



NYT

Generationsskifte Omstrukturering

Indhold

- Høringsudkast om +/- 15 %-praksis mv.
- Skattefritaget overdragelse til erhvervsdrivende fonde
- Skattefri aktieombytning – konkurs inden for holdingperioden – tilladelse med tilbagevirkende kraft
- Skattefri aktieombytning – salg inden for holdingperioden – ikke tilladelse med tilbagevirkende kraft
- Omgåelsesklausulen – LL § 3 – aktie-salg til holdingselskab anset for aktie-salg til udstedende selskab.

Lovgivning mv.

Høringsudkast om +/- 15 %-praksis mv.

Som omtalt i Gen-Om 5-2020 har Skatteministeriet udsendt udkast til ændring af værdiansættelsescirculærets bestemmelser om fast ejendom, mens Skat har udsendt udkast til styresignal om, hvornår der ikke skal gælde krav på anvendelse af +/- 15 %-reglen. Der er i begge udkast lagt op til en væsentlig stramning af praksis for værdiansættelse ved familieoverdragelse.

Høringsfristen for begge udkast udløb den 2. juni 2020. Der er indkommet mange kritiske høringsvar, og der må

forventes væsentlige justeringer, ikke mindst i udkastet til styresignal. Den videre proces og tidshorizont er usikker, men der vil formentlig gå nogle måneder, før det samlede fremadrettede regelsæt ligger fast og kan træde i kraft. Bech-Bruun følger tæt med i arbejdet.

Det ses, at Skat i visse sammenhænge allerede er begyndt at administrere efter den fortolkning af "særlige omstændigheder", som man har foreslået med høringsudkastet. Denne fremfærd bør man gøre indsigelse overfor, dels fordi udkastet som nævnt må forventes justeret, dels fordi ændring af administrativ praksis ikke kan ske med tilbagevirkende kraft.

Skattefritaget overdragelse til erhvervsdrivende fonde

L 156 om skatte- og afgiftsfritaget aktieoverdragelse til erhvervsdrivende fonde verserer fortsat, jf. Gen-Om 3-2020.

Der er fortsat ingen konkret tidsplan for den videre behandling af forslaget, der oprindeligt skulle træde i kraft den 1. juli 2020.

Afgørelser

Skattefri aktieombytning • konkurs inden for holdingperioden • tilladelse med tilbagevirkende kraft

SKM 2020.240 S: A, der var 64 år, omdannede i 2016 sin personlige virksomhed til anpartsselskab som første skridt med henblik på generationsskifte til sønnen B. Den skattemæssige anskaffelsessum for vederlagsanparterne blev i 2016 opgjort til -1.230.000 kr. og godkendt af Skat. Umiddelbart efter virksomhedsomdannelsen gennemførte A en skattefri anpartsombytning uden tilladelse til et nystiftet og 100 % ejet holdingselskab.

I forbindelse med omdannelsen fik driftsselskabet tilsagn om ny finansiering ved sale-and-lease-back af en del af maskinparken. Som led heri blev der blandt andet indhentet en ekstern vurderingsrapport af virksomhedens aktiver. Rapporten fastslog en væsentlig friværdi på mellem ca. 3-5 mio. kr.

I andet halvår 2016 kom virksomheden ind i en negativ udvikling. Det regnskabsmæssige resultat for 2016 udviste et væsentligt tab på ca. 1,9 mio. kr. før skat, og i løbet af første halvår 2017 rejste tre af virksomhedens vigtige medarbejdere. Bortset fra en nyansat lærling

var A og B de eneste medarbejdere i virksomheden. Det viste sig vanskeligt at rekruttere nye medarbejdere, og virksomhedens aktivitetsniveau gik ned ad bakke. I oktober 2017 måtte man indstille driften, og driftsselskabet blev begæret konkurs. Selskabet blev endelig opløst i september 2018.

Som følge af driftsselskabets konkurs blev det treårige holdingkrav ved den skattefrie aktieombytning i 2016 brudt, og ombytningen blev anset som skattepligtig for A, der således fik forhøjet sin aktieindkomst for 2016 med et beløb svarende til den negative anskaffelses-sum ved omdannelsen. På den baggrund søgte A om tilladelse med tilbagevirkende kraft, så aktieombytningen på dette grundlag ville være skattefritaget.

