
TfS 2007, 671 – Overdragelse af aktier med succession – en kommentar til TfS 2007, 365

Af Tax partner Per Randrup Mikkelsen og Cand.merc.(jur.) Peter Schmidt

På baggrund af skatterådets afgørelse offentliggjort i TfS 2007, 365 analyseres udvalgte problemstillinger i relation til vurderingen af, hvornår et selskabs virksomhed i overvejende grad består af udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer el.lign., jf. pengetankreglen i aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6. Afslutningsvis diskuteres, hvordan selskaber, der står over for et generationsskifte, kan forberede en familieoverdragelse med succession.

1. Indledning

Reglerne om familieoverdragelse af aktier og anparter i levende live med skattemæssig succession findes i aktieavancebeskatningslovens § 34. Ved succession forstås, at overdrageren undgår beskatning af en eventuel gevinst, mod at erhververen indtræder i overdragerens skattemæssige stilling mht. aktiernes anskaffelsessum, anskaffelsestidspunkt og anskaffelsehensigt.

I bestemmelsens stk. 1 oplistes fem betingelser, der alle skal være opfyldt, for at der kan ske succession, og særligt betingelse nr. 4 har i praksis givet anledning til problemer, idet det her anføres, at succession kun kan ske, hvis der er tale om aktier i et selskab, hvis virksomhed ikke i overvejende grad består af udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer el.lign. ^[1] Hjælp til forståelse af denne betingelse kan findes i aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6, hvoraf det fremgår, at overdragelse med succession er udelukket, hvis:

- mindst 75 pct. af selskabets indtægter, opgjort som gennemsnittet af de seneste tre regnskabsår, stammer fra udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer eller lignende, eller ^[2]
- handelsværdien af selskabets udlejningsejendomme, kontanter, værdipapirer eller lignende, enten på overdragelsestidspunktet eller opgjort som gennemsnittet af de seneste tre regnskabsår, udgør mindst 75 pct. af selskabets samlede aktiver.

Allerede i forbindelse med pengetankregelens vedtagelse blev den udsat for kritik, da det hurtigt stod klart, at regelsættet frembød en række uklarheder og indskrænkede mulighederne for at overdrage aktier med succession betydeligt. ^[3] Dette skal ses i sammenhæng med, at reglerne oprindeligt statuerede, at der var tale om et pengetankselskab, hvis blot 25 pct. af selskabets aktiver bestod i finansielle aktiver og udlejningsejendomme, eller hvis blot 25 pct. af selskabets indkomst bestod i indtægter fra sådanne aktiver. Procentgrænserne er siden blevet ændret til 50 pct. og ved lov nr. 1580 af 20/12 2006 til de nuværende 75 pct.

2. Skatterådets afgørelse i TfS 2007, 365

Anmodningen om bindende svar i TfS 2007, 365 vedrørte en gaveoverdragelse af aktier, der skulle gennemføres den 30.06.2006, dvs. på et tidspunkt, hvor procentgrænsen stadig var 50 pct. Konkret angik situationen en fader, som med succession ønskede at overdrage 19,5 pct. af aktierne i selskabet A A/S til sin datter, der forud for overdragelsen allerede ejede 30,2 pct. af aktierne i A A/S, mens faderen ejede resten. A A/S var stiftet den 25.10.2004 ved en skattefri aktieombytning og fungerede på overdragelsestidspunktet som holdingselskab for K-koncernen. Spørgsmålet vedrørte alene, om betingelserne i aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 1 og 6, for at overdrage med succession, var opfyldt, herunder primært om selskabets virksomhed i overvejende grad skulle anses for at bestå af udlejning af fast ejendom eller besiddelse af kontanter, værdipapirer el.lign. ^[4]

SKAT, Hovedcentret indstillede, at betingelserne for overdragelse med succession skulle anses for opfyldt og anførte, at de i anmodningen anvendte opgørelsesprincipper og perioder kunne tiltrædes. Skatterådet tiltrådte SKAT, Hovedcentrets indstilling uden yderligere bemærkninger.

