

# Vederlagskravet ved skattefri aktieombytning

Af Karsten Gianelli, Senior Counsel, CORIT Advisory P/S

## 1. Baggrund og historik

Siden 2007 har vi haft regler, der muliggør gennemførelse af skattefri omstruktureringer, dvs. skattefri spaltning, skattefri tilførsel af aktiver og skattefri aktieombytning, uden tilladelse fra SKAT, men i stedet baseret på opfyldelse af en række objektive betingelser.

Skattefri aktieombytning uden tilladelse er bl.a. betinget af, "at værdien af vederlagsaktierne med tillæg af en eventuel kontant udligningssum svarer til handelsværdien af de ombyttede aktier". Denne betingelse betegnes populært som "vederlagskravet".

Vederlagskravet har været gældende uden ændringer siden indførelsen af de objektive regler om skattefri aktieombytning, oprindeligt placeret i aktieavancebeskatningslovens § 36 A, stk. 3, men senere flyttet til aktieavancebeskatningslovens § 36, stk. 6, 2. pkt.

Efter de generelle bemærkninger til det oprindelige lovforslag – L 110 af 13. december 2006 – er formålet med vederlagskravet, at "forhindre, at selskabsdeltageren benytter en skattefri omstrukturering til ved hjælp af FIFO-princippet og gennemsnitsmetoden, jf. aktieavancebeskatningslovens § 5 og § 26, at flytte værdier fra et selskab, der har været ejet i under tre år, over på aktier i et selskab, som selskabsdeltageren har ejet i mere end tre år, og som (hvis selskabsdeltageren er et selskab m.v.) kan sælges skattefrit i medfør af aktieavancebeskatningslovens § 9."

Denne begrundelse supplerede skatteministeren i svaret på spørgsmål 31 til L 110, hvor det bl.a. anføres: "Aktionæren må altså ikke ved hjælp af et skævt ombytningsforhold forære det erhvervende selskab (og dermed eventuelle andre aktionærer i dette selskab) værdier uden at få et tilsvarende vederlag. Omvendt må det erhvervende selskab ikke ved hjælp

af et skævt ombytningsforhold forære aktionæren værdier, der står i et misforhold til de ombyttede aktiers værdi."

## 2. Effekten af vederlagskravet

I praksis opstår der kun problemer med opfyldelsen af vederlagskravet, hvis aktieombytningen sker til et eksisterende selskab.

Vederlagskravet må derimod pr. definition altid anses for opfyldt, når aktieombytningen sker til et nyt selskab, som stiftes ved apportindskud af de ombyttede aktier ved aktieombytningen. Det skyldes, at hele vederlaget for de ombyttede aktier ved apportindskud vil tilfalde aktionæren/aktionærerne i det ombyttede selskab i samme ejerforhold som hidtil, og at der ikke i denne situation kan være tale om at overføre værdien af de ombyttede aktier til allerede eksisterende aktier i det erhvervende selskab. Denne betragtning vedrørende vederlagskravet ved ombytning til nystiftede selskaber er da også anerkendt af SKAT i praksis, f.eks. i SKM2007.791.SR og SKM2008.860.SR.

Vederlagskravets effekt ved aktieombytning til et eksisterende selskab kan illustreres med følgende eksempel:

Aktionæren A ejer samtlige aktier i D A/S og samtlige aktier i H A/S. D A/S har en nominal kapital på 100.000 kr., og aktierne i selskabet har en handelsværdi på 1.000.000 kr. H A/S har en nominal kapital på 100.000 kr., og aktierne har en handelsværdi på 200.000 kr. Kursen på aktierne i H A/S er således 200.

A ønsker at overdrage alle aktierne i D A/S til H A/S som en skattefri aktieombytning uden tilladelse, alene mod vederlag i form af nye aktier i H A/S.

Når vederlagskravet skal opfyldes, skal ombytningsforholdet ved ombytningen beregnes på grundlag af kursen på aktierne i H A/S inden ombytningen, altså kurs 200. Udstedelsen af nye aktier i H A/S ved indskuddet af aktierne i D A/S med en handelsværdi på 1.000.000 kr. skal derfor ske til kurs 200, dvs. at der som vederlag for aktierne i D A/S skal udstedes nominelt 500.000 kr. nye aktier i H A/S. Den samlede værdi af H A/S efter aktieombytningen er på 1.200.000 kr., hvoraf 200.000 kr. – som hidtil – ligger på A's oprindelige aktier i H A/S, mens 1.000.000 kr. ligger på de nominelt 500.000 kr., der blev udstedt til kurs 200 ved aktieombytningen som vederlag for aktierne i D A/S.