Skat gav tilladelse til skattefritagelse af aktieombytningen. Skat lagde i den forbindelse vægt på, at driftsselskabets egenkapital, baseret på perioderegnskab, budgetter og vurderingsrapport, ikke kunne antages at være negativ på ombytningstidspunktet, og at A foretog adækvate skridt for at styrke selskabets kapitalgrundlag med henblik på aktivitetsøgning. Da aktieombytningen i det lys måtte anses som forretningsmæssigt begrundet med henblik på risikogrænsning og generationskifte, var det sandsynliggjort, at hovedformålet ikke var skatteundgåelse.

Kommentar

Afgørelsen er rigtig, og selv om den ikke er principiel, har den praktisk interesse.

Det ligger fast, at gennemførelse af skattefri aktieombytning uden tilladelse udløser et krav om, at holdingselskabet skal opretholde ejerskabet til de ombyttede aktier i mindst tre år efter ombytningen (holdingkravet), jf. ABL § 36, stk. 6, 3. pkt. Brydes holdingkravet, anses aktieombytningen for skattepligtig med virkning for ombytningsåret. Det ligger også fast, at dette ejerskabskrav er objektivt og uden mulighed for subjektive undtagelser eller dispensationer. Derfor indebærer et selskabs opløsning ved konkurs også brud på holdingkravet.

Det er dog ukorrekt, når det i SKM 2010.210 SR er antaget, at holdingkravet brydes allerede ved konkursens indtræden. Som anført i Gen-Om 3-2010 og *Fusionsskatteloven* s. 449 ff skal afståelsesbegrebet i ABL § 36 forstås i overensstemmelse med lovens alminde-

“Tilladelse kan kun nægtes, hvis det må lægges til grund, at det reelt væsentligste formål på ombytningstidspunktet var skatteundgåelse.”

lige afståelsesbegreb, og Højesteret har med Tfs 1998.397 fastslået, at der i tilfælde af konkurs først foreligger afståelse ved selskabets endelige opløsning.

Selv om der ikke består mulighed for egentlig dispensation fra holdingkravet, kan der søges om tilladelse til skattefritagelse med tilbagevirkende kraft efter hovedsporet i ABL § 36. Der består efter fast praksis retskrav på at opnå tilladelse, medmindre det må lægges til grund, at det reelt væsentligste formål med omstruktureringen er skatteundgåelse, jf. *Fusionsskatteloven* s. 57-176. Dette kan som udgangspunkt kun antages at være tilfældet, hvis de skattemæssige hensyn helt har fortrængt de forretningsmæssige overvejelser og hensyn, jf. *Fusionsskatteloven* s. 105 ff med analyse af Skattedepartementets udtalelse i SKM 2007.807.

Ved ansøgning om tilladelse med tilbagevirkende kraft forskydes vurderingstidspunktet bagud i tid. Det afgørende er, om det ud fra forholdene på ombytningstidspunktet må lægges til grund, at ombytterens subjektive hovedmål var skatteundgåelse. Ved den vurdering kan forholdene efter ombytningen belyse den oprindelige hovedhensigt, men der kan ikke gives afslag blot med henvisning til, at der ikke ville være blevet givet oprindelig tilladelse, hvis de efterfølgende forhold havde været kendt på ombytningstidspunktet.

Da alle er klogere i bakspejlet, kan det være vanskeligt at fastholde en helt stringent bedømmelse af forholdene på ombytningstidspunktet. Når man nu ved, at selskabet er gået konkurs. Når man nu ved, at selskabet er solgt, jf. nedenfor. Osv. Men dette er ikke desto mindre den opgave, der skal forsøges udført med fast hånd.

I den aktuelle sag måtte det derfor helt korrekt vurderes, om der på ombyt-

ningstidspunktet var tegn på, at det reelt væsentligste formål med ombytningen var skatteundgåelse. I en situation, hvor der gennemføres skattefri aktieombytning umiddelbart efter en skattefri virksomhedsomdannelselse med negativ anskaffelses-sum på vederlagsaktierne, kan det være nærliggende at undersøge, om ombytningen blot er forberedelse til en konkurs, fordi aktionæren i givet fald vil undgå umiddelbar afståelsesbeskatning af den negative anskaffelses-sum.

