen i en tilførsel rettidigt, kan selskabet i falde bøde. Afstår det indskydende selskab efterfølgende kapitalandelene i det modtagende selskab, og selskabet er hjemmørende i Danmark, skal det indskydende selskab senest 1 måned efter afståelsen give besked herom til skattemyndighederne.

⁹⁹ FUSL § 15 c, stk. 11.

Delkonklusion

En tilførsel af aktiver giver selskaber mulighed for, at tilføre en selvstændig enhed af selskabet til et andet allerede eksisterende eller et nyt oprettet selskab. Tilførslen kan enten ske, som en skattepligtig eller skattefri transaktion. Foretages tilførslen af aktiver som en skattepligtig transaktion, vil der ikke være yderligere krav, da tilførslen vil blive sidestillet med et almindeligt salg af aktiver. Derfor kan aktiverne der tilføres, både bestå af enkelte aktiver, en gren af selskabet eller hele selskabets aktivitet. Vederlæggelse er der heller ikke specifikke krav til, og kan derfor finde sted ved modtagelse af kapitalandele i det modtagende selskab og/eller en kontant udligningssum.

Foretages tilførslen af aktiver i stedet som en skattefri transaktion, er der nogle generelle krav om, at overdragelsen kun må ske af en selvstændig enhed af selskabet eller hele selskabet. Her kan enkelte aktiver altså ikke tilføres det modtagende selskab skattefrit. Ligeledes skal vederlæggelsen ske ved modtagelse af kapitalandele i det modtagende selskab, og det indskydende selskab må på ingen måde modtage en kontant betaling for de tilførte aktiver. Ved en skattefri tilførsel af aktiver, vil det modtagende selskab succedere i de tilførte aktivers skattemæssige værdier, hvilket betyder at det modtagende selskab overtager aktivernes oprindelige anskaffelsestidspunkt, anskaffelsespris og hensigt.

En skattefri tilførsel af aktiver kan enten ske med eller uden tilladelse fra SKAT. Anmoder det indskydende selskab SKAT om tilladelse til at foretage en skattefri tilførsel af aktiver, skal selskabet være opmærksom på, at det er et krav at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for at foretage tilførslen. Kan selskabet ikke konkretisere eller dokumentere den forretningsmæssige begrundelse godt nok, kan det give SKAT en formodning om, at hovedformål eller et af dem er skatteundgåelse. Er dette tilfældet kan selskabet forvente, at SKAT vil afslå anmodningen.

Foretages den skattefrie tilførsel af aktiver uden tilladelse fra SKAT, er kravet om en forretningsmæssig begrundelse ikke gældende. I stedet for er der indført et objektivt krav, også kaldet holdingkravet, der skal sikre at tilførslen af aktiver ikke sker med skatteundgåelse eller –unddragelse for øje. Holdingkravet skal overholdes, såfremt transaktionen skal blive ved med at være skattefri og betyder egentlig, at det modtagende selskab ikke må afstå de tilførte aktiver inden for 3 år fra vedtagelsen af tilførslen. Derudover er der oplysningspligt omkring gennemførslen af en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse til SKAT.

På baggrund af dette kapital må det konkluderes, at foretager et selskab en skattepligtig tilførsel af aktiver, vil beskattningen af en eventuel gevinst ske med det samme. Til gengæld vil der ikke være yderligere krav, der skal overholdes for at foretage tilførslen. Modsat en skattefri tilførsel af aktiver, er det ved en skattepligtig tilførsel muligt, at tilføre enkelte aktiver til det modtagende selskab. Den skattepligtige tilførsel af aktiver svarer meget til et almindeligt salg af aktiver, hvorfor forskellen er at det ved tilførslen, stadig er muligt at vederlægge det indskydende selskab med kapitalandele i det modtagende selskab, hvilket ikke er normalt ved et almindeligt salg.

Gennemføres tilførslen af aktiver derimod som en skattefri transaktion, er der en del ekstra krav der skal opfyldes, både ved en skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse og uden. De yderligere krav der skal opfyldes, kan betyde at selskabet pålægges sig selv en tung administrativ byrde, ved at vælge at foretage en skattefri transaktion. Det må ud fra ovenstående benævnte afgørelser blandt andet konkluderes, at dokumentation samt overholdelse af grenkravet kan være meget vanskeligt og tidskrævende for det enkelte selskab. Grenkravet er en så væsentlig del af tilførslen, at det må forventes af SKAT's hoved fokus blandt andet ligger her, og dermed vil sikre at myndighedernes opfattelse af en selvstændig enhed er overholdt.

Vælger selskabet yderligere at søge SKAT om tilladelse til den skattefri tilførsel af aktiver, kræver det ligeledes, at selskabet kan konkretisere og dokumentere den forretningsmæssige begrundelse for tilførslen.

I stedet for det ufravigelig krav om en forretningsmæssig begrundelse, skal selskabet ved valg af en skattefri tilførsel af aktiver uden tilladelse overholde holdingkravet. De to krav har samme formål, nemlig at sikre at tilførslen ikke sker med skatteundgåelse for øje. Vælger et selskab at foretage en skattepligtig tilførsel af aktiver, slipper det for yderligere krav der skal overholdes, til gengæld vil det indskydende selskab blive beskattet af en eventuel gevinst ved overdragelsen.

Modsætningsvist vil det indskydende selskab ikke blive beskattet hvis den skattefrie tilførsel af aktiver vælges. Selskabet skal til gengæld have kapacitet til, at kunne dokumentere overholdelsen af kravene. Det må derfor kunne konkluderes, at der ved tilførslen af aktiver som en omstrukturerings mulighed er ulemper og fordele ved både den skattepligtige og skattefrie mulighed. Valget afhænger derfor meget af det enkelte selskabs tanke med tilførslen, og om det kan betale sig at blive beskattet af en eventuelt gevinst med det samme, for i stedet at undgå, at skulle overholde alle kravene ved en skattefri tilførsel af aktiver. Hvis det i stedet vurderes, at selskabet har kapacitet til den administrative byrde, kan en skattefri tilførsel af aktiver være fordelagtigt, da beskatningen af det indskydende selskab udskydes.

Aktieombytning

Aktieombytning er en af de fire overordnede omstruktureringsmetoder, der kan benyttes når et selskab ønsker at foretage en omstrukturering. I forhold til de tre andre omstruktureringsmodeller er reglerne for benyttelse af aktieombytning ikke defineret i fusionsskatteloven, men derimod i aktieavancebeskatningsloven. Her er blandt andet også defineret, hvad der ved en aktieombytning skal forstås:

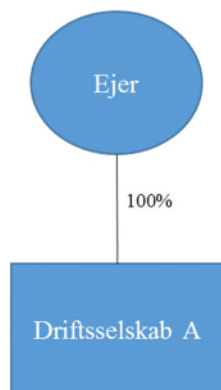
”[...]den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, eller, hvis det allerede har et sådant flertal, erhverver en yderligere andel ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærene i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum.”¹⁰⁰

Den ovenstående definition betyder, at der er tale om en aktieombytning når en aktionær overdrager sine aktier i et selskab, også kaldet det erhvervede selskab, til det modtagende selskab, ved i stedet at få kapitalandele i det modtagende selskab og en eventuel kontant udligningssum. Aktieombytning er siden introduktionen af de objektive regler i 2007, blevet en af de mest brugte omstruktureringsmodeller. Metoden bliver ofte brugt i forbindelse med generationsskifte, eller i de tilfælde hvor det ønskes, at etablere en moder-/datterstruktur også kaldet holdingstruktur. I dette tilfælde vil holdingselskabet blandt andet slippe for driftsrisikoen, samt der vil være mulighed for eksempelvis at flytte overskydende likviditet, hvilket kan gøre selskabet billigere, hvis det senere ønskes at sælge selskabet til tredjemand.¹⁰¹ Nedenfor er illustreret hvordan en selskabsstruktur vil se ud før og efter en aktieombytning, hvor ejeren af selskab A bytter sine aktier i A med aktierne i det nye selskab B.

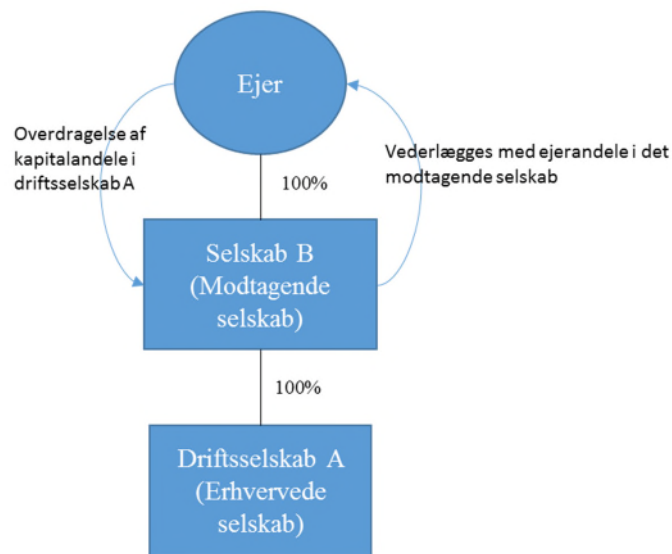
¹⁰⁰ ABL § 36, stk. 2, 1. pkt.