I det følgende gennemgås de momenter i afgørelsen, der må anses for at bidrage til yderligere afklaring og forståelse af pengetanksreglens indhold. ^[5]

2.1 Perioder der skal indgå i opgørelsen

På tidspunktet for gaveoverdragelsen havde A A/S kun eksisteret i ca. 1 år og 9 måneder, hvorfor det ikke var muligt at foretage en gennemsnitsberegning på baggrund af de seneste tre regnskabsår for selskabet, som påkrævet i aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6. Gennemsnitsberegningen blev derfor alene foretaget på baggrund af de to årsrapporter, som selskabet havde aflagt siden stiftelsen.

I loven angives ikke, hvordan der skal forholdes i en sådan situation, men i afgørelsen blev det bekræftet, at gennemsnitsberegningen alene skulle foretages på baggrund af de to årsrapporter, selskabet havde aflagt forud for overdragelsen.

At gennemsnitsberegningen alene skal baseres på selskabets egne aflagte regnskaber, og at der, selv hvor selskabet er stiftet med skattemæssig succession, ikke kan/skal inddrages regnskabsår fra andre selskaber, stemmer overens med et svar fra skatteministeren og med en afgørelse fra Skatterådet offentliggjort i TfS 2006, 1018 SR. ^[6]

Afgørelsen angik en situation, hvor en fader ønskede at overdrage et selskab til hver af sine fire sønner. Selskaberne var stiftet i forbindelse med en skattefri spaltning af faderens holdingselskab, og gaveoverdragelsen skulle finde sted umiddelbart efter spaltningens gennemførelse. SKAT indstillede, at aktierne i de fire selskaber godt kunne overdrages med succession, idet der bl.a. blev lagt vægt på, at koncernens virksomhed forud for spaltningen ikke havde været af finansiell karakter. Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling, men bemærkede dog, at det var uden betydning, om koncernen før spaltningen kunne anses som en "finansiell" virksomhed. Da der på gaveoverdragelsestidspunktet endnu ikke var aflagt nogle årsrapporter, måtte vurderingen af, om der forelå "finansiell virksomhed", ske på baggrund af selskabernes åbningsbalancer.

På baggrund af de to afgørelser fra Skatterådet samt skatteministerens svar må det herefter ligge fast, at såfremt et selskab har eksisteret i mindre end tre år, skal gennemsnitsberegningen alene

foretages på baggrund af de årsrapporter, selskabet selv har aflagt, i den periode, det har eksisteret. Dette gælder, uanset om selskabet er stiftet med skattemæssig succession.^[7]

2.2 Indtægterne

Det fremgår eksplicit af aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6, at afkastet og værdien af aktier i datterselskaber, hvori selskabet direkte eller indirekte ejer mindst 25 pct. af selskabskapitalen, ikke medregnes ved opgørelsen af selskabets forskellige indtægtskilder, eller ved bedømmelsen af selskabets aktivsammensætning. I stedet medregnes en til ejerforholdet svarende andel af datterselskabets indtægter og aktiver, hvilket med andre ord vil sige, at der skal ske konsolidering.

I anmodningen om bindende svar opgjorde spørger de finansielle indtægter til gennemsnitligt at udgøre 1,64 pct. af de samlede indtægter, dvs. en procentdel langt under den dagældende grænse på 50 pct. Da det for spørger har stået klart, at der næppe kunne opstå tvivl om, hvorvidt de finansielle indtægter udgjorde mindre end 50 pct. af selskabets indtægter, valgte spørger blot at udarbejde en simpel overordnet beregning. Ved opgørelsen af de finansielle indtægter havde spørger således ikke foretaget koncernelimineringer. Endvidere var der ved opgørelsen ikke taget højde for, at A A/S først blev stiftet 25.10.2004, idet man havde medtaget datterselskabernes indtægter for hele regnskabsåret 2004, da det ikke var muligt at henføre datterselskabernes indtægter i 2004 til perioden henholdsvis før og efter stiftelsen af A A/S.