Og det er ud fra referatet at dømme ligeledes helt korrekt, at Skat efter undersøgelse af de konkrete omstændigheder når frem til, at A's ombytning måtte anses som forretningsmæssigt begrundet og ikke motiveret af skatteundgåelse. Selskabet måtte ud fra omstændighederne på ombytningstidspunktet anses for levedygtigt med en positiv egenkapital, og A udfoldede konkrete og adækvate bestræbelser på at sikre selskabet kapital for at øge aktiviteten. Den omstændighed, at der efter ombytningen indtrådte en negativ udvikling, kunne ikke tages i betragtning på ombytningstidspunktet.

Afgørelsen er derfor korrekt både juridisk og i sin konkrete bedømmelse.

Skattefri aktieombytning • salg inden for holdingperioden • ikke tilladelse med tilbagevirkende kraft

SKM 2020.239 S: E, der var enke efter A, overtog ved sin mands død i 2015 aktierne i selskabet S. E indtrådte som direktør i selskabet. Den 15. september 2017 gennemførte E en skattefri aktieombytning uden tilladelse ved indskud af aktierne i et nystiftet holdingselskab H. Indskuddet skete til en værdi på 12,6 mio. kr. I november 2018 blev selskabet solgt til tredjemand til 14,2 mio. kr. Der var i mellemtiden udbetalt ca. 1,5 mio. kr. i udbytte til E.



Da salget indebar brud på det treårige holdingkrav ved aktieombytning uden tilladelse, søgte E om tilladelse til skattefritagelse med tilbagevirkende kraft. E oplyste i den forbindelse, at hun efter mandens død forsøgte at finde en ny direktør. Dette lykkedes, men vedkommende trak sig fra stillingen efter underskrevet kontrakt og afholdt reception, og E måtte derfor fortsætte som direktør. Efter et meget dårligt regnskabsår i 2017/18, det værste i 15 år, besluttede E sig for at sælge.

Ifølge E var det primære formål med aktieombytningen at opnå risikobegrænsning af udbytter, der kunne udloddes fra driftsselskabet. Samtidig ønskede hun at sikre en lavere kapitalisering i driftsselskabet i forbindelse med ansættelsen af den nye direktør. E ønskede nu blot at likvidere holdingselskabet, og som følge heraf ville nettoforskellen mellem skattepligtig ombytning i 2017 og likvidation i 2019 primært bestå i det rentetillæg, der ville blive tilskrevet afståelsesbeskatningen i 2017, ca. 500.000 kr.

Skat afslog tilladelse. Skat fandt i den forbindelse, at skattefri udlodning fra driftsselskab til holdingselskab måtte anses som skatteudskydelse, og at E's ønske om risikobegrænsning ikke tjente driftsselskabets interesser, men alene E's personlige økonomiske interesser.

På den baggrund var det Skats opfattelse, at hovedformålet for E blot var at få *“en ejerstruktur, hvor hun kunne drive virksomheden videre som en passiv investering, og hvor hun kunne føre midler ud af driftsselskabet og op i holdingselskabet for derefter at udlodde udbytter fra holdingselskabet til sig selv efter behov.”* Hovedformålet var derfor skatteudskydelse. Dette fandt Skat underbygget ved, at der allerede kort tid efter aktieombytningen blev udloddet 1,5 mio. kr. fra holdingselskabet til E.

Kommentar

Afgørelsen fremstår ikke korrekt.

Som anført ovenfor i relation til SKM 2020.240 S kan der ansøges om

tilladelse med tilbagevirkende kraft, hvis man efter omstrukturering uden tilladelse bryder holdingkravet. I givet fald forskydes vurderingstidspunktet bagud i tid, så det er den subjektive hensigt på ombytningstidspunktet, der afgør, om der kan/skal gives tilladelse. Tilladelse kan kun nægtes, hvis det må lægges til grund, at det reelt væsentligste formål på ombytningstidspunktet var skatteundgåelse. Kan der ikke peges på forretningsmæssige formål, vil Skat kunne være berettiget til at antage, at hovedformålet var skatteundgåelse.

Skats afgørelse i den aktuelle sag synes at være præget af en misforståelse af retsgrundlaget og administrativ praksis (retsvildfarelse). Skat antager således tilsyneladende, at det ikke er en legitim forretningsmæssig interesse at etablere en holdingstruktur, der kan sikre risikobegrænsning gennem skattefri udlodning fra driftsselskabet. Skat finder endog, at ønsket om skattefri udlodning i sig selv er udtryk for skatteundgåelse.