¹⁰¹ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 185

Før aktieombytning

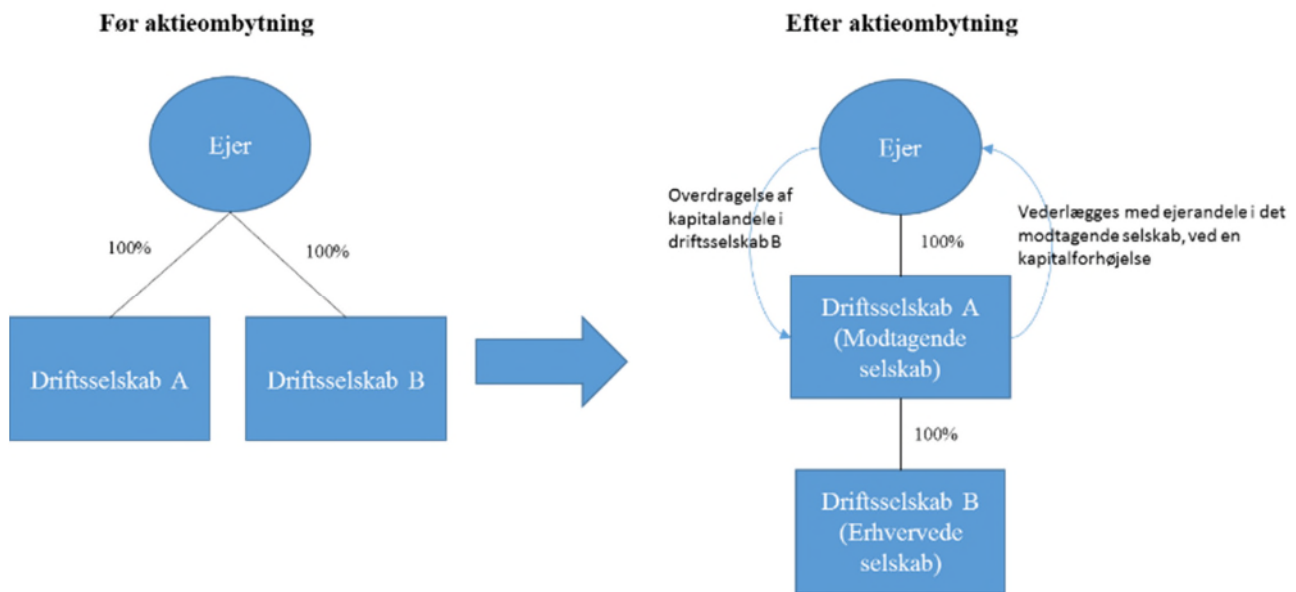


Efter aktieombytning



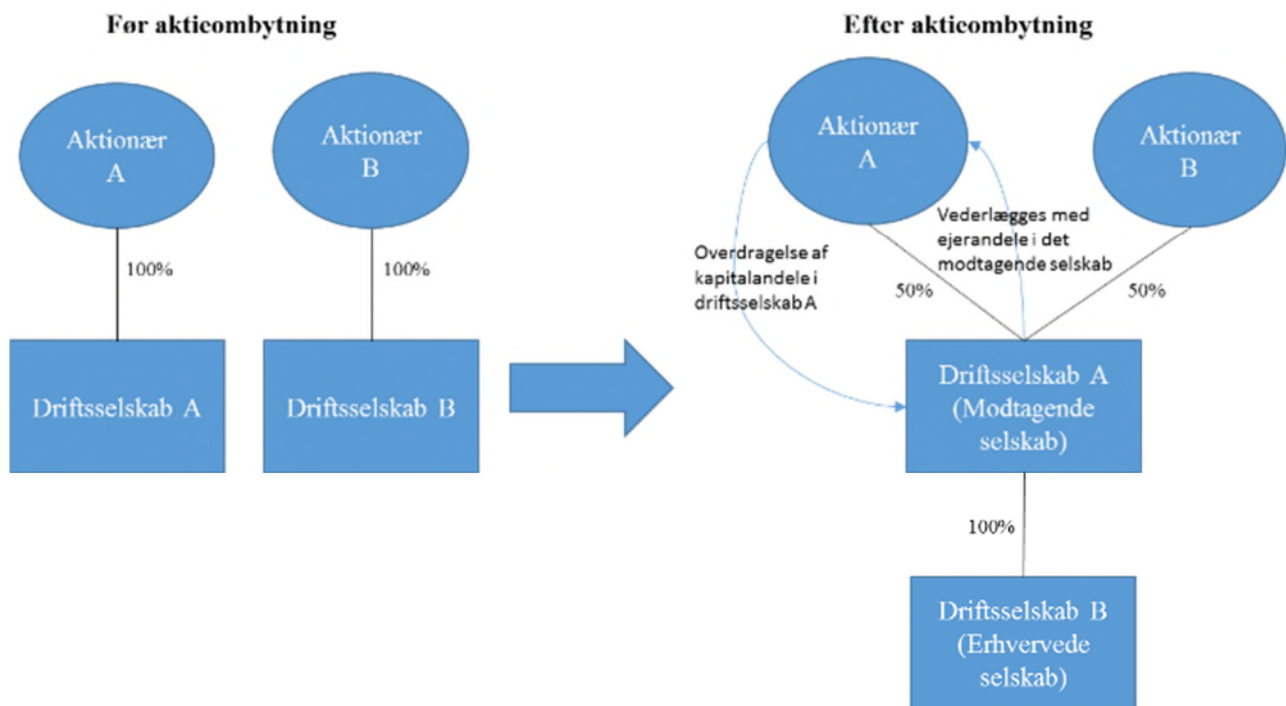
Figur 7 Kilde: Egen tilvirkning

Andre situationer hvor en aktieombytning kunne være relevant, er eksempelvis i de tilfælde hvor en fysisk aktionær ejer to selskaber, hvor det ene er et overskudsgivende selskab, mens det andet giver underskud. Her kunne der være interesse for, at det overskudsgivende selskab kunne benytte de fremtidige underskud fra det underskudsgivende selskab. Dette kan blive muligt hvis selskaberne bliver omfattet af de gældende regler for national sambeskatning. Sambeskatningen bliver obligatorisk såfremt der foretages en aktieombytning, ved at oprette et nyt holdingselskab, som vil erhverve aktierne for de to driftsselskaber, mens ejeren får aktierne i holdingselskabet og dermed vil der opstå en sambeskatningskreds. En anden mulighed er, at lade det ene driftsselskab blive det modtagende selskab, og dermed erhverve aktierne fra det andet selskab, mens ejeren vederlægges med kapitalandele i det modtagende selskab, som skal foretage en kapitalforhøjelse. Det modtagende selskab skal derfor foretage en kapitalforhøjelse, svarende til den værdi de indskudte kapitalandele fra det erhvervede selskab har, således at ejeren kan vederlægges da de allerede ejede kapitalandele værdi ikke må forøges i henhold til ABL § 36, stk. 2, 1. pkt. Nedenfor i figur 8 er illustreret eksemplet på hvordan selskabsstrukturen vil se ud før og efter en aktieombytning, hvor to særskilte selskaber bliver bundet sammen til en koncern.



Figur 8 Kilde: Egen tilvirkning

En anden situation, som er illustreret nedenstående i figur 9, der kan gøre aktieombytning interessant, er i de tilfælde hvor der er to aktionærer ønsker, at have deres selskaber i samme koncern, men hvor begge selskaber skal fortsætte med at eksistere. Dette kan eventuelt skyldes et ønske om mulighed for et fremtidigt frasalg af det ene selskab. I dette tilfælde vil aktionær A tilføre sine kapitalandele i driftsselskabet A til driftsselskabet B, som før aktieombytningen ejes af aktionær B. Det er ikke i alle tilfælde, at de to aktionærer vil komme til at eje lige meget af det modtagende selskab, men i dette eksempel vil begge eje lige meget, og det modtagende selskab vil blive driftsselskab B. I illustrationen nedenfor vises det hvorledes en selskabsstruktur kan ud ved den beskrevne situation.



Figur 9 Kilde: Egen tilvirkning

Der er en del forskellige situationer, hvor aktieombytning kan være den rigtige løsning at anvende ved omstrukturering af et eller flere selskaber. Dette kan ses ud fra de ovenstående eksempler, som beskriver nogle af de situationer, som et selskab kan stå i, når der vælges at foretage en aktieombytning. Ligegyldigt hvilken konstruktion af aktieombytning et selskab vælger, er der en ting til fælles for dem alle, nemlig at aktieombytningen som udgangspunkt er skattepligtigt. I det aktionæren overdrager nogle aktier/anparter, og samtidig erhverver sig nogen nye aktier/anparter vil som udgangspunkt gøre, at transaktionen bliver skattepligtig efter de gældende regler i aktieavancebeskatningsloven. Det er dog muligt, at foretage en aktieombytning skattefrit jf. ABL § 36, hvor der gives mulighed for at udskyde beskatten af den ellers skattepligtige transaktion med aktionæren.

Skattepligtig aktieombytning

Ved en skattepligtig aktieombytning sidestilles overdragelsen af aktierne/anparterne som en afståelse, mens vederlæggelsen i kapitalandele ses som en erhvervelse af nye aktier/anparter, hvorfor der ligesom beskrevet ovenfor vil ske beskatning efter aktieavancebeskatningslovens regler. Den skattepligtige aktieombytning er dermed ikke omfattet af bestemmelserne i ABL § 36, og derfor vil realisationsbeskatningen finde sted på vedtagelsesdatoen af aktieombytningen. Dette medfører, at der skal udarbejdes en delperiodeopgørelse for det erhvervet selskab, da det skattepligtige resultat skal fordeles efter hvilken periode det vedrører.

Skattemæssig konsekvens for aktionæren

Eftersom der ved en skattepligtig aktieombytning både sker et køb og et salg af aktierne hos aktionæren, medfører dette en skattepligtig transaktion. Der er dog efter aktieavancebeskatningslovens bestemmelser forskel på, hvilke skattemæssige konsekvenser købet og salget af aktierne har for aktionæren, efter om aktionæren er et selskab (juridisk person) eller en fysisk person. Derfor vil der nedenfor kort blive gennemgået de skattemæssige konsekvenser, der er for henholdsvis selskaber og fysiske personer.

Selskaber (juridiske personer)

Er aktionæren et selskab, afhænger den skattemæssige konsekvens af hvor af kapitalen der ejes, og om der er bestemmende indflydelse over for det afstået selskab. Er det afståede selskab unoteret, altså at kapitalandelene ikke er optaget til handel på et reguleret marked, og der ejes mindre end 10 % af selskabskapitalen, vil der være tale om skattefrie porteføljeaktier. Afståelse af disse kapitalandele vil derfor, ikke have nogen skattemæssig konsekvens for aktionæren, når denne er et selskab (juridisk person).¹⁰² Er der derimod tale om kapitalandele i et noteret selskab, hvilket vil sige at aktierne er optaget til handel på et reguleret marked, og der samtidig ejes mindre end 10 % af selskabskapitalen, vil der være tale om noterede porteføljeaktier. Her vil afståelsen af aktierne medføre, at en gevinst eller et tab skal medregnes i den skattepligtige indkomst.¹⁰³ Ejers der i stedet over 10 % af selskabskapitalen, vil der være tale om datterselskabsaktier.¹⁰⁴ Såfremt der udover at eje mere end 10 % af selskabskapitalen, samtidig er bestemmende indflydelse efter SEL § 31 C, vil der være tale om

¹⁰² ABL § 4 C

¹⁰³ ABL § 9

¹⁰⁴ ABL § 4 A

koncernaktier jf. ABL § 4 B. I begge tilfælde vil en afståelse af disse aktier ikke medføre en skattemæssig konsekvens jf. ABL § 8.

Ovenstående betyder dermed at afståelsesbeskatningen, der burde finde sted ved en skattepligtig aktieombytning, kun vil have en skattemæssig konsekvens for aktionæren når denne er et selskab, der ejes mindre end 10 % af selskabskapitalen og dette er noterede aktier. I alle andre tilfælde vil der være skattefrihed, hvilket betyder at det ofte ikke vil få nogen skattemæssig konsekvens for aktionæren i en skattepligtig aktieombytning, hvis aktionæren er et selskab.

Fysiske personer

Er aktionæren en fysisk person, vil de gældende regler i aktieavancebeskatningsloven for personer være gældende. Det betyder at en gevinst ved afståelse af aktier altid vil være skattepligtig.¹⁰⁵ Er der derimod tale om et opnået tab ved afståelsen, har det betydning for anvendelsen af tabet, om aktierne var noterede eller unoterede. Ved unoterede aktier fradrages tabet direkte i opgørelsen af den skattepligtige indkomst, for det indkomstår hvor tabet er erhvervet.¹⁰⁶ Ved tab opnået ved afståelsen af aktier der er noterede, kan tabet kun modregnes i udbytter og gevinster fra andre noterede aktier jf. ABL § 13 A, stk. 1. Overstiger tabet de modtagne udbytter og gevinster, kan resten af tabet fremføres til de senere indkomstår til modregning i udbytte og gevinster fra noterede aktier.¹⁰⁷ Såfremt aktionæren er gift, kan det resterende tab modregnes i ægtefællens udbytter og gevinster for noterede aktier.¹⁰⁸ Ud fra ovenstående vil der altså altid ske beskatning af gevinster ved afståelse af aktier, samt der vil gives fradrag for et opnået tab enten direkte i den skattepligtige indkomst, eller som modregning i udbytter og gevinster fra noterede aktier.

Skattemæssige konsekvens for det modtagende selskab

Eftersom der ikke sker nogen afståelse i det modtagende selskab, vil der heller ikke ske en beskatning ved en skattepligtig aktieombytning. Det modtagende selskab erhverver derimod nogle nye aktier, med en værdi svarende til handelsværdi på indskudstidspunktet. Dette vil have betydning den dag det modtagende selskab eventuelt vælger at afstå aktierne, og afståelsen skal på det tidspunkt behandles på samme måde som beskrevet ovenfor for selskaber (juridiske personer). Aktieombytning kan dog i

¹⁰⁵ ABL § 12

¹⁰⁶ ABL § 13

¹⁰⁷ ABL § 13 A, stk. 2.

¹⁰⁸ ABL § 13 A, stk. 3.

nogle tilfælde ændre sambeskatningsforholdet, hvilket vil betyde at der skal udarbejdes delperiodeopgørelse. Derudover kan en ændring i sambeskatningsforholdet betyde, en bedre mulighed for at udnytte fremtidige underskud.

Skattemæssige konsekvens for det erhvervede selskab

En skattepligtig aktieombytning vil ikke få skattemæssige konsekvenser for det erhvervede selskab, da det hverken afstår eller erhverver noget i forbindelse med aktieombytningen. Aktieombytningen kan dog, som nævnt ovenfor ved det modtagende selskab medføre ændring i sambeskatningsforholdet, hvilket gør at der i disse tilfælde skal udarbejdes en delperiodeopgørelse. Der henvises til særskilt kapitel hvor ændring i sambeskatningsforhold ved omstrukturering er behandlet.