I praksis betyder vederlagskravet, at der ved aktieombytninger til eksisterende selskaber altid vil være behov for at få fastslået handelsværdien af såvel det erhvervede selskab, altså det selskab, hvis aktier bliver ombyttet, som af det erhvervende selskab. Der vil derfor også være behov for at være sikker på, at SKAT er enig i disse værdiansættelser, der danner grundlag for beregningen af det nominelle aktiebeløb, som skal udstedes ved ombytningen. I modsat fald vil vederlagskravet ikke være opfyldt og aktieombytningen er ikke skattefri. Ved aktieombytninger, hvor enten det erhvervede selskab eller det erhvervende selskab har mange forskelligartede aktiver vil denne opgørelse af handelsværdien kunne være ret besværlig og bekostelig. Hvis der er nogen som helst usikkerhed om fastsættelsen af handelsværdierne på aktiverne i de involverede selskaber, og det vil der i praksis ofte være, så kan sikkerhed for, at SKAT er enig i værdiansættelserne kun opnås ved anmodning om bindende svar efter skatteforvaltningslovens kapitel 8, hvilket også kan være både bekosteligt og vanskeligt.

Den praktiske effekt af vederlagskravet kommer da også stadig ofte bag på både virksomheder og rådgivere, enten fordi man ikke har været opmærksom på kravet, eller fordi det viser sig, at de værdiansættelser, som ligger bag det beregnede ombytningsforhold, alligevel ikke kan godkendes af SKAT.

Har man fået gennemført sin aktieombytning, og det efterfølgende viser sig, at vederlagskravet ikke er opfyldt, så har man 2 muligheder for alligevel at sikre sig, at aktieombytningen alligevel er skattefri.

a. Man kan efterfølgende søge at få tilladelse til aktieombytningen, hvilket jo under alle omstændigheder er en løsning med en vis usikkerhed, idet der jo ikke er nogen sikkerhed for, at SKAT anerkender den forretningsmæssige begrundelse for ombytningen. Usikkerheden omkring den forretningsmæssige begrundelse kan jo ofte være grunden til, at man har ønsket at gennemføre den skattefri aktieombytning uden tilladelse.

b. Man kan søge om tilladelse til omgørelse af aktieombytningen efter skatteforvaltningslovens § 29 med henblik på at berigtige aktieudstedelsen således, at vederlagskravet bliver opfyldt. Her er der dog også usikkerhed om, hvorvidt SKAT vil finde, at betingelserne for omgørelse er opfyldt, og i en del tilfælde vil efterfølgende transaktioner og omstruktureringer reelt umuliggøre en omgørelse af aktieombytningen.

Når man vil gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse til et eksisterende selskab, er en overholdelse af vederlagskravet derfor af afgørende betydning, uanset det kan være både besværligt og bekosteligt.

En opfyldelse af vederlagskravet vil – som det fremgår ovenfor – betyde, at størrelsen af den nominelle kapital, som skal udstedes ved ombytningen, vil være lagt fast uden nogen muligheder for afvigelse. Meget ofte vil den nominelle kapital, som det erhvervende selskab vil have efter aktieombytningen, derfor ikke svare til den nominelle kapital, som selskabet efter en forretningsmæssigt fornuftig og forsvarlig vurdering burde have. Hvis der på den baggrund er behov for en kapitalforhøjelse eller en kapitalnedsættelse, så er der ikke i relation til de skattemæssige regler nogen hindringer herfor, da vederlagskravet alene skal være opfyldt på ombytningstidspunktet, men ikke har nogen tidsmæssig udstrækning herudover. En kapitalforhøjelse eller en kapitalnedsættelse kan således gennemføres umiddelbart efter aktieombytningen, forudsat der ikke er selskabsretlige eller andre hindringer herfor, men vil selvsagt medføre besvær og omkostninger, som kunne være undgået, hvis den nominelle kapital i det erhvervende selskab allerede fra starten kunne være fastlagt efter det faktiske kapitalbehov. Man skal dog her være opmærksom på, at reglerne om skattefri aktieombytning i praksis stort set kun anvendes af fysiske personer, da de ombyttede aktier for selskabsaktionærer som altovervejende hovedregel vil være skattefri aktier (datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier eller skattefri porteføljeaktier). En kapitalnedsættelse med udlodning vil derfor udløse beskatning af aktionæren.