Denne forståelse af retsgrundlaget er imidlertid ukorrekt. Det ligger således fast, at ønsket om risikobegrænsning i almindelighed er en stærk og gyldig forretningsmæssig begrundelse for skattefri omstrukturering, jf. *Fusionsskatte-loven* s. 115 ff. En samlet vurdering af de konkrete omstændigheder kan føre til, at skatteundgåelse anses som et hovedformål på trods af et påberåbt hensyn til risikobegrænsning, men risikobegrænsning anses i sig selv som en gyldig forretningsmæssig begrundelse. Risikobegrænsning er en forretningsmæssig begrundelse, der tjener både aktionærinteresser og selskabsinteresser. Det kan bemærkes, at for selskabet rummer holdingselskabet den indirekte fordel, at der kan skabes en bufferkapital, der kan understøtte selskabet i vanskelige tider, og som kreditorerne ikke blot har automatisk adgang til.

Dertil kommer, at det er misforstået at anse et moderselskabs skattefrihed for datterselskabsudbytte for et skatteundgåelsesformål for den ombytende aktionær. Det er udlodningen, der er formålet (ikke skattefritagelsen). Den ombytende aktionær opnår ikke en skattefordel ved udlodning af udbytte, alene en risikobegrænsning. Selv om etableringen af holdingselskabet udskyder beskatningen, opnår aktionæren ingen fordel herved. Fordelen for aktionæren er risikobegrænsning, ikke skatteudskydelse.

Skats fejløpfattelse af retsgrundlaget fører derfor direkte til en umiddelbart forkert afgørelse (som den fremstår).

Skat burde i stedet have undersøgt, om det reelt væsentligste formål med etableringen af holdingselskabet var at skabe mulighed for senere skattefrit salg af aktierne i driftsselskabet. Dette ville give den ombyttende aktionær en egentlig skattemæssig fordel. Og dette er derfor kernen i det skatteundgåelsesformål, som tilladelsesinstituttet skal værne imod (og som holdingkravet udgør et objektivt værn imod).

Denne undersøgelse foretager Skat imidlertid ikke, og det er derfor reelt umuligt at bedømme ud fra de oplyste forhold, om E i sagen burde have fået tilladelse med tilbagevirkende kraft. På den ene side indeholder det offentliggjorte referat umiddelbart plausible oplysninger om E's bestræbelser på at sikre fortsat ejerskab og drift med antagelse af en ny direktør. På den anden side er der ingen oplysninger om eller dokumentation for, hvornår de konkrete salgsbestræbelser blev iværksat, herunder om de var på tegnebrættet allerede på ombytningstidspunktet. En lidt mere fast hånd i dialogen med Skat kunne måske have ført til et mere positivt resultat.

Som følge af den misforståede retsopfattelse er det dog mest nærliggende at anse afgørelsen som forkert.

Omgåelsesklausulen • LL § 3 • aktiesalg til holdingselskab anset for aktiesalg til udstedende selskab

SKM 2020.257 S: Et holdingselskab H ejede sammen med et pensionselskab og i alt ca. 60 medarbejdere selskabet S. Det var aftalt, at medarbejderne efter en periode kunne sælge en del af deres aktiebeholdning til markedsprisen. Der var ikke fastsat bestemmelser om pligt til salg til det udstedende selskab S.

Da medarbejderne kun ville have ret til at foretage delvist salg af deres respektive aktieposter, kunne der ikke forventes standarddispensation efter LL § 16 B, stk. 2, nr. 6, så salg til S kunne behandles efter aktieavancebeskatningsloven.

Salg til S ville derfor skattemæssigt blive behandlet som udbytte. Man ønskede derfor i stedet bekræftelse på, at medarbejderne kunne sælge til H, der herefter en eller to gange årligt kunne sælge tilbage til udstedende selskab S.

Nyhedsbrevet indeholder omtale af udvalgte afgørelser med relevante rådgivningsmæssige aspekter. Vi modtager altid gerne interessante afgørelser til kommentering mv.

Skatterådet fandt, at de påtænkte salg til H var omfattet af skatteomgåelsesklausulen i LL § 3 og derfor skattemæssigt skulle anses for salg til S. Det var i den forbindelse Skatterådets opfattelse, at hovedformålet med tilrettelæggelsen var at opnå aktieavancebeskatning i strid med formålet med LL § 16 B. Den omstændighed, at tilrettelæggelsen var praktisk i lyset af de mange aktionærer, udgjorde ikke en tilstrækkelig forretningsmæssig begrundelse. Betingelserne for skattemæssig tilsidesættelse var derfor opfyldt.