Skattefri aktieombytning

Det er som nævnt tidligere muligt, at foretage en skattefri aktieombytning i stedet for en skattepligtig efter bestemmelserne i aktieavancebeskatningslovens § 36. En skattefri aktieombytning er mulig enten med eller uden tilladelse fra SKAT. I lighed med de andre omstrukturingsmetoder som kan foretages skattefrit, er der også nogle generelle krav der skal opfyldes for aktieombytning. En del af de krav er gældende for både med og uden tilladelse, og vil blive gennemgået nedenfor. Efterfølgende vil de individuelle krav for henholdsvis med og uden tilladelse blive behandlet i særskilte afsnit.

Hvem kan anvende reglerne

I ABL § 36, stk. 1, er det beskrevet hvem der kan anvende bestemmelsen for en skattefri aktieombytning. Det fremgår at *”... aktionærerne i det erhvervede selskab har adgang til beskatning efter reglerne i fusionsskattelovens §§ 9 og 11, når såvel det erhvervende som det erhvervede selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 2009/133/EF, eller er selskaber, som svarer til danske aktie- eller anpartsselskaber, men som er hjemhørende i lande uden for EU”*.¹⁰⁹

Det fremgår af ovenstående definition, at alle selskaber der er omfattet af begrebet ”selskab i en medlemsstat” samt selskaber uden for EU, og som svarer til et dansk aktie- eller anpartsselskab, kan benytte reglen om skattefri aktieombytning. Begrebet ”selskab i en medlemsstat” er defineret, og uddybet i kapitlet tilførsel af aktiver hvorfor der henvises dertil. Det fremhæves dog yderligere i ABL § 36, stk. 1, 5. pkt., at hvis et selskab i Danmark anses for værende skattetransparent, har selskabet ikke mulighed for at anvende bestemmelsen i ABL § 36, stk. 1, 1. pkt.

Ydermere kan SKAT give tilladelse til at andre end de nævnte selskaber i ABL § 36, stk. 1, kan få lov til at benytte bestemmelserne i FUSL §§ 9 og 11. Dog skal der tages højde for begrænsningen i ABL § 36, stk. 5. Her fremgår det at tilladelsen kun kan gives i det tilfælde, et selskab erhverver hele selskabskapitalen i et andet selskab. Tilladelsen kan dog også gives i det tilfælde, hvor selskabet i forvejen ejer nogen af kapitalandele i et andet selskab, og erhverver efter aktieombytningen resten af selskabskapitalen.¹¹⁰ Denne bestemmelse må ses som en undtagelse til hovedreglen, og spiller kun ind i de to ovennævnte situationer, hvis selskabet i forvejen ikke er omfattet af bestemmelsen i ABL

¹⁰⁹ ABL § 36, stk. 1, 1. pkt.

¹¹⁰ ABL § 36, stk. 3.

§ 36, stk. 1. Dermed vil der i de efterfølgende afsnit tages udgangspunkt i selskaber, der opfylder hovedreglen i ABL § 36, stk. 1.

Hvad kan ombyttes

Alle selskaber omfattet af artikel 3 i fusionsdirektivet, kan benytte bestemmelserne i ABL § 36. I de fleste tilfælde vil det være ved en aktieombytning af kapitalandele i aktie- eller anpartsselskaber, men som udgangspunkt er det alle former for aktier benævnt i ABL § 1, der kan aktieombyttes efter reglerne i ABL § 36. Dette betyder at tegningsretter også kan indgå i en skattefri aktieombytning, selvom aktieavancebeskatningsloven på nogle andre områder ikke anvendes ved behandling af tegningsrettigheder. Modsat kan køberetter ikke anvende reglerne i ABL, da køberetter ikke er omfattet af bestemmelsen i ABL § 1.

Konvertible obligationer kan ombyttes efter reglen, selvom værdipapiret er omfattet af aktieavancebeskatningsloven. Begrundelsen er at det med ABL § 36, ikke er hensigten at gøre det muligt at ombytte en fordring. Udfordringen med at have konvertible obligationer der ikke kan ombyttes, kan dog løses ved at indehaveren inden en ombytning finder sted, konverter de konvertible obligationer til aktier, hvorefter der kan foretages en skattefri aktieombytning efter ABL § 36. Det kan derfor konstateres, at det kun er ved købsretter og konvertible obligationer, som ikke konverteres til aktier, der ikke kan ske ombytning efter ABL § 36.¹¹¹

Et andet forhold er, hvis der er tale om aktier i et selskab der har tabt selskabskapitalen. Dette gør at aktierne værdiløse, og der ikke kan vederlægges med kapitalandele i det modtagende selskab, da disse kapitalandele vil have en høje værdi end de ombyttede aktier. Konsekvensen heraf er, at der ikke vil kunne foretages en aktieombytning.¹¹²

¹¹¹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.3.2.

¹¹² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.3.2.

Krav om stemmeflertal

I ABL § 36, stk. 2, 1. pkt. står det første objektive krav som skal opfyldes, for at kunne anvende reglerne om en skattefri aktieombytning. Det er anført i bestemmelsen, at det modtagende selskab efter aktieombytningen skal have flertallet af stemmerne, hvilket oftest følges ad med procentandele af selskabskapitalen der ejes. Dette betyder at i de fleste tilfælde, skal det modtagende selskab erhverve minimum 51 % af selskabskapitalen ved en aktieombytning. Ejer det modtagende selskab på forhånd over 50 % af kapitalandele i det erhvervede selskab og dermed flertallet af stemmerne, gælder reglen stadig. Det modtagende selskab skal i denne situation, som minimum modtage én ekstra kapitalandel og en eventuel kontant udligningssum.

I tilknytning til ovennævnte omkring stemmeflertallet blev det nævnt, at stemmeantallet oftest følger ejerandelen af selskabskapitalen. Dette er dog ikke altid tilfældet, og der kan sagtens være situationer hvor stemmerne ikke følger ejerandelene. Eksempelvis kan en selskabskapital godt være splittet op i A- og B-aktier, hvor A aktierne kun består af 10 % af selskabskapitalen, men til gengæld har 100 % af stemmerne, mens B-aktierne består af de resterende 90 % af selskabskapitalen, men har ikke nogen stemmerettigheder. En sådan konstruktion er blandt andet meget benyttet ved generationsskifte, eller hvor forældrene ønsker, at deres barn/børn skal have en andel af selskabet, men forældrene stadig ønsker at have fuld kontrol over de beslutninger der bliver taget i selskabet. Til gengæld vil fordelingen af udbytte i det ovenstående eksempel gøre, at størstedelen vil tilfalde ejeren/ejerne af de 90 % af selskabskapitalen.

Et andet eksempel kan være hvor der er indgået en aftale mellem kapitalejerne om, at alle væsentlige beslutninger skal tages fælles, og der skal være enighed uanset hvor mange procent af selskabskapitalen der ejes. Dette var blandt andet tilfældet ved en sag i 2006, hvor det modtagende selskab, som var klageren i sagen, efter aktieombytningen ville eje 51 % af selskabskapitalen og stemmeandelene. Det objektive krav om stemmeflertal var derfor overholdt. Imidlertid var der aftalt en anpartshaveroverenskomst, hvor det fremgik at alle væsentlige beslutninger skulle afgøres på anpartshavermøder. På baggrund af den indgåede anpartshaveroverenskomst fandt Landsskatteretten, at det modtagende selskab dermed ikke reelt kunne opnå at have flertallet af stemmerne, da der ved beslutninger skulle være enighed på anpartshavermøderne. Derfor opfyldte selskabet ikke det objektive krav om stemmeflertal, og på baggrund heraf fik selskabet ikke tilladelse til en skattefri

aktieombytning.¹¹³ Det må ud fra denne afgørelse konstateres, at selvom en anpartshaveraftale eller en ejeraftale ikke er offentlig tilgængelig, og der ikke efter de selskabsretlige regler er krav om at der foreligger disse former for aftaler, lægges der stor vægt på indgåelsen af aftalen ved vurdering af stemmerettighederne. I blandt overvejelserne for en skattefri aktieombytning, må det på baggrund heraf tolkes, som en væsentlig faktor at der ses grundigt på fordelingen af stemmer og ejerskab.

En anden situation hvor spørgsmålet om stemmeflertalskravet er opfyldt, kunne være i de tilfælde hvor det erhvervede selskab ejer egne kapitalandele. I disse tilfælde kan selskabet ikke udøve stemmeret på disse kapitalandele ifølge selskabslovens § 85. Bestemmelsen betød at der i sagen SKM2001.303.TSS, blev givet tilladelse til en skattefri aktieombytning, selvom det modtagende selskab reelt ikke var i besiddelse af stemmeflertallet. Dette skyldes at selskabets selskabskapital var delt op i A- og B-aktier med forskellige stemmerettigheder, og hvor det erhvervede selskab selv ejede alle A-aktierne, som var de stemmestærke aktier. Dette betød at efter aktieombytningen ville det modtagende selskab eje 90% af selskabskapitalen, men kun have 47,4% af stemmerettighederne. Eftersom en beholdning af egne aktier ikke giver stemmerettighed, gav Told- og skattestyrelsen tilladelse til den skattefrie aktieombytning, med den henvisning at det modtagende selskab havde flertallet af de stemmerettigheder der kunne udøves. Tilladelsen blev dog givet med et krav om, at det skulle oplyses hvis der efterfølgende skete ændringer, herunder hvis der skete afståelse af det erhvervede selskabs beholdning af egne aktier.¹¹⁴

Det må ud fra den benævnte sag kunne udledes, at der ved vurdering af flertalsstemmerettigheder kun bliver set på de rettigheder der faktisk kan bruges, og dermed ikke på de stemmerettigheder der er i selskabets egen beholdning. I ovenstående sag blev der givet tilladelse til en skattefri aktieombytning, dog med det krav om at efterfølgende ændringer skulle oplyses til SKAT. Der kan i den forbindelse tænkes på tilfælde, hvor der efter modtagelse af en tilladelse fra SKAT, indgås en aftale ved eksempelvis at flertalsaktionæren giver afkald på majoriteten. I dette tilfælde kan sådan en aftale medføre en tilbagekaldelse af tilladelsen, eller at tilladelsen ligefrem bortfalder. Tilbagekaldelsen kan dog kun finde sted, hvis det vurderes at aftalen er indgået i tilknytning til aktieombytningen.¹¹⁵ Flertalsstemmerettighedskravet kan dermed være vanskeligt at opfylde, hvilket også er tilfældet i de situationer hvor et driftsselskab ejes af to aktionærer, der hver ejer 50% af selskabskapitalen og

¹¹³ SKM2006.372.LSR

¹¹⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.3.1.

¹¹⁵ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.3.1.

stemmerettighederne. Her vil det være umuligt at opfylde flertalsstemmerettighedskravet ved en aktieombytning.

Dette blev bekræftet ved afgørelsen af en sag fra 2008, hvor to aktionærer der begge ejede 50% af selskabskapitalen i et fælles driftsselskab, ønskede at foretage en aktieombytning til hvert deres holdingselskab. Her fandt skatterådet at betingelsen i ABL § 36, stk. 3, ikke ville være opfyldt da ingen af de to holdingselskaber ville have flertallet af stemmerne efter aktieombytningen, og derfor kunne der ikke gives tilladelse. I sagen blev det efter afslaget foreslået at det ene driftsselskab kunne lave en kapitaludvidelse, og dermed ville kun den ene af aktionærerne have stemmeflertallet, hvilket skatterådet gav tilladelse til.¹¹⁶

Står to eller flere aktionærer i den ovenfor beskrevet problemstilling, er der også en anden løsning end den der blev brugt i afgørelsen fra 2008, hvor den ene aktionær får en fordel ved at have flertallet af stemmerne. Det er nemlig tilladt ifølge ABL § 36, stk. 2, 2. pkt., at foretage en spaltning efter en aktieombytning for at opnå flertallet af stemmerettighederne. Ved denne bestemmelse kan to aktionærer, der hver ejer 50% af selskabskapitalen og stemmerne, begge lave en aktieombytning til et fælles holdingselskab, som derved vil opfylde kravet om flertallet af stemmerne, da det vil eje 100% af selskabskapitalen. Efterfølgende foretages der en spaltning på 50% af kapitalandelene til et andet holdingselskab, og de hidtidige to aktionærer vil herefter have hvert sit holdingselskab, der hver ejer lige meget.