SKAT og Skatterådet havde ingen indvendinger til den forsimplede opgørelsesmetode. Dette er ikke overraskende og må tages til udtryk for, at det accepteres, at der foretages skønsmæssige forsimplede opgørelser og formentlig også, at opgørelser helt udelades, når det er åbenbart, at betingelsen er opfyldt.^[8]

2.3 Aktiverne – værdiansættelse og kvalifikation

Modsat vurderingen af de finansielle indtægter, var det ikke åbenlyst, om A A/S' finansielle aktiver og udlejningsejendomme udgjorde mindre end 50 pct. af selskabets aktiver. I anmodningen var andelen af de finansielle aktiver opgjort til 44,37 pct. på overdragelsestidspunktet og til gennemsnitligt 46,84 pct. baseret på regnskabsårene 2004 og 2005. Ved vurderingen af andelen af de finansielle aktiver var der i anmodningen udarbejdet en specificeret opgørelse, og der var foretaget koncernelimineringer.

Ved værdiansættelsen af aktiverne var der taget udgangspunkt i de bogførte værdier jf. årsrapporterne. Det følger direkte af lovbestemmelsen, at aktiverne ved opgørelsen skal medregnes til handelsværdien, hvorfor de bogførte værdier kun kan lægges til grund, såfremt de må antages at svare til handelsværdien. SKAT og Skatterådet havde ingen indvendinger mod, at de bogførte værdier konkret var blevet anvendt, og generelt må det antages, at bogførte værdier ofte kan og vil blive lagt til grund ved opgørelsen af aktiverne.^[9]

2.3.1 Ejendomme

Et af datterselskaberne i koncernen, E A/S, ejede en udlejningsejendom, mens et andet datterselskab, KK A/S, ejede et sommerhus. Ved værdiansættelsen til brug for

pengetank-opgørelsen var udlejningsejendommen medtaget til en værdi svarende til den offentlige ejendomsvurdering.

At medtage ejendomme til den offentlige ejendomsvurdering er i overensstemmelse med TSS-cirkulære 2000-05 om værdiansættelse ved overdragelse af fast ejendom mellem interesseforbundne parter. Såfremt der foreligger et mere retvisende udtryk for ejendommens værdi, f.eks. fordi den netop har været handlet mellem uafhængige parter, eller fordi der foreligger en uafhængig mæglervurdering, vil denne mere retvisende værdi dog skulle lægges til grund ved pengetankopgørelsen frem for den offentliggjorte ejendomsvurdering.^[10] Konkret forelå der dog ikke uafhængige mæglervurderinger, og ejendommene havde ikke for nylig været handlet, hvorfor de offentlige ejendomsvurderinger blev lagt til grund.

Ejendommen ejet af E A/S blev anvendt til udlejning til en uafhængig part uden for koncernen, og ejendommen skulle ved pengetankopgørelsen derfor medregnes til de finansielle aktiver. Særreglen i bestemmelsens stk. 6, sidste pkt., om at fast ejendom, der udlejes mellem koncernselskaberne, ikke skal anses for en udlejningsejendom, hvis lejer anvender ejendommen i driften, fandt således ikke anvendelse.

Sommerhuset ejet af KK A/S havde været stillet rådighed for koncernselskabernes medarbejdere, og i anmodningen var sommerhuset henregnet til de ikke-finansielle aktiver. Hverken SKAT, Hovedcentret eller Skatterådet har specifikt kommenteret kvalifikationen af sommerhuset som et ikke-finansielt aktiv. Imidlertid må det kunne lægges til grund, at SKAT, Hovedcentret/Skatterådet er enige med spørger i, at et sommerhus, som stilles til rådighed for koncernens ansatte, ikke skal anses for udlejning til tredjemand, hvorfor sommerhuset kan betragtes som et ikke-finansielt aktiv.