Kommentar

Afgørelsen fremstår umiddelbart rigtig – men er alligevel tvivlsom.

Som bekendt er der ved Lov 2018.1726 indført en *generel skatteomgåelses-klausul* i LL § 3. Klausulen indebærer, at der skal ses bort fra *”arrangementer eller serier af arrangementer, der er tilrettelagt med det hovedformål, eller der som et af hovedformålene har at opnå en skattefordel, som virker mod formålet og hensigten med skatteretten, og som ikke er reelt under hensyntagen til alle relevante faktiske forhold og omstændigheder.”* Et arrangement betragtes som ikke-reelt, hvis det *”ikke er tilrettelagt af velbegrundede kommercielle årsager, der afspejler den økonomiske virkelighed.”*

Omgåelsesklausulen gælder både nationale og grænseoverskridende transaktioner (arrangementer). Hvis et arrangement tilsidesættes, har det virkning for både deltagende selskaber og fysiske personer. Ifølge formuleringen i LL § 3, stk. 1 (*”... selskaber ... skal ... se bort fra”*) må klausulen sprogligt forstås sådan, at den kun gælder selskabstransaktioner, men det fremgår samtidig af § 3, stk. 4, at den også gælder *”for andre deltagere i arrangementerne”*, dvs. også fysiske personer. Rækkevidden af bestemmelsen er derfor noget usikker.

Umiddelbart må man tiltræde, at et arrangement som i den aktuelle sag anses for omfattet af LL § 3. Hovedformålet var at sikre tilbagesalg af aktier til det

udstedende selskab uden dispensation efter LL § 16 B. De praktiske, forretningsmæssige begrundelser, man havde ikklædt tilrettelæggelsen, kunne ikke fjerne hovedindtrykket fra, at formålet var at omgå udbyttebeskatningen.

Imidlertid er afgørelsen ikke forenelig med SKM 2019.232 SR, omtalt i Gen-Om 6-2019, der fastslog, at LL § 3 kun finder anvendelse på arrangementer, *”der vedrører selskaber”* og forudsætter, at der *”opnås en skattemæssig fordel for et selskab”*: *”Skattestyrelsen finder ikke, at ligningslovens § 3, stk. 4, finder anvendelse i denne sag, allerede fordi der ikke opnås en skattemæssig fordel for et selskab, som kan tilsidesættes efter ligningslovens § 3, stk. 1.”*

Ifølge SKM 2019.232 SR er LL § 3 således en *selskabsbeskatningsklausul*, der blot har en *afledt effekt* for fysiske personer, der måtte deltage i selskabstransaktioner, som tilsidesættes efter bestemmelsen. LL § 3 giver altså ikke hjemmel til at tilsidesætte *fysiske personers dispositioner* med henvisning til, at disse har skatteudnyttelse som det reelt væsentligste formål.

Da der i den aktuelle sag ikke var tale om skattemæssige fordele for de deltagende selskaber (hverken H eller S), men udelukkende om fordele for fysiske personer, er afgørelsen ikke forenelig med retsopfattelsen i SKM 2019.232 SR. I lyset af ordlyden i LL § 3, stk. 1 (*”selskaber”*), og da 2019-afgørelsen fremstår mere velargumenteret, må den aktuelle afgørelse anses som forkert.

Under alle omstændigheder bidrager afgørelsen imidlertid til at illustrere, at lovgrundlaget er retssikkerhedsmæssigt problematisk.

Har du spørgsmål til nyhedsbrevet, er du velkommen til at kontakte en af vores specialister på området. Du kan også rette henvendelse til din sædvanlige kontaktperson hos Bech-Bruun.



Michael Serup
Partner
T +45 72 27 33 02
E mcs@bechbruun.com



Lisbeth Povlsen
Senioradvokat
T +45 72 27 36 43
E lpo@bechbruun.com



**Maj-Britt Gamborg
Johansen**
Senioradvokat
T +45 72 27 35 17
E mbjo@bechbruun.com



Björn Brügger
Advokat
T +45 72 27 33 60
E bjb@bechbruun.com



Niklas Dyreborg Henriksen
Advokat
T +45 72 27 35 21
E ndh@bechbruun.com



Christian Løvgren
Advokat
T +45 72 27 36 52
E clhs@bechbruun.com