Det må konstateres at denne mulighed er den mest optimale løsning, hvis to aktionærer står i den problemstilling at begge ejer lige mange kapitalandele og stemmerettigheder. Til sammenligning med den ovennævnte sag fra 2008, endte det med at den ene aktionær faktisk fik flertallet af stemmerne, hvilket ikke var det oprindelige ønske.

¹¹⁶ SKM 2008.375.SR.

Vederlag

Ved en aktieombytning er der et ufravigeligt krav om, at aktionæren af det erhvervede selskab skal vederlægges med minimum én kapitalandel i det modtagende selskab, og en eventuel kontant udligningssum. Dermed er der ikke nogen krav om hvor mange kapitalandele aktionæren fra det erhvervede selskab skal vederlægges med, men skal altså vederlægges med kapitalandele og derfor er der et minimumskrav på én kapitalandel. Det vigtigste er, at det modtagende selskab der overtager kapitalandelene i det erhvervede selskab opnår flertallet af stemmerne.

Vederlægges aktionæren med andet end kapitalandele i det modtagende selskab, vil dette blive anset som modtaget udbytte, som skal beskattes efter de almindelige gældende regler i ABL.¹¹⁷ Dette er gældende så længe aktionæren også modtager minimum én kapitalandel i det modtagende selskab, da overdragelsen dermed ikke vil blive set som en afståelse af aktierne. Der er intet krav om fordelingen mellem vederlæggelse af kapitalandele og den eventuelle kontante udligningssum, heller ikke når der er tale om flere kapitalejer. Her er det op til den enkelte ejer, at opgøre hvor meget der ønskes vederlagt i kapitalandele, og hvor meget der ønskes udbetalt ved en kontant udligningssum. Dermed kan der ske en stemmeforskydning mellem de enkelte aktionærer, efter hvor meget den enkelte vælger, at få udbetalt fremfor at modtage kapitalandele. Der må dog ikke ved vederlæggelsen i en aktieombytning ske formueforskydning mellem kapitalejerne. Nogle kapitalejere må derfor ikke modtage en større vederlæggelse for deres kapitalandele end andre kapitalejer. Reglen er gældende da det ikke skal være muligt, at favorisere en kapitalejer fremfor en anden, samtidig mindsker reglen muligheden for at overføre værdier skattefrit til en kapitalejer.¹¹⁸

Ved en skattefri aktieombytning vil der enten ske en stiftelse af et nyt holdingselskab, hvor aktionæren for det erhvervede selskab bliver vederlagt med aktierne i det nystiftede holdingselskab. Hvis ombytningen sker til et allerede eksisterende selskab, skal der laves en kapitalforhøjelse ved apportindskud af aktierne fra det erhvervede selskab, hvor værdiansættelsen vil svare til handelsværdien af det erhvervede selskab.

Det er i praksis kendt, at nogle selskaber prøver at skjule betalingen af de kontante udligningssummer, således aktionærene ikke vil blive beskattet efter gældende regler herfor. Skattemyndighederne har derfor fokus på, hvilke transaktioner det modtagende selskab foretager før og efter aktieombytningen

¹¹⁷ FUSL § 9

¹¹⁸ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.3.2.

har fundet sted. Dette var blandt andet tilfældet i den afgørende danske sag om Hans Markus Kofoed, som blev afgjort af EF-domstolen i 2007. Sagen omhandlede Hans Markus Kofoed og hans medaktionær Niels Toft, som sammen ejede det danske anpartsselskab Cosmopolit Holding ApS. I oktober 1993 valgte de to kompagnoner at købe det irske selskab Dooralong Ltd., og foretog efterfølgende en aktieombytning, ved at overdrage alle aktierne i Cosmopolit til Dooralong mod vederlæggelse af nye aktier i Dooralong, og dermed dannede en ny koncernstruktur.

Aktieombytningen blev indberettet til SKAT, som en skattefri aktieombytning med henvisning til de gældende regler på daværende tidspunkt. Kort tid efter aktieombytningen udloddede det erhvervede selskab et stort skattefrit udbytte til det irske selskab, som derefter udloddede udbyttet videre Hans Markus Kofoed og Niels Toft. Eftersom udbyttet gik fra det danske selskab og via det irske moderselskab, hvor udbyttebeskatningen er lempeligere end i Danmark, kunne Kofoed og hans medejer modtage udbytte til en gunstig beskatning. Skattemyndighederne i Danmark fandt dog, at udbytteudlodningen skulle betragtes som en kontant udligningssum, med den begrundelse at udbetalingen fandt sted kort tid efter aktieombytningen, og måtte derfor betragtes som en del af ombytningen. De gældende regler på dette tidspunkt fastslog, at en kontant udligningssum ikke måtte overstige 10% af værdien på de modtaget kapitalandel, hvis der skulle være tale om en skattefri aktieombytning. Udlodningen i den konkrete sag oversteg med mere end de 10%, og derfor fandt SKAT at transaktionen var skattepligtig.¹¹⁹ Det skal dog bemærkes, at maksimumsreglen om 10% i kontant udligningssum efterfølgende er bortfaldet ved lov nr. 313 af 21/05/2002.

Hans Markus Kofoed var dog ikke enig i skattemyndighedernes afgørelse, og bragte sagen videre til Landsskatteretten, som stadfæstede afgørelsen, og dernæst til Østre Landsret. Østre Landsret besluttede at udsætte sagen og forlagde i stedet spørgsmålet til EF-domstolen. EF-domstolen gav medhold til Kofoed med den begrundelse at transaktionen var sket som en efterfølgende begivenhed, også selvom denne lå tæt op ad ombytningen, kunne dette ifølge EF-domstolen ikke bruges, som argument for at omklassificere udbyttet til en kontant udligningssum.¹²⁰ Dermed slog EF-domstolen fast, at udbyttet skulle betragtes som udbytte, også selvom det fremgik i sagen, at der ved aktieombytningen ikke havde været noget andet hovedformål, end at opnå en skattebesparelse ved udlodning af udbyttet.¹²¹ Begrundelsen herfor var, at skattemyndighederne ikke kunne gøre reglen

¹¹⁹ EF-domstolen sag C-321/05 af 5. juli 2007 punkt 20

¹²⁰ EF-domstolen sag C-321/05 af 5. juli 2007 punkt 31

¹²¹ EF-domstolen sag C-321/05 af 5. juli 2007 punkt 36

om afvisning ved formodning om skatteundgåelse gældende efter Fusionskattedirektivets artikel 11, da denne del af direktivet ikke på daværende tidspunkt var implementeret i nationalret.¹²² Sagens afgørelse ville dermed i dag havde fået et andet udfald, da Danmark efterfølgende indskrev direktivets artikel 11 i danskret, og lignede sager i dag ville derfor ikke kunne gennemføre en aktieombytning, hvor hovedformålet helt åbenlyst er at opnå lempelig beskatning. Det er dog stadig vurderet vigtigt at nævne sagen, da den har haft stor betydning for dansk ret, der efterfølgende blev lavet om for at sikre, at lignede sager ikke ville udnytte den samme mulighed, samt fremhævnningen af hvor vigtigt det er, at skattemyndighederne har hjemmel i dansk ret når de vil foretage betydelige ændringer ved en omstrukturering.

Tidsfrister

En skattefri aktieombytning skal være gennemført inden der er gået 6 måneder fra ombytningsdagen jf. ABL § 36, stk. 4. Udover den lovbestemte frist er der yderligere en gældende administrativ frist, hvis der er tale om en skattefri aktieombytning med tilladelse. I de tilfælde skal ombytningen have fundet sted senest 6 måneder efter afgørelsesdatoen. Dette vil sige, at datoen hvor SKAT giver tilladelse til den skattefri aktieombytning, er den gældende afgørelsesdato, og det er fra den dag at aktieombytningen skal være foretaget inden for 6 måneder, ellers kan tilladelsen i visse tilfælde ses som værende bortfaldet. Grunden til denne frist er, at de forhold SKAT på baggrund af giver tilladelsen til aktieombytningen, kan ændres en del over 6 måneder. For at sikre, at de betingelser der var opfyldt ved afgørelsestidspunktet, og som der er givet tilladelse på baggrund af, stadig er gældende, er det fra lovgiversside vurderet nødvendigt med en frist på 6 måneder. Det er dog muligt ved begge tidsfrister, at anmode SKAT om at forlænge fristen, hvis aktieombytningen ikke kan nås inden for fristen.¹²³ I ABL § 36, stk. 4, 3. pkt., fremgår det yderligere, at en aktieombytning ikke kan gennemføres med tilbagevirkende kraft, hvilket skyldes at de ombyttede aktier i det erhvervede selskab, ses som ombyttet på aftaledatoen og kan derfor ikke have tilbagevirkende kraft.¹²⁴

¹²² EF-domstolen sag C-321/05 af 5. juli 2007 punkt 48

¹²³ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.5.

¹²⁴ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.3.3.

Skattemæssig konsekvens for aktionæren

I det de ovennævnte generelle betingelser for en skattefri aktieombytning er opfyldt, kan ombytningen ske skattefrit. Ombytningen af aktier, som aktionæren vil foretage, vil som udgangspunkt være skattefri jf. FUSL §§ 9 og 11. Dette vil sige at aktionæren ikke vil blive afståelsesbeskattet, når kapitalandelene i det erhvervede selskab ombyttes til kapitalandele i det modtagende selskab. I stedet vil der ske en succession, og de nye kapitalandele i det modtagende selskab vil succedere med den anskaffelsessum, -tidspunkt, og hensigt, som de oprindelige kapitalandele i det erhvervede selskab havde da aktionæren anskaffede dem.¹²⁵ Det bemærkes dog at hvis aktionæren vederlægges med et kontant vederlag, vil dette blive set som et udbytte, og skal beskattes efter de gældende regler i ABL, se afsnit ”vederlag” hvor beskatning af kontant vederlag er behandlet.¹²⁶

Opnås der ved aktieombytning en anden skattemæssig status, vil aktierne anses for være afstået og anskaffet igen. Det kan eksempelvis være, hvor en aktionær inden aktieombytningen ejede mere end 10 % af selskabskapitalen, men efter ombytningen ejer aktionæren under 10% af det modtagende selskab. I sådan et tilfælde vil der være tale om en ændring i den skattemæssige status. Ved en ændret skattemæssig status skal aktierne altså ses som værende afstået, og efterfølgende anskaffet igen, hvilket betyder at der skal udarbejdes en opgørelse, over en eventuel gevinst eller tab som afståelsen har givet efter reglerne i ABL.¹²⁷ Beskatning af gevinsten eller tabet ved afståelsen af aktierne i det erhvervede selskab, er gennemgået i afsnittet ”fysiske personer” og ”selskaber (juridiske personer)”. I de tilfælde hvor aktieombytningen er med til at ændre den skattemæssige status hos aktionæren, vil det altså betyde at der ikke sker succession, og dermed vil anskaffelsestidspunktet af de nye kapitalandele i det modtagende selskab være ombytningsdagen, samt anskaffelsessummen vil svare til handelsværdien.

Sker aktieombytningen til et allerede eksisterende selskab, er der også aktionærerne i det selskab at tage højde for. Aktieombytningen vil dog ikke have nogen påvirkning på disse aktionærer så længe ombytningen sker til handelsværdi.¹²⁸

¹²⁵ FUSL § 11

¹²⁶ FUSL § 9

¹²⁷ ABL § 33 A, stk. 3.