2.3.2 Fordringer

Det fremgår hverken af loven eller lovbemærkningerne, om koncerninterne fordringer skal elimineres, og i litteraturen er der ikke enighed herom. Michael Serup anfører således på side 332 i *Generationsskifte Omstrukturering*, 2. udgave, at der ikke ses at være hjemmel til at foretage eliminering af koncerninterne fordringer, mens Hulgaard og Hulgaard i TfS 2001, 945 er af den opfattelse, at spørgsmålet er uafklaret. Zimmermann og Boesen anfører i TfS 2001, 318, at det vil give et skævt billede af en koncerns bruttoaktiver, såfremt koncerninterne fordringer ikke elimineres, og de argumenterer for, at det i et cirkulære bør afklares, om koncerninterne fordringer skal eller i hvert fald kan elimineres.

I forbindelse med opgørelsen af de finansielle og ikke-finansielle aktiver i K-koncernen var koncerninterne fordringer valgt elimineret. I indstillingen til Skatterådet erklærede SKAT, Hovedcentret sig enig i, at koncerninterne fordringer kunne elimineres, idet SKAT, Hovedcentret specifikt anførte, at rådgivers opgørelse, for så vidt angik koncerninterne mellemværender, kunne tiltrædes.

Med denne indstilling og afgørelse er det vores opfattelse, at der nu er foretaget en præcisering i praksis, som bekræfter, at der i forbindelse med konsolideringen kan ske elimineringer, som kendt fra regnskabslovgivningen. Denne præcisering af praksis, mener vi ligeledes, er i overensstemmelse med det angivne transparensprincip i aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6, som finder anvendelse, når et selskab ejer mindst 25 pct. af aktierne i et datterselskab.

Ud over spørgsmålet om behandlingen af koncerninterne fordringer, blev der i afgørelsen også taget stilling til, hvorvidt de koncerneksterne fordringer i et af K-koncernens datterselskaber

skulle kvalificeres som finansielle eller ikke-finansielle aktiver. Konkret drejede det sig om LL A/S, der havde andre tilgodehavender på 82,9 mio. kr. og 77,0 mio. kr. Det blev oplyst, at tilgodehavenderne udsprang af en skattesag, der angik LL A/S' salg af mobiltelefoner til et norsk selskab, Y Invest A/S. LL A/S havde fået forhøjet selskabets udgående afgift, som følge af at Y Invest ikke var momsregistreret i et andet EU-land på tidspunktet for handlerne. På tidspunktet for anmodningen om bindende svar var det ved at blive undersøgt, om sagen kunne løses ved, at der udstedtes nye fakturaer inkl. moms til Y Invest A/S, således at Y Invest herefter kunne tilbagesøge momsen fra SKAT.

I indstillingen til Skatterådet lagde SKAT, Hovedcentret vægt på, at tilgodehavenderne vedrørte tilgodehavende moms opstået ved salg af mobiltelefoner, og at der derved var en klar sammenhæng med den egentlige drift af virksomheden. Idet fordringerne således var omfattet af selskabets driftsside, blev det godkendt, at tilgodehavenderne blev kvalificeret som ikke-finansielle aktiver.

At tilgodehavenderne skulle henføres til de ikke-finansielle aktiver er ikke overraskende og bekræfter blot, at der, for så vidt angår fordringer, skal foretages en konkret vurdering af, om fordringen vedrører selskabets driftsside eller passive pengeanbringelse.

2.3.3. Udskudt skat

Udskudte skatteaktiver i K-koncernen blev i anmodningen medregnet til de ikke-finansielle aktiver, idet skatteaktiverne ifølge det oplyste kunne henføres til driftsaktiviteterne. SKAT/skatterådet havde ingen indvendinger hertil, og selv om der i litteraturen har været tvivl om behandlingen af udskudte skatteaktiver, må det være korrekt at lade et udskudt skatteaktiv indgå i beregningen som et ikke-finansielt aktiv, når skatteaktivet relaterer sig til koncernens driftsaktiver.^[11] Det er vores opfattelse, at skatteaktivet bør medtages til den værdi, som det er indregnet til i årsrapporten.

En usikkerhed omkring medregningen af skatteaktiver kan endvidere opstå, hvis skatteaktivet alene er baseret på et skattemæssigt underskud til fremførsel i stedet for forskellen mellem regnskabsmæssige og skattemæssige værdier. I den situation må det vurderes, om det skattemæssige underskud hidrører fra den finansielle eller den ikke-finansielle del af indkomsten. Udgør selskabets finansielle indtægter under 75 pct. af de samlede indtægter, må et skatteaktiv, der hidrører fra skattemæssige underskud til fremførsel, efter vores opfattelse medregnes som et ikke-finansielt aktiv.

