

KAPITALEJERLÅN

Skatteretligt og selskabsretligt

Shareholder loan

Tax and company law

Kandidatafhandling, Cand.merc.aud

Copenhagen Business School, 2017

Maria Werner Larsen

Nicolai Toftegaard Brylle

Vejleder: Søren Friis Hansen

Anslag: 272.854

Antal normalsider: 120

Afleveret den 15. maj 2017

Executive summary

Shareholder loans are subject to regulation within both company law and tax law. With an overall vision of making it more appealing to establish and run a business in Denmark, Danish company law regarding shareholder loans are eased with effect from 1 January 2017. With this change in Danish company law, it is now possible to issue a loan from a company to its shareholders legally. On the contrary, in August 2012 The Danish Parliament adopted a tightening of Danish tax law regarding shareholder loans.

The main theme of the thesis is this contradiction between the development in company law and tax law regarding shareholder loans. Through the thesis, we will examine the differences between company and tax law. In order to do so, we will examine the regulation of shareholder loans as within company and tax law respectively, how the two sets of rules interact and how shareholder loans are treated in practice.

Our analysis shows us differences in the treatment of shareholder loans within company law and tax law, and to what extent the two sets of rules encourages shareholder loans. Moreover, our findings show us slight differences in the way company legislation and tax legislation use identical language. By examining case law of shareholder loans, we also find that since the adoption of taxing shareholder loans, the Danish tax authorities are interpreting the law beyond the wording of the law. There are however not yet any court judgements on this issue, so we will have to wait and see whether their view on this matter is the same as ours.

Another issue raised against the tax legislation, is the risk of shareholders being subject to double taxation. In our comparative analysis, we find that the solution to this issue suggested by the Danish tax authorities is not compatible with the current company law.

Danish tax legislation, taxing loans from a limited company issued to a shareholder with controlling interest, applies to loans issued from foreign limited companies to Danish shareholders as well. Consequently, the Danish tax legislation exposes itself to the risk of being tried against article 49 and 63 TFEU regarding freedom of establishment and free movement of capital respectively. In the thesis we try to answer whether the Danish tax legislation is an unjustified restriction against these articles in The Treaty of Lisbon.

We conclude that Danish tax legislation regarding shareholder loans, may well be a restriction on the right of establishment. Moreover, the Court of Justice has been reluctant to approve measures regarding direct taxes, generally finding them disproportionate compared to the purpose of the law

Indholdsfortegnelse

Executive summary	2
Kapitel 1 Indledning	7
1.1 Indledning til problemstillingen	7
1.2 Problemformulering	8
1.3 Afgrænsning	8
1.4 Metodevalg	9
1.5 Kildekritik	11
1.6 Opbygning	12
1.7 Definitioner og forkortelser	13
1.7.1 Definition af et lån	13
1.7.2 Definition af et kapitalselskab	13
1.7.3 Øvrige definitioner	13
1.7.4 Anvendte forkortelser	14
Kapitel 2 Selskabsretlig	15
2.1 Den historiske udvikling	15
2.2 Hvad er omfattet af selskabsloven § 210	18
2.2.1 Lovteksten	18
2.2.2 Stille midler til rådighed	18
2.2.3 Lån	19
2.2.4 Sikkerhedsstillelser	19
2.3 Hvem er omfattet af selskabsloven § 210	19
2.3.1 Personkredsen	19
2.3.2 Kapitalejere og ledelse	20
2.3.3 Moderselskab	20
2.3.4 Udenlandske selskaber	21
2.3.5 Nærtstående	21
2.4 Selskabsloven § 210 før lovændringen	22
2.5 Undtagelserne til selskabsloven § 210	23
2.5.1 Selskabsloven § 210, stk. 2, selvfinansiering	23
2.5.2 Selskabsloven § 211, moderselskabslån	23
2.5.3 Selskabsloven § 212, sædvanlige forretningsmæssige dispositioner	24
2.6 Selskabsloven § 210 efter lovændringen	27
2.6.1 Den nye