¹²⁸ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 237

Skattemæssig konsekvens for det modtagende selskab

Der fremgår ikke nogen direkte bestemmelse omkring beskatning af det modtagende selskab i ABL § 36. Da det modtagende selskab ikke afstår noget, men derimod kun erhverver kapitalandele er der i selve ombytning ingen forskel på, om aktieombytningen er skattepligtigt eller skattefrit, når der ses isoleret på det modtagende selskab. Derfor anses det at kapitalandelene i det erhvervede selskab er erhvervet til anskaffelsessummen på ombytningstidspunktet, som senere i skal bruges hvis der sker afståelse af kapitalandelene. Da det modtagende selskab dog skal have flertallet af stemmerne ifølge flertalsstemmerettighedskravet, vil aktionæren i de fleste tilfælde eje mere end 10% af selskabskapitalen og have bestemmende indflydelse, og dermed vil en senere afståelse være skattefri jf. afsnittet ”selskaber (juridiske personer)”.¹²⁹

Der kan ved en aktieombytning ske ændring i sambeskatningsforholdet, eksempelvis kan der opstå et nyt sambeskatningsforhold mellem det modtagende selskab og det erhvervede selskab, som tidligere ikke har været i samme skattemæssig koncern. Ved ændring af et sambeskatningsforhold skal der ifølge SEL § 31, stk. 5 laves en delopgørelse.

Skattemæssige konsekvens for det erhvervede selskab

Der er ikke nogen direkte skattemæssig konsekvens for det erhvervede selskab ved en aktieombytning, da ombytningen kun medfører at ejerforholdene ændres. Der er som benævnt under afsnittet om de skattemæssige konsekvenser for det modtagende selskab den afledte effekt hvis sambeskatningsforholdet ændre sig.

Skattefri aktieombytning med tilladelse

Efter den generelle gennemgang af de objektive regler, som både gælder ved en skattefri aktieombytning med og uden tilladelse. De efterfølgende afsnit vil behandle de betingelser der yderligere skal være opfyldt for, at selskabet kan få tilladelse fra SKAT til at foretage en skattefri aktieombytning, også kaldet de subjektive betingelser.

¹²⁹ Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010 side 237

Forretningsmæssig begrundelse

Et af de vigtigste betingelser der skal være opfyldt for, at der kan gives tilladelse til en skattefri aktieombytning er, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse. Årsagen til denne betingelse er, at skattemyndighederne gerne vil sikre at hovedformålet eller et af hovedformålene ved en skattefri aktieombytning ikke er skatteundgåelse eller –unddragelse. Vurdering om selskabet har en gyldig forretningsmæssig begrundelse for, at foretage en skattefri aktieombytning, foretages af SKAT, hvor hver enkel anmodning vurderes. Foreligger selskabet i anmodningen, at udsigten til en skattemæssig fordel har været den væsentligste årsag til, at selskabet ønsker at foretage aktieombytningen, kan skatteundgåelse tilgodeses som et af hovedformålene, men det må ikke stå alene. I sådan en situation er det skatteministeriets vurdering at der ikke kan nægtes tilladelse til gennemførslen af en skattefri aktieombytning. Dette blev også bekræftet af EF-domstolens dom af 17. juli 1997 benævnt som Leur-Bloem sagen. I denne sag fremgår det, at det kun er i de tilfælde hvor selskabet ikke har gjort skattemyndighederne opmærksomme på den skattemæssige fordel, at der kan gives afslag med den formodning om, at ombytningen ikke foretages ud fra en økonomisk betragtning.¹³⁰ Ifølge den juridiske vejledning er der ligeledes stor risiko for, at SKAT ikke vil give tilladelse i de tilfælde hvor der er tale om, at det erhvervede selskab er et passivt selskab (pengetank). Grunden skyldes at selskabet ingen driftsaktivitet har, og aktieombytningen kan dermed ikke forsvares med en forretningsmæssige hensigt.¹³¹

Det kan i praksis være svært at foretage en konkret vurdering af, om et selskab har en berettiget forretningsmæssig begrundelse, eller om det faktisk er med skatteundgåelse eller –unddragelse for øje at der ansøges om tilladelse til en skattefri aktieombytning.

Dette kom også til udtryk i den betydelige afgørelse fra EF-domstolen i 1997 vedrørende Leur-Bloem sagen. A. Leur-Bloem der på det tidspunkt var eneejer og direktør i to hollandske selskaber, ville gerne erhverve et tredje hollandsk anpartsselskab. Erhvervelsen skulle ske ved en aktieombytning, således at det tredje anpartsselskab efter ombytningen ville fungere som holdingselskab for de to første nævnte selskaber. Hvilket også betød at A. Leur-Bloem efter ombytningen ikke længere ville eje de to førstnævnte selskaber direkte, men indirekte gennem holdingselskabet. Den hollandske skattemyndighed blev efter de nationale regler anmodet om, tilladelse til ”fusion ved ombytning af

¹³⁰ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.4.

¹³¹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.4.

aktier”, som svarer til aktieombytning efter de danske regler, så hvis der ved ombytningen ville opstå en gevinst ville dette ikke medføre beskatning.¹³² Skattemyndighederne mente dog ikke at aktieombytningen opfyldte de gældende krav hertil, og afviste derfor anmodningen.¹³³ Det ville A. Leur-Bloem ikke acceptere, og bad om en afgørelse fra retten i Amsterdam, som udsatte afgørelsen for at sende spørgsmålet videre til EF-domstolen. Her kom EF-domstolen blandt andet frem til, at den nationale skattemyndighed ikke må anvende forudsatte generelle kriterier, men skal i stedet foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Undersøgelsen skal vurdere om transaktionen har skatteundgåelse eller –unddragelse som hovedformål, eller som et af hovedformålene.¹³⁴

Afgørelsen fik stor betydning for den fremadrettet retspraksis i Danmark, da afgørelsen fra domstolen blev afsagt med udgangspunkt i Fusions-skattedirektiver, som danner grundlag for de danske regler om skattefri omstrukturering. Afgørelsen medførte derfor at det fremadrettet er et krav, at skattemyndigheden foretager en samlet vurdering af den konkrete anmodning, og at anmodningen ikke bare kan afvises fordi der er et enkelt kriterie der ikke er overholdt.

Effekten af dette kom blandt andet til udtryk i dansk retspraksis ved afgørelsen fra Landsskatteretten i 2003, da Landsskatteretten fandt skattemyndighedernes afslag på en anmodning om tilladelse til en skattefri aktieombytning, i strid med fusionsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a. Skattemyndighederne havde givet afslag på anmodningen efter fusionsdirektivets artikel 11, med den begrundelse at der var en formodning om at aktieombytningen ønsket foretaget med skatteundgåelse for øje. Landsskatteretten fandt dog ikke den samme formodning om, at skatteundgåelse var det primære formål for aktieombytningen, og derfor gav Landsskatteretten tilladelse til den skattefrie aktieombytning.¹³⁵

Ligeledes blev det endnu mere klart ved en sag i 2007, hvor skatteministeriet omstødte Landsskatteretten og SKAT’s afgørelse således der blev givet tilladelse. Sagen omhandlede tre ejere af et driftsselskab, hvoraf ejer A var stifter af selskabet, mens ejerne E & F var tidligere medarbejdere i selskabet, som tiltrådte ejerkredsen med generationsskifte for øje. Efter tiltrædelsen af E & F, ejede A 80% af selskabskapitalen, mens E & F hver ejede 10% af selskabskapitalen. Ved overdragelsen til E & F, blev der indgået en generationsskifteaftale, hvor det oprindeligt var aftalt, at E & F på

¹³² EF-domstolens dom af 17. juli 1997 (SU 1997, 257) punkt 7.

¹³³ EF-domstolens dom af 17. juli 1997 (SU 1997, 257) punkt 8.

¹³⁴ EF-domstolens dom af 17. juli 1997 (SU 1997, 257) punkt 41.

¹³⁵ SKM2003.568.LSR

mellemlangsigst skulle eje en tredjedel af selskabet, og på langsigst skulle E & F helt overtage selskabet. Derfor ønskede de tre ejere, at foretage en skattefri aktieombytning til et fællesejet holdingselskab, som så ville eje alle aktierne i driftsselskabet. Ejerne ville derefter foretage en skattefri spaltning af det modtagende selskab til tre nye holdingselskaber, hvor A, E & F hver skulle eje et af holdingselskaberne med de retsmæssige andele af driftsselskabet. Den forretningsmæssige begrundelse for omstruktureringen var, at der ved etablering af en koncernstruktur ville der ske risikobegrænsning for alle tre ejere, samt ønsket om et glidende generationsskifte ville blive nemmere, herunder lempelsen af E & F's finansieringsbyrde ved overtagelsen af A's andele. Omstruktureringen ville dermed muliggøre, at A løbende kunne indløse sine aktier i selskabet, mens E & F's relative andel af selskabskapitalen ville stige. Både SKAT og Landsskatteretten valgte, at afslå anmodningen om tilladelse til en skattefri aktieombytning, efterfulgt af en skattefri ophørsspaltning med den begrundelse, at det reelle hovedformål med omstruktureringen var skatteudskydelse af aktieavancebeskatningen ved A's afståelse af sine aktier i selskabet.¹³⁶

Denne afgørelse var skatteministeriet ikke enig i, og omstødte afgørelsen fra Landsskatteretten. Dette skyldes at skatteministeriet mente, at der ikke var konkret grundlag, som beviste at skatteudskydelse var hovedformålet ved omstruktureringen. Dermed slog skatteministeriet fast i sin afgørelse, at skatteundgåelse kun kan være et hovedformål eller et af hovedformålene, hvis det har været den væsentligste årsag til ønsket om at foretage en omstrukturering. Ifølge afgørelsen kan det kun ske i de tilfælde, hvor selskabet ikke i rimelig grad kan konkretisere eller sandsynliggøre, at de foreningsmæssige grunde er reelle. Skatteministeriet vurderede, modsat Landsskatteretten og SKAT, at de forretningsmæssige grunde var reelle, og at omstruktureringen både sikrede de forretningsmæssige grunde og skatteudskydelse. Til grund for afgørelsen blev der brugt det faktum, at de to medarbejdere ikke var i besiddelse af det krævende antal frie midler der skulle til, for at overtage alle A's kapitalandele i selskabet på en gang. Dette ville være muligt efter omstruktureringen, hvor de to medarbejdere løbende kunne overtage A's kapitalandele og samtidig undgå en væsentlig finansieringsbyrde. Den oprindelige ejer A's opnåede skatteudskydelse, så skatteministeriet ikke som et af hovedformålene, men i stedet kun en positiv effekt der følger med når der foretages en skattefri aktieombytning.

¹³⁶ SKM2007.806.LSR

Yderligere gør skattemyndighederne det klart med henvisning til Leur-Bloem sagen, at det er skattemyndighederne der har bevisbyrden, når det gælder om at dokumentere formodningen om at skatteundskyldelse eller –undgåelse er hovedformålet.

Ovenstående afgørelser bekræfter hvor vanskeligt det kan være, at vurdere hvornår en forretningsmæssig begrundelse er god nok til at få en tilladelse, både for myndighederne og for selskaberne. Alle tre afgørelser bekræfter hvor vigtigt det er, at selskabet konkretiserer, beskriver samt gennemtænker de forretningsmæssige årsager der er for ønsket om en omstrukturering, så en skatteundgåelse ikke vil blive set som hovedformålet, men i stedet blive betragtet som en sekundær fordel. I praksis kan det derfor konstateres at anmodningen om tilladelse til en aktieombytning skal være gennemtænkt, og de forretningsmæssige grunde skal være vel dokumenteret, da der oftest også vil være en skattemæssig fordel ved ombytningen. SKAT vil nødvendigvis ikke afslå anmodningen, selvom ombytningen medfører en skattemæssig fordel, hvis det ikke opfattes at dette er hovedformålet med den skattefrie aktieombytning.

De mere specifikke krav til en forretningsmæssig begrundelse er gennemgået i afsnittet om skattefri tilførsel af aktiver med tilladelse og der henvises hertil for en bedre redegørelse for kravene.