3. Afslutning – forberedelse til generationsskifte

Lempelsen af pengetanksreglen, som beskrevet indledningsvist i denne artikel, forventes at kunne lette en række generationsskifter efter 1. januar 2007. Der vil dog stadig være en række tilfælde, hvor overdragelsen af aktier med succession bør tilrettelægges.

Vi vil i det følgende kort skitsere enkelte af de overvejelser til strukturændringer, der bør foretages i relation til at forbedre mulighederne for at kunne succedere. Selskabets driftsmæssige forhold inden statusdagen bør naturligvis også vurderes. Disse forhold har vi dog valgt ikke at komme ind på i denne artikel.^[12]

3.1 Fast ejendom ejet personligt

Det ses i en række tilfælde, at en hovedaktionær ejer aktier i et holdingselskab, som videre ejer aktier i et driftsselskab. Hovedaktionæren ejer derudover en ejendom, som udlejes til driftsselskabet. I mange situationer har denne struktur været tilrettelagt af hensyn til at opnå skattemæssige afskrivninger hos hovedaktionæren personligt.

Denne ejerstruktur forhindrer succession vedrørende ejendommen, idet den ikke anvendes i hovedaktionærens erhvervsvirksomhed, jf. kildeskattelovens § 33 C, men i hovedaktionærens indirekte ejede driftsselskab.

I en sådan situation må det overvejes at omdanne udlejningsejendommen til selskab efter eksempelvis lov om skattefri virksomhedsomdannelse. Herefter kan de nyudstedte aktier ombyttes med nyudstedte aktier i holdingselskabet efter reglerne om skattefri aktieombytning jf. aktieavancebeskatningslovens § 36 eller 36 A.

Efter aktieombytningen vil ejendommen overgå til at være et ikke-finansielt aktiv i den konsoliderede opgørelse over aktiver ved overdragelse af aktierne i holdingselskabet med succession jf. aktieavancebeskatningslovens § 34, stk. 6, sidste punktum.

Uden at aktiviteterne reelt ændres i "koncernen", vil en sådan strukturtilpasning åbne op for fuld succession i forbindelse med overdragelse af virksomheden til næste generation.

3.2. Etablering af nyt holdingselskab

Som tidligere nævnt skal vurderingen af, om der er tale om en finansiell virksomhed, foretages over en treårig periode samt på overdragelsestidspunktet.

Er et selskab af finansiell karakter, kan der ikke ske overdragelse af aktier i selskabet med succession. Eksempelvis kunne der være tale om et holdingselskab, som efter salg af et driftsselskab har opsamlet en mindre "pengetank".

Anskaffer holdingselskabet mindst 25 pct. af aktierne i et nyt driftsselskab, skal der foretages en konsolideret vurdering af, om der er tale om finansiell virksomhed. Derved kan der opstå en situation, hvor aktiverne i holdingselskabet på selve overdragelsestidspunktet vil blive vurderet som overvejende ikke-finansielle. Imidlertid vil dette som udgangspunkt ikke løse situationen i relation til opfyldelse af successionsbetingelserne, da vurderingen som sagt skal ske over en treårig periode.

En løsning bør efter vores opfattelse findes ved, at der først foretages en skattefri aktieombytning af hovedaktionærens aktier i holdingselskabet med nyudstedte aktier i et nystiftet holdingselskab. Ombytningen kan eventuelt gennemføres efter reglerne i aktieavancebeskatningslovens § 36 A om skattefri aktieombytninger uden tilladelse. Det nystiftede holdingselskab kan herefter foretage investeringen i det driftsaktive selskab. Herved opnås en situation, hvor hovedaktionæren ejer et nystiftet holdingselskab, som videre ejer aktierne i det oprindelige holdingselskab samt en ejerandel i det nye driftsselskab.