### 3. Begrundelsen for vederlagskravet

Da det – som anført ovenfor – kan være bekosteligt og besværligt at overholde vederlagskravet ved alle aktieombytninger til eksisterende selskaber, bør det vurderes, om kravet er et rimeligt og uomgængeligt værn mod misbrug af reglerne om skattefri aktieom-

bytning uden tilladelse, eller om det rammer bredere, end der er behov for.

Som det fremgår af indledningen, så er der i forarbejderne til L 110 af 13. december 2006 angivet to begrundelser for at indsætte vederlagskravet ved indførelsen af reglerne om skattefri aktieombytning uden tilladelse, nemlig:

- At forhindre, at selskabsdeltageren benytter en skattefri omstrukturering til ved hjælp af FIFO-princippet og gennemsnitsmetoden at flytte værdier fra et selskab, der har været ejet i under tre år, over på aktier i et selskab, som selskabsdeltageren har ejet i mere end tre år, og som (hvis selskabsdeltageren er et selskab m.v.) kan sælges skattefrit i medfør af aktieavancebeskatningslovens § 9 (angivet i bemærkningerne til lovforslaget).
- At forhindre, at aktionæren ved hjælp af et skævt ombytningsforhold forærer det erhvervende selskab (og dermed eventuelle andre aktionærer i dette selskab) værdier uden at få et tilsvarende vederlag, og tilsvarende forhindre, at det erhvervende selskab ved hjælp af et skævt ombytningsforhold forærer aktionæren værdier, der står i et misforhold til de ombyttede aktiers værdi (angivet af skatteministeren i svaret på spørgsmål 31 til lovforslaget).

Den første begrundelse – værnet mod at opnå skattemæssige fordele ved at flytte værdier fra aktier, der var ejet i mindre end 3 år til aktier, der var ejet i mere end 3 år – var allerede ved indførelsen irrelevant i situationer, hvor aktionæren var en fysisk person. Det var en følge af, at beskatningen af aktieavancer allerede fra 01.01.2006 var gjort uafhængig af ejertiden. Den eneste situation, hvor ejertiden herefter har betydning for fysiske personer, er hvor aktionæren kan anvende reglerne om ejertidsnedslag i aktieavancebeskatningslovens § 47 på aktierne i enten det erhvervede selskab eller det erhvervende selskab, dvs. hvis aktierne er erhvervet før den 19. maj 1993 og efter de dagældende regler blev anset som hovedaktionæraktier. I disse tilfælde ville der kunne opnås en skattemæssig fordel ved at flytte værdi fra aktier uden eller med et lille ejertidsnedslag til aktier med et større ejertidsnedslag. I alle andre tilfælde forelå der ikke nogen misbrugsmulighed for fysiske personer.

Ved indførelsen af reglen havde ejertiden imidlertid betydning i de situationer, hvor aktionæren var et selskab, idet avancer på aktier ejet i mindre end 3 år var skattepligtige, mens avancer var skattefri ved aktiesalg efter en ejertid på 3 år eller mere. Denne forskel blev imidlertid ophævet ved ændringen af aktieavancebeskatningen for selskaber, som blev indført med virkning fra indkomståret 2010 med vedtagelsen af lovforslag L 202 den 28. maj 2009.

Da aktieavancebeskatningen for selskaber herefter ikke længere var afhængig af ejertiden, så er den første begrundelse for indførelsen af vederlagskravet ikke længere relevant. Der blev dog ikke gennemført nogen ændring af bestemmelsen med ændringen af aktieavancebeskatningen for selskaber.

Den anden begrundelse – værnet mod at flytte værdier mellem forskellige aktionærer – har stadig gyldighed, men kun hvor der ikke er personsammenfald mellem aktionærene i det erhvervende og det erhvervede selskab, eller – hvor der er personsammenfald – i de tilfælde, hvor der ikke er samme ejerfordeling mellem aktionærene i det erhvervede og det erhvervende selskab.

Misbrugsmuligheden, som vederlagskravet skal værne imod, eksisterer således ikke i de tilfælde, hvor der kun er en – og den samme – aktionær i både det erhvervende og det erhvervede selskab (bortset fra de tilfælde, hvor aktionæren kan anvende ejertidsnedslag), eller hvor begge selskaber ejes af samme aktionærkreds i samme ejerforhold.

Dette forhold har imidlertid ikke medført, at vederlagskravet er blevet administreret lempeligt i de tilfælde, hvor misbrugsmuligheden ikke forelå.