Anmeldelse af ændrede vilkår

Anmodningen om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, skal sendes til SKAT med dokumentation og redegørelse for overholdelse af de objektive krav, såsom stemmeflertalskravet og den forretningsmæssige begrundelse. Giver der derefter tilladelse fra SKAT, vil der i de fleste tilfælde være stillet krav, at der ved en ændring indenfor de første 3 år af de forhold der ligger til grund for aktieombytningen, skal der gives meddelelse herom til SKAT.¹³⁷ Nogle af de påtænkte ændringer der skal gives meddeles om til SKAT, kan blandt andet være i de tilfælde hvor der er indgået en efterfølgende aftale om, afståelse af aktier i datterselskaberne eller ændring af aktieklasserne. Herudover kan det også være ved andre former for ændringer i koncernstrukturen via fusion, spaltning og/eller tilførsel af aktiver. De mest sædvanlige ændringer som skal meddeles til SKAT, fremgår af den juridiske vejledning. Selskaberne skal være opmærksomme på, at listen ikke er utømmelig, og der kan sagtens være påtænkte ændringer i selskabet, som skal meddeles til SKAT selvom de ikke fremgår af listen.¹³⁸ Ligeledes fremgår det af den juridiske vejledning, hvilke påtænkte ændringer der

¹³⁷ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.6.

¹³⁸ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.6.1.

kan medføre, at SKAT's tilladelse til en skattefri aktieombytning bortfalder. Sker der et efterfølgende skattefrit salg af de ombyttede aktier eller nogen af dem, kort tid efter aktieombytningen har fundet sted, vil det formodes af SKAT, at aktieombytningen havde skatteundgåelse eller –unddragelse som hovedformål. Der skal dog foretages en konkret vurdering, men formodning om skatteundgåelse vil være stor, især i de tilfælde hvor salget realiserer en betydelig gevinst, som før ombytningen ville have medført en væsentlig beskatning, og i disse tilfælde må det forventes at SKAT tilbagekalder tilladelsen. Der kan dog i et tilfælde være en forretningsmæssig begrundelse for ændringen, og hvor der derfor er givet dispensation til frasalget. I en situation hvor de oprindelige forretningsmæssige hensigter bliver ændret, kan eksempelvis være fordi eneaktionæren bliver alvorlig syg, og dette ikke er kendt på ombytningstidspunktet. Her vil der være en god forretningsmæssig begrundelse for frasalget, og dermed ingen tegn på, at ombytningen blev foretaget for at undgå beskatning ved efterfølgende salg, da den oprindelig plan ikke var at sælge, men ændres da aktionæren bliver syg.¹³⁹

Ønskes det efterfølgende at frasælge driftsselskabets aktivitet eller dele heraf mod vederlag i aktier, således der sker en tilførsel af aktiver, vil der som udgangspunkt ikke være sket ændringer der vil give anledning til at ændre SKAT's afgørelse om tilladelse til en skattefri aktieombytning. Vederlaget der modtages som aktier, vil have samme værdi som den frasolgte aktivitet, og dermed vil driftsselskabet ikke have mistet værdi. Selskabet der ønsker at frasælge, skal dog være opmærksom på at frasalget af hele eller dele af driftsselskabets aktivitet, kan være i strid med den oprindelige forretningsmæssig begrundelse der blev givet til SKAT, ved anmodning om tilladelse til at foretage den skattefrie aktieombytning. Er dette tilfældet vil et frasalg kunne ændre SKAT's afgørelse, og dermed kan det ske at tilladelsen bortfalder.¹⁴⁰

Vil selskabet efter en aktieombytning gerne foretage en kapitalforhøjelse, hvor eksterne investorer eller medarbejdere kan indskyde kapital, vil dette umiddelbart ikke medføre en ændring der vil påvirke den oprindelige tilladelse. Medmindre der er tale om de tilfælde, hvor der efter en kapitalforhøjelse bliver foretaget en kapitalnedsættelse med udlodning, eller hvor driftsselskabet ændre sin udbyttepolitik. I begge tilfælde vil ændringen blive sidestillet med et efterfølgende salg af aktierne i driftsselskabet, og SKAT vil derfor i de fleste tilfælde trække tilladelsen tilbage.

¹³⁹ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.6.2.

¹⁴⁰ Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.6.3.6.2.

Ud fra ovenstående må det derfor konkluderes, at SKAT's krav om meddelelse om væsentlige ændringer inden for de første 3 år efter tilladelsen, ikke altid vil betyde at tilladelsen vil bortfalde, men i stedet skal meddelelsen om en ændring give SKAT mulighed for at revurdere det oprindelige hovedformål med aktieombytningen.

Skattefri aktieombytning uden tilladelse

Det er som benævnt tidligere muligt, at foretage en skattefri aktieombytning uden tilladelse ifølge ABL § 36, stk. 6, 1. pkt. For at kunne benytte denne bestemmelse er der udover de objektive krav, indsat yderligere regler som selskabet skal opfylde, for at kunne foretage en skattefri aktieombytning. De yderligere krav er med til at sikre, at aktieombytningens hovedformål ikke er skatteundgåelse eller –unddragelse. Til forskel for en skattefri aktieombytning med tilladelse, er det ikke et krav, at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse for at foretage aktieombytningen, til gengæld er der andre krav der i stedet skal være opfyldt og disse er behandlet nedenfor.

Holdingkravet

For at sikre at aktieombytningen ikke benyttes som undgåelse af en avancebeskatning, skal betingelsen i ABL § 36, stk. 6, 3. pkt. om, at det modtagende selskab ikke må afstå de erhvervede aktier i de første 3 år efter ombytningstidspunktet, være opfyldt. Betingelsen er også kendt som holdingkravet, og sikrer at de erhvervede aktier i det modtagende selskab, ikke må afstås inden for de første 3 år. Vælger det modtagende selskab efter en aktieombytning, at foretage en kapitalforhøjelse, vil dette ikke blive anset for et brud på holdingkravet, da der ikke sker direkte afståelse af aktierne. Dette blev også bekræftet i afgørelsen fra 2009, hvor skatterådet fandt at ombytningen stadig var skattefri selvom tredjemand efterfølgende indskød kapital.¹⁴¹

En opløsning af det modtagende selskab vil derimod efter selskabslovens § 216, som er når opløsningen sker ved afgivelse af erklæring om at alt gæld er betalt, blive anset for afståelse af aktierne i det erhvervede selskab. Finder opløsningen dermed sted inden for de første 3 år af den skattefri aktieombytning, vil holdingkravet ikke være opfyldt.¹⁴² Dette er ligeledes også bekræftet i retspraksis ved afgørelsen af SKM 2011.360.SR, hvor skatterådet bekræfter spørgsmålet om skattefriheden vil bortfalde ved gennemførslen af en ombytning, hvis det modtagende selskab

¹⁴¹ SKM2009.646.SR.

¹⁴² Den juridiske vejledning 2016-2, C.D.7.4.1.

likvideres indenfor 3 år. Omvendt må aktierne gerne afstås indenfor de 3 år, hvis det sker ved at foretage en skattefri omstrukturering, dog skal restløbetiden tilfalde det nye modtagende selskab. Det nye modtagende selskab skal både opfylde holdingkravet på restløbetiden for den første aktieombytning, samt overholde det nye holdingkrav på 3 år der opstår ved den nye omstrukturering. Holdingkravet er gældende lige meget om den nye omstrukturering foretages som en spaltning, tilførsel af aktiver eller som aktieombytning.¹⁴³

Handelsværdi

For at kunne udføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse, er det et krav at ombytningen sker til handelsværdi. Vederlagsaktierne og en eventuel kontant udligningssum skal derfor svare til handelsværdien på de ombyttede aktier.¹⁴⁴ Dermed er det vigtigt, at det modtagende selskab bliver værdiansat korrekt, således at når vederlæggelsen finder sted ved ombytningen. Aktionæren i det erhvervede selskab, vil herved få en korrekt andel i det modtagende selskab, der svarer til handelsværdien af aktierne i det erhvervede selskab. Det kan derfor være en god ide, at anmode SKAT om et bindende svar omkring værdiansættelsen og vederlagsforholdet. På den måde sikres det, at kravet om at ombytningen skal ske til handelsværdi er opfyldt, så SKAT ikke efterfølgende kan påpege, at kravet ikke er opfyldt og dermed gøre ombytningen skattepligtig.

¹⁴³ ABL § 36, stk. 6, 4. pkt.

¹⁴⁴ ABL § 36, stk. 6, 2. pkt.

Delkonklusion

Årsagen til at ønske at foretage en aktieombytning kan være mange, men ombytningen kan kun ske ved enten en skattepligtig eller skattefri transaktion. Foretages aktieombytningen som en skattepligtig transaktion, er der ikke yderligere krav der skal overholdes. Til gengæld vil ombytningen blive sidestillet med en afståelse af aktierne, og dermed vil der ske en afståelsesbeskatning af aktionæren efter de gældende regler i ABL. Det har derfor stor betydning, om aktionæren er et selskab (juridisk person) eller en fysisk person, da der er væsentlig forskel på beskattningen af en gevinst ved afståelse af aktierne. Er aktionæren et selskab (juridisk person) vil gevinsten være skattefri så længe aktionæren ejer mere end 10 % af selskabskapitalen, og det må derfor konkluderes, at i de fleste tilfælde vil en aktionær, som er et selskab, ikke blive beskattet selvom aktieombytningen er skattepligtig. Modsætningsvis for fysiske personer er en gevinst ved afståelse af aktier altid er skattepligtig. Vederlæggelsen skal ske ved modtagelse af kapitalandele i det modtagende selskab og modtagelse af en eventuel kontant udligningssum.

Vælges det i stedet at foretage en skattefri aktieombytning, er der en række generelle krav, som selskabet skal opfylde. Et af de væsentlige krav er, at det modtagende selskab efter ombytningen skal være i besiddelse af de reelle stemmeflertal i det erhvervede selskab, således at det modtagende selskab har den bestemmende indflydelse over det erhvervede selskab. Herudover er der et ufravigeligt krav om, at aktionæren i det erhvervede selskab skal ved ombytningen vederlægges med minimum én kapitalandel i det modtagende selskab, da der ellers vil være tale om et generelt salg af aktier og transaktionen kan dermed ikke være skattefri. Aktionæren må gerne modtage en eventuel kontantudligningssum, hvis det ikke ønskes at få hele værdien af de ombyttede aktier vederlagt i kapitalandele i det modtagende selskab. Her skal aktionæren dog være opmærksom på at den kontante udligningssum vil blive anset som udbytte, og beskattes efter reglerne i ABL, mens modtagelsen af kapitalandele i det modtagende selskab er skattefrit.

En skattefri aktieombytning kan enten foretages med eller uden tilladelse fra SKAT. Anmodes der om tilladelse fra SKAT, er det vigtigt at selskabet har en konkret og gennemtænkt forretningsmæssig begrundelse for, at foretage aktieombytningen. Det er ligeledes vigtigt at benævne den skattemæssige udskydelse aktieombytningen eventuelt vil give, og fremhæve at dette ikke er hovedformålet ved ombytningen. Vurderingen om den forretningsmæssige begrundelse er tilstrækkelig, vurderes af SKAT i den konkrete sag. Giver SKAT tilladelse vil det oftest være med betingelse af, at selskabet

de første 3 år efter ombytningen skal meddele til SKAT, hvis der foretages væsentlige ændringer i både det modtagende og erhvervede selskab. Påvirker ændringerne det oprindelige formål med aktieombytningen, kan SKAT i de værste tilfælde tilbagekalde tilladelsen og ombytningen vil hermed blive skattepligtig.