På baggrund af Skatterådets afgørelse (TfS 2007, 365), som analyseret i denne artikel, vil der alene skulle ses på perioden, hvor det nystiftede holdingselskab har eksisteret. Ombyttes aktierne og foretages investeringen umiddelbart før en statusdag f.eks. 31.12.2007, og ønskes aktierne i holdingselskabet overdraget med succession f.eks. den 01.02.2008, skal vurderingen af, om der

foreligger finansiel virksomhed, alene ske på baggrund af årsrapporten for 2007 samt en opgørelse på overdragelsestidspunktet den 01.02.2008. Vi skal gøre opmærksom på, at der naturligvis også skal foretages en vurdering af selskabernes indtægter som nævnt indledningsvist. Muligheden for at gennemføre en række skattefri omstruktureringer uden tilladelse fra SKAT, herunder aktieombytninger og spaltninger, vil efter vores opfattelse kunne bruges aktivt i overvejelserne omkring, hvorvidt der skal foretages strukturtilpasninger, som kan sikre, at der kan ske overdragelse af aktier med succession.

Noter

- [1] For en generel gennemgang af betingelserne for aktieoverdragelse med succession se K. Bille, Skattemæssig succession ved generationsskifte i levende live og ved død, side 221-256.
- [2] Indtægter defineres i bestemmelsen som den regnskabsmæssige nettoomsætning tillagt summen af øvrige regnskabsførte indtægter.
- [3] Jf. Hulgaard og Hulgaard i TfS 2001, 945 samt Zimmermann og Boesen i TfS 2001, 318. Pengetankreglen blev indført ved lov nr. 1285 af 20/12 2000.
- [4] Artiklens forfattere var blandt spørgerens rådgivere i relation til generationsskiftet.
- [5] For en bredere gennemgang af problemstillinger i relation til pengetankreglen se f.eks. Gianelli, Karsten i SR-Skat 2007, side 111-116.
- [6] Se skatteministerens svar på spørgsmål 15 til L 194/2002. Skatterådets afgørelse i TfS 2006, 1018 omtales af Christiansen, Tommy V., Juridisk Ugebrev Skat 2006, 48.
- [7] Ved opgørelsen af, om aktier i et selskab, der har deltaget i en fusion som modtagende selskab, kan overdrages med succession, indgår regnskabsår for det modtagende selskab forud for fusionen i gennemsnitsberegningen for de seneste tre års indtægter og aktiver. Der er ikke hjemmel til at medregne regnskabsår, og dermed indtægter og aktiver, for det indskydende selskab. Se skatteministerens svar på spørgsmål 15 til L 194/2002.
- [8] For nærmere om foretagelse af beregningen i praksis se Gianelli, Karsten i SR-Skat 2007, side 111-116.
- [9] Af svar fra skatteministeren af 17.11.200 på Advokatrådets henvendelse til Folketingets skatteudvalg fremgår, at det som udgangspunkt hverken er de regnskabsmæssige eller skattemæssige værdier, der skal anvendes ved opgørelsen. Dog anerkender skatteministeren, at værdiansættelsen kan være forbundet med store vanskeligheder, hvorfor det anføres, at de vejledende beregningsregler for værdiansættelse af goodwill og aktier i mangel af bedre kan lægges til grund.
- [10] Modsat Zimmermann og Boesen i TfS 2001, 318, der anfører, at den offentlige ejendomsvurdering skal lægges til grund, selv hvor der foreligger en uafhængig mæglervurdering. Henset til den senere praksis vedrørende TSS-Cirkulære 2000-5, er vi af den opfattelse, at den offentlige ejendomsvurdering kan fraviges, når der foreligger en uafhængig vurdering.
- [11] Hulgaard og Hulgaard anfører i TfS 2001, 945, at aktiveret udskudt skat antagelig medregnes som et ikke-finansielt aktiv ud fra en konkret vurdering til en værdi under pari.
- [12] Hulgaard og Hulgaard nævner i TfS 2001, 945 blandt andet muligheden for at indfri gæld og opbygge tilgodehavender fra varesalg samt overvejelserne om at eje frem for leje.