Det fremgår tydeligt af Skatterådets afgørelse SKM2008.281.SR. I denne sag ejede personen X samtlige anparter i både selskab A og selskab B. X ønskede at overføre sine anparter i selskab B til selskab A ved en skattefri aktieombytning uden tilladelse. Ombytningen ville han gennemføre ved at indskyde anparterne i selskab B, som havde en regnskabsmæssig værdi på ca. 1,3 mio.kr., til selskab A alene mod udstedelse af nominelt 5.000 kr. nye anparter til en meget betydelig overkurs i selskab A. Det blev ved anmodningen lagt til grund, at anparterne i selskab A før ombytningen havde en kurs på 100, og det var derfor åbenlyst, at vederlagskravet ikke ville være opfyldt. X anmodede dog Skatterådet om at bekræfte, at betingelserne for at gennemføre transaktionen som en skattefri aktieombytning uden tilladelse alligevel var opfyldt og begrundede dette med, at vederlagskravet i hans situation ikke var relevant, da han – som fysisk person og enejer af begge selskaber og da ingen af anparterne var omfattet af ejertidsnedslagsreglerne – ikke kunne opnå nogen som helst utilsigtede skattemæssige fordele ved at gennemføre aktieombytningen med en meget betydelig overkurs.

Skatterådet kunne imidlertid ikke bekræfte, at ombytningen kunne gennemføres som en skattefri aktieombytning uden tilladelse. Det var næppe fordi rådet var uenig med X i, at der i den konkrete situation ikke forelå nogen misbrugsmulighed. Rådets præmisser kan nok nærmest læses som udtryk for, at vederlagskravet fremgår utvetydigt af lovteksten

uden nogen adgang til dispensation, og at der således ikke var nogen hjemmel til at bortse fra denne betingelse for at kunne gennemføre en skattefri aktieombytning uden tilladelse.

#### 4. Behov for lovændring

Det må på basis af det ovenfor anførte konkluderes, at vederlagskravet ved skattefri aktieombytning uden tilladelse stadig tjener et værnsformål, nemlig at sikre mod, at reglerne anvendes til skattefri overførsler af værdier mellem forskellige aktionærer ved anvendelsen af et skævt bytteforhold for de ombyttede aktier, altså når aktieombytningen gennemføres til eksisterende selskaber.

Der er dog heller ikke tvivl om, at en betydelig del – og formentlig langt de fleste – af de skattefri aktieombytninger, som gennemføres til eksisterende selskaber uden tilladelse, ikke indeholder nogen mulighed for noget misbrug, primært fordi de gennemføres af aktionærer, der er eneejere af begge de involverede selskaber, og som ikke har erhvervet aktierne før den 19. maj 1993, men også omfatter andre tilfælde med flere aktionærer med samme ejerfordeling i selskaberne.

Det kan derfor også konkluderes, at vederlagskravet i sin nuværende udformning i praksis rammer

langt bredere end der er behov for, og at der derfor spildes en masse tid og penge på at sikre opfyldelsen af kravet i et stort antal tilfælde, hvor vederlagskravet i realiteten ikke er relevant. Dette spild af ressourcer finder ikke kun sted hos aktionærerne og deres rådgivere, men også hos SKAT.

Da det også kan konstateres, f.eks. på basis af den ovenfor refererede afgørelse SKM2008.281.SR, at skattemyndighederne ikke med den nuværende lovtæst ser nogen mulighed for at lempe kravet i alle disse situationer, så må konklusionen være, at der er behov for en ændring af reglerne.

Ideelt set burde vederlagskravet kun være gældende i de tilfælde, hvor fordelingen af kapitalen mellem aktionærerne i det erhvervende selskab ikke svarer til fordelingen af kapitalen mellem aktionærerne i det erhvervede selskab, eller hvor en af de deltagende aktionærer kan anvende ejertidsnedslagsreglen i aktieavancebeskatningslovens § 47 på aktierne i det erhvervende eller det erhvervede selskab. Subsidiært kunne man i bestemmelsen indsætte en adgang til dispensation fra vederlagskravet.

En sådan lovændring må være i fin overensstemmelse med regeringens udtrykte ønske om at reducere erhvervslivets besvær og omkostninger. Hertil kommer, at lovændringen ikke blot vil være provenuneutral, men faktisk vil medføre en besparelse for staten ved at undgå unødvendigt ressourcospild hos SKAT.