Har selskabet svært ved at konkretisere hvad den forretningsmæssige begrundelse er, eller ønsker selskabet ikke at anmode SKAT om tilladelse til at foretage en skattefri aktieombytning, kan selskabet i stedet for foretage den skattefrie aktieombytning uden tilladelse. Her vil selskabet være fritaget for, at skulle have en forretningsmæssig begrundelse. Der er dog i stedet indført værnsregler der skal sikre, at det modtagende selskab ikke afstår de erhvervede aktier inden for de første 3 år. Værnsreglen også kaldet holdingkravet er indført for, at sikre at den skattefrie aktieombytning uden tilladelse, ikke sker med skatteundgåelse for øje. En undtagelse til hovedreglen er dog i de tilfælde hvor, der efter en skattefri aktieombytning uden tilladelse foretages en ny skattefri omstrukturering, her vil omstruktureringen ikke blive set som afståelse, og derfor gælder holdingkravet ikke for disse transaktioner. Yderligere er det vigtigt, at der foretages en korrekt værdiansættelse til handelsværdi af det modtagende selskab og de ejede kapitalandele i det erhvervede selskab, da en forkert værdiansættelse vil betyde at ombytningsforholdet vil være forkert. Er handelsværdien opgjort forkert, kan SKAT efter ombytningen påpege dette, hvilket vil medføre at ombytningen vil blive skattepligtig. Det kan derfor være en fordel, at indhente et bindende svar fra SKAT omkring værdiansættelsen og vederlagsforholdet.

På baggrund af dette må det konkluderes, at hvis aktionæren er et selskab og der ejes mere end 10 % af det erhvervede selskab inden aktieombytningen, kan det ikke betale sig at foretage en skattefri aktieombytning. Dette kan begrundes med, at der ved en skattepligtig aktieombytning ikke vil ske beskatning af en eventuel gevinst, da der er skattefrihed når der er tale om unoterede aktier, datter- og koncernaktier. Derudover vil selskabet slippe for, at skulle opfylde alle kravene der er for, at kunne benytte en skattefri aktieombytning.

Er aktionæren derimod en fysisk person vil en skattepligtig aktieombytning betyde beskatning af en eventuel gevinst, og her vil det være mere interessant at undersøge om selskabet kan overholde de gældende krav, for at foretage en skattefri aktieombytning.

Ligeledes må det konstateres at det kan være svært at få tilladelse fra SKAT, da en konkretiseret og gennemtænkt forretningsmæssig begrundelse skal foreligge. Yderligere vil SKAT ofte stille

betingelser ved tilladelsen, der medfører at selskabet skal opfylde holdingkravet. Derfor vurderes det, at hvis et selskab skal foretage en skattefri aktieombytning, vil det i de fleste tilfælde bedst betale sig at gøre uden tilladelse fra SKAT. Medmindre der er nogen helt særlige tilfælde eller forhold, hvor det vil være klogt at have SKAT afgørelse inden aktieombytningen finder sted, således at ombytningen ikke efterfølgende bliver skattepligtig.

Sambeskatning

Foretages der en omstrukturering af et eller flere selskaber efter en af de fire omstruktureringsmodeller, kan omstruktureringen som benævnt i de fire afsnit påvirke et koncernforhold. Enten at der ved omstruktureringen etableres eller ophører af et koncernforhold, eller i nogen tilfælde vil der både ske en etablering og ud trædning af et koncernforhold. Ændring i et koncernforhold, vil derfor få betydning for selskaber, der træder ind eller ud en koncern, da dette medfører at sambeskatningsforholder ændres, hvilket betyder at der er en tæt tilknytning mellem omstruktureringsmodellerne og sambeskatningsreglerne. I Danmark er der tvungen national sambeskatning, når to eller flere selskaber ud fra en skattemæssig betragtning udgør en koncern.¹⁴⁵ Det fremgår af selskabsskattelovens § 31 C, stk. 1, at der er tale om en koncern, når et selskab som er moderselskabet ejer et eller flere datterselskaber, hvor der udøves bestemmende indflydelse overfor, ved enten at direkte eller indirekte eje 50 % af stemmerettighederne i datter selskaberne¹⁴⁶ eller hvor moderselskabet har beføjelserne til at styre datterselskabernes økonomiske og driftsmæssige beslutninger.¹⁴⁷ Ejer moderselskabet ikke mere end 50 % af stemmerettighederne i et selskab, kan der stadig forekomme bestemmende indflydelse hvis moderselskaber opfylder et af følgende punkter¹⁴⁸

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

Ud fra ovenstående må det derfor forventes at en del danske selskaber der vælger at foretage en omstrukturering vil være i et koncernforhold og dermed være tvunget efter selskabsskattelovens regler til at være i et nationalt sambeskatningsforhold. Dermed vil en ændring i koncernforholdet

¹⁴⁵ SEL § 31, stk. 1.

¹⁴⁶ SEL § 31 C, stk. 3.

¹⁴⁷ SEL § 31 C, stk. 2.

¹⁴⁸ SEL § 31 C, stk. 4.

afledt af en foretaget omstrukturering i løbet af et indkomstår betyde, at der skal udarbejdes en delopgørelse af indkomsten af perioden inden omstruktureringen der ændret koncernforhold og en delopgørelse for perioden efter koncernforholdet er blevet ændret. Dette skyldes at indkomsten der er optjent mens der har været et koncernforhold for indkomståret, stadig skal medtages i sambeskatningsindkomsten.¹⁴⁹ Hvilket gør at hvis et selskab halvvejs i indkomståret udtræder eller etabler en koncern forbindelse, skal der laves en indkomstopgørelse efter de almindelige gældende skattemæssige regler for den periode der er gået.¹⁵⁰ Yderligere skal afskrivning samt straks fradrag fordeles, så der kun afskrives på aktiverne for den periode indkomstopgørelsen udarbejdes for.¹⁵¹ Ved nogle af omstrukturingsmodellerne er det muligt at foretage omstruktureringen tilbage i tid, dette kan medfører at den skattemæssige virkning vil gælde for et tidspunkt før eller efter en koncernforbindelse er etableret eller er ophørt, her vil kravet om en delopgørelse stadig være gældende ifølge selskabsskattelovens § 31, stk. 5, 5. pkt.

Yderligere gælder det hvis omstruktureringen foretages som en skattefri transaktion, at det modtagende selskab ikke kan modregne et opnået overskud for indkomståret i de andre sambeskattede selskabers skattemæssige underskud, der er opstået i indkomstårene der ligger før omstruktureringen. Dermed vil der ved en omstrukturering, som hovedregel ikke være mulighed for at udnytte de andre deltagende selskabers skattemæssige underskud, der er opnået før omstruktureringen fandt sted. Opnået skattemæssige underskud i det eller de indskydende selskaber, kan derfor som hovedregel ej heller overdrages til det modtagende selskab. Reglen er med til at sikre, at der ikke foretages en omstrukturering, med skattebesparelse for øje, i form af udnyttelse af opnået skattemæssige underskud i et af det indskydende selskaber.

En undtagelse til hovedreglen er dog i de tilfælde hvor det indskydende selskab og det modtagende selskab inden omstruktureringen blev foretaget indgik i samme koncernforhold og dermed i samme sambeskatningskreds. Her vil det være muligt at udnytte oparbejdet skattemæssige underskud fra det indskydende selskab i de indkomstår hvor det modtagende selskab og der indskydende selskab har været i samme sambeskatningskreds.¹⁵² Eksempelvis vil det betyde at hvis der i indkomståret før omstruktureringen finder sted, opnås et skattemæssigt underskud på 100.000 kr. i det indskydende selskab som er i samme sambeskatningskreds, som det modtagende selskab, vil det modtagende

¹⁴⁹ SEL § 31, stk. 5, 1. pkt.

¹⁵⁰ SEL § 31, stk. 5, 3. pkt.

¹⁵¹ SEL § 31, stk. 5, 2. pkt.

¹⁵² SEL § 31, stk. 4.

selskab efter omstruktureringen stadig kunne udnytte det opnået skattemæssige underskud fra den tidligere periode. Begrundelsen herfor er at de deltagende selskaber ikke ved omstruktureringen vil ændre på at der stadig vil være et koncernforhold mellem de deltagende selskaber, og dermed vil sambeskatningskredsen være den samme ligegyldigt om omstruktureringen blev foretaget eller ej. Undtagelsen er dog ikke gældende hvis det modtagende selskab indirekte eller direkte har modtaget aktiver og forpligtelser fra selskaber, som ikke er en del af sambeskatningskredsen.¹⁵³ Det skal dog bemærkes at der i de tilfælde hvor en omstrukturering medfører at kapitalejerne i det indskydende selskab vederlægges med kapitalandele i det modtagende selskab, vil ejerforholdet have ændret sig. Betyder ændringen i ejerkredsen at andre kapitalejer end kapitalejerne der ved starten af indkomståret og tidligere indkomstår, ejer 50 % af selskabskapitalen eller besidder mere end 50 % stemmerettighederne i det modtagende selskab ved udgangen af indkomståret, vil omstruktureringen være et udtryk for en majoritetsoverdragelse. I sådanne tilfælde vil det ikke være muligt, at benytte skattemæssige underskud fra tidligere år til at nedbringe den skattepligtige indkomst med mere end det selskabets positive nettokapitalindtægter jf. SEL § 12 D.

Yderligere gælder det ved fusion at hvis der opstår et skattemæssigt underskud i et af de fusionerede selskaber i perioden mellem fusionsdatoen og vedtagelsen af fusionen vil underskuddet være omfattede af bestemmelserne i FUSL § 8, stk. 7. Dette medfører at det opstået underskud ikke kan nedbringe det modtagende selskabs skattepligtige indkomst til mindre end selskabets positive nettokapitalindkomst med tillæg for udligning af afskrivningsberettiget driftsmidler og før skattemæssige afskrivninger og nedskrivninger. Undtagelsen hertil er dog, hvis underskuddet er opstået i et fusionerede selskab der anses for at være uden økonomisk risiko ved erhvervsmæssig aktivitet, kan underskuddet ikke fradrages i den skattepligtige indkomst i det modtagende selskab. Dette er dog ikke gældende i de tilfælde hvor de deltagende selskaber i fusionen er koncernforbudne fra fusionsdatoen og til den dag fusionen vedtages.

¹⁵³ FUSL § 8, stk. 6, 3. pkt.

Konklusion

Afhandlingens formål er at besvare problemformuleringen, og udrede hvorfor en skattefri omstrukturering ikke altid er mere fordelagtig end en skattepligtig. Begrundelsen for problemformuleringen er at det på forhånd blev antaget, at danske selskaber og kapitalejere altid vil vælge en skattefri transaktion fremfor en skattepligtig. For at kunne besvare problemformuleringen, gennemgår afhandlingen de 4 omstrukturingsmodeller der er mulige at benytte i Danmark, både som en skattefri og skattepligtig transaktion.

Vælges det at foretage en omstrukturering skattefrit, vil det være fusionsskattelovens bestemmelser der er gældende for henholdsvis fusion, spaltning og tilførsel af aktiver, mens der ved en skattefri aktieombytning benyttes de gældende regler i aktieavancebeskatningsloven. Generelt for en skattefri omstrukturering er det konstateret, at der som hovedregel ikke vil ske beskatning af de deltagende selskaber eller kapitalejer, da det eller de modtagende selskaber vil succedere, i det eller de indskydende selskabers anskaffelsessværdier og tidspunkt. Dette medfører at der ikke vil ske en realisationsbeskatning ved overdragelsen til det eller de modtagende selskaber. Ligeledes gælder FUSL og ABL når der er tale om kapitalejerne, hvilket betyder at der kan ske vederlæggelse i form af kapitalandele i det eller de modtagende selskaber. Ligesom ved selskaberne vil modtagelsen af de nye kapitalandele ske ved succession, således at der ikke sker realisationsbeskatning ved omstrukturen. Selvom omstrukturen er skattefri ud fra ovenstående, er det dog konstateret at der er en udtagelse hertil, såfremt kapitalejerne vælger at modtage en kontant vederlæggelse ved omstrukturen. Den kontante vederlæggelse kan ske i stedet for eller sammen med modtagelse af kapitalandele, og vil blive anset for at der er sket en afståelse, hvorfor der vil ske realisationsbeskatning af det modtaget kontante vederlag. Ved tilførsel af aktiver er det ikke muligt at modtage en kontant vederlæggelse, hvorfor der ved denne form for skattefri omstrukturering ikke sker beskatning af kapitalejerne.

Realisationsbeskatningen af den eventuelle kontante vederlæggelse som kapitalejerne kan vælge at modtage, er forskellig med hensyn til realisationsbeskatningens konsekvenser, efter om kapitalejerne er en fysisk person eller et selskab (juridisk person). Er kapitalejerne fysiske personer, vil der altid ske beskatning af vederlæggelsen som vil blive sidestillet med udbytte eller afståelse af kapitalandele, og beskattes efter ABL's regler herom. Såfremt kapitalejerne er selskaber (juridiske personer), er det i afhandlingen belyst at det i de fleste tilfælde er muligt, at modtage vederlæggelse der bliver

sidestillet med udbytte eller afståelse af kapitalandele skattefrit jf. ABL. Det må derfor konkluderes, at det ved en skattefri omstrukturering, hvor det ønskes at vederlægge kapitalejerne med et kontant vederlag, er en fordel hvis kapitalejerne er selskaber. Ydermere er det derfor konstateret, at det ved omstrukturingsmodellen aktieombytning ikke kan betale sig at foretage en skattefri aktieombytning, så længe kapitalejerne er selskaber. I de fleste tilfælde vil det være skattefrit at foretage en skattepligtig aktieombytning, da ABL giver skattefrihed ved afståelse af kapitalandele, hvor der er tale om unoterede aktier, datter- eller koncernaktier. Derfor kan det ikke ved aktieombytning betale sig at foretage en skattefri, da dette vil kræve overholdelse af de gældende objektive og subjektive krav, mens udfaldet vil blive det samme som ved en skattepligtig aktieombytning.

Modsat en skattepligtig omstrukturering, vil en skattefri omstrukturering ikke kræve likviditet til at kunne foretage en skattebetaling, som en skattepligtig omstrukturering vil medføre. Til gengæld vil der ved en skattefri omstrukturering være en række objektive og subjektive krav der skal overholdes. Disse krav kan være både tidskrævende og svære at dokumentere overholdelsen af, hvilket kan medføre at de deltagende selskaber vil have en øget administrativ byrde. Det må derfor konstateres, at der ved en skattefri omstrukturering vil ligge en likviditetsbyrde i form af yderligere omkostninger til administration, samt udgifter til eksterne rådgivere og konsulenter.

Likviditetsbehovets størrelse til administrative omkostninger samt eksterne udgifter, afhænger yderligere af om der foretages en skattefri omstrukturering med eller uden tilladelse fra SKAT. Anmodes der om tilladelse hos SKAT, er det et overordnet krav at der foreligger en forretningsmæssig begrundelse, som er veldokumenteret og begrundet ønsket om at gennemføre en omstrukturering. Det vigtigste er at den forretningsmæssige begrundelse ikke må være skatteundgåelse eller unddragelse, da SKAT hermed kan frafalde anmodningen med det samme, hvis der er tegn på at skatteundgåelse er det eneste formål med den skattefrie omstrukturering.

Vælges det derimod at foretage den skattefri omstrukturering uden tilladelse, vil der ikke være krav om en forretningsmæssig begrundelse. I stedet er der andre gældende objektive regler, som skal overholdes. Overholder de deltagende selskaber og kapitalejere ikke de objektive krav, vil SKAT kunne omstøde omstruktureringen og hele transaktionen vil blive skattepligtig, hvilket kan få likviditetsmæssige konsekvenser. Et af de væsentligste krav er holdingkravet, som skal sikre den skattefrie omstrukturering ikke foretages med skatteundgåelse for øje. Ved holdingkravet gælder at

de modtagende kapitalandele ved omstruktureringen, ikke må afstå indenfor de første 3 år efter den skattefri omstrukturering. En undtagelse hertil er dog i de tilfælde, hvor afståelsen sker ved at der foretages en ny skattefri omstrukturering, og vederlæggelsen kun sker med kapitalandele. Det nye modtagende selskab skal dog stadig sikre overholdelsen af holdingkravet for både den første og anden skattefri omstrukturering.

Et andet af de væsentlige objektive krav ved en skattefri omstrukturering uden tilladelse er, at den skal foretages til handelsværdi. Aktiverne skal derfor værdiansættes til den værdi de generelt i marked kan sælges for. Dette kan i nogle situationer medføre en del udfordringer, hvis det indskydende selskab har aktiver der sjældent bliver solgt, og dermed kan det være svært at værdiansætte aktivet til en handelsværdi. Dermed vil der være en risiko for, at SKAT efter foretagelsen af den skattefrie omstrukturering uden tilladelse, erklærer sig uenig i værdiansættelsen og omgør værdierne. Dette vil medføre, at hele transaktionen vil blive skattepligtig for de deltagende selskaber og kapitalejer. Yderligere kan det ligeledes i praksis i nogle tilfælde være svært, at overholde det objektive grenkrav ved omstruktureringsmodellerne spaltning og tilførsel af aktiver, hvor det skal kunne dokumenteres at grenen af selskabet kan fungere som en selvstændig enhed.

For spaltning gælder der ydermere et krav om balancetilpasning, hvilket betyder at forholdet mellem aktiver og forpligtelser skal forblive det samme, som før den skattefrie spaltning. Dette ekstra krav for spaltning gør det meget vanskeligt i praksis, at foretage en skattefri spaltning uden tilladelse, da det oftest er svært at beholde samme forhold mellem aktiver og forpligtelser når en selvstændig gren overdrages. Det er dog muligt at anmode SKAT om et bindende svar på, om skattemyndighederne er enige i opgørelsen af værdiansættelsen af aktiverne til handelsværdi, overholdelse af grenkravet og/eller overholdelse af balancetilpasningskravet. SKAT kan således efterfølgende ikke komme og hævde, at de objektive krav ikke er overholdt, og dermed gøre transaktionen skattepligtig. I forlængelse hertil er det ligeledes konstateret, at de deltagende selskaber efter foretagelsen af en skattefri omstrukturering uden tilladelse, har mulighed for at anmode SKAT om en tilladelse til den skattefri omstrukturering. Der er dermed både fordele og ulemper ved at foretage en skattefri omstrukturering med eller uden tilladelse fra SKAT, og det kan være svært at afgøre hvad der er mest fordelagtigt.

Det kan dog konkluderes at en skattefri omstrukturering uden tilladelse kræver, at de deltagende selskaber blandt andet er sikre på den opgjorte handelsværdi er korrekt, eller om en gren af selskabet

virkelig opfylder grenkravet. Det vurderes derfor at hvis selskabet har komplekse forhold, særlige aktiver eller andet der kan gøre det vanskeligt for selskabet selv at opgøre de korrekte værdier, vil det være en fordel at anmode SKAT om tilladelse inden den skattefrie omstrukturering foretages. Det vil sikre at SKAT ikke efterfølgende er uenig i opgørelsen og gør transaktionen skattepligtig. Modsat kræver en skattefrie omstrukturering med tilladelse, at de deltagende selskaber har en forretningsmæssig begrundelse som SKAT vil acceptere. Konklusionen må derfor være, at det skal vurderes ud fra den enkelte sag, om en skattefrie omstrukturering uden tilladelse er mere fordelagtig end med tilladelse. Herudover vurderes det, at jo mere kompleks de deltagende selskabers situation er, jo bedre er det at få SKAT's tilladelse for at udgå en efterfølgende omgørelse.

Udover de gældende subjektive og objektive krav der skal overholdes ved en skattefrie omstrukturering, er der et andet væsentligt forhold som bør medtages i overvejelserne om at benytte en skattefrie omstrukturering. Eventuelle fremførbare skattemæssige underskud de deltagende selskaber har, kan få en betydning i denne forbindelse. I de fleste tilfælde vil foretagelsen af en skattefrie omstrukturering medføre, at fremførbare skattemæssige underskud nemlig vil gå tabt. Dette er især væsentligt ved foretagelsen af en skattefrie fusion, da underskudsbegrænsningsreglerne for denne omstruktureringsmodel er ekstra strenge. Yderligere skal de deltagende selskaber i en skattefrie omstrukturering tage højde for, om der sker en ind- og/eller udtrædelse af en sambeskatningskreds. Hvis dette er tilfældet skal der opgøres en delopgørelse, for den periode før ind- eller udtrædelsen fandt sted, hvilket vil medføre en yderligere administrativ byrde for de deltagende selskaber.

De deltagende selskaber har modsætningsvis, også mulighed for at vælge en skattepligtig omstrukturering, hvor de almindelige skatteregler er gældende. Der vil her ske en realisationsbeskatning af de deltagende selskaber og kapitalejere, da omstruktureringen vil blive sidestillet med en afståelse. Opnås der en gevinst ved afståelsen, skal denne medtages i opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Dermed vil der ligge en likviditetsbyrde i form af skattebetalingen hos de deltagende selskaber og kapitalejere. Har de deltagende selskaber fremførbare skattemæssige underskud, vil det være muligt at modregne gevinsten heri. Fordelen ved en skattepligtig omstrukturering er, at der i forhold til en skattefrie omstrukturering ikke er nogle former for yderligere krav der skal overholdes.

Ud fra ovenstående må det derfor konkluderes, at det optimale er at foretage en beregning, der viser de omkostninger der vil være ved en skattefri omstrukturering. I denne bør udgifter til yderligere administration, eksterne rådgivere samt tabet af skattemæssige underskud medtages. Dette skal sammenlignes med en eventuel skattebetaling, som følge af en skattepligtig omstrukturering. Det forventes at det i nogle situationer, vil være billigere for de deltagende selskaber, at foretage omstruktureringen som en skattepligtig transaktion. Dette er vurderet ud fra en omkostningsmæssig betragtning, og samtidig vil omstruktureringen være mere simpel at foretage.

Hvorvidt en skattefri omstrukturering altid vil være at foretrække, da skattebetalingen udskydes, vurderes derfor ikke at være korrekt. Det er i afhandlingen konstateret, at der kan være forhold der gør det mere fordelagtigt for de deltagende selskaber, at foretage en skattepligtig omstrukturering. Udskydelse af en eventuel skattebetaling, kan derfor blive opvejet af høje administrative og assistanceomkostninger, samt begrænsninger ved eksempel fremtidige videresalg og udbytteudlodninger.

Konklusionen er derfor, at hverken en skattefri eller skattepligtig omstrukturering er bedre end den anden, og afhænger af den enkelte sag. Dermed må det afhænge af en konkret vurdering af de deltagende selskabers forhold, der skal være afgørende hvorvidt omstruktureringen skal være skattepligtig eller skattefri.

Litteraturliste

Bøger:

Michelsen, Aage, Bolander, Jane, Engsig, John & Askholt, Steen: *Lærebog om indkomstskat*, DJØF, 15. udgave, 2013

Halling-Overgaard, Søren & Olesen, Birgitte Sølvkær: *Generationsskifte og omstrukturering*, Jurist- og Økonomforbundet, 3. udgave, 2010

Direktiver og vejledninger:

Fusionsskattedirektiver 2009/133/EF

SKAT's juridiske vejledning 2016-2

Afgørelser:

Indledning

SKM2002.213.TSS

Fusion

SKM2010.412.SR

SKM2004.370.TSS

SKM2003.574.LSR

TFS1998.598.LR

Spaltning

SKM2004.73.TSS (TfS2004.206.TSS)

SKM2006.163.LSR

SKM2005.429.TSS

SKM2008.347.LSE

SKM2002.407.TSS

SKM2005.284.TSS

TfS1998.160.LR

SKM2005.184.TSS (TfS2005.452)

TfS2006.644

SKM2006.324.SKAT (TfS2006.643.SKAT)

Tilførsel af aktiver

SKM2006.10.SKAT

TfS1996.821.LR

TfS1998.199.LR

TfS1995.286.LR

SKM 2001.77.LR

SKM2006.145.SKAT

TfS2000.238.LR

SKM2009.410.SR

TfS2000.329.LR

SKM2002.620.EFD

TfS1997.661.LR

TfS1999.737.TSS

SKM20011.501.HR

SKM2007.843.DEP

Aktieombytning

SKM2006.372.LSR

SKM2001.303.TSS

SKM2008.375.SR

EF-domstolen sag C-321/05 af 5. juli 2007 – Hans Markus Kofoed sagen

EF-domstolens dom af 17. juli 1997 (SU 1997, 257) – Leur-Bloem

SKM2003.568.LSR

SKM2007.806.LSR

SKM2009.646.SR

SKM2011.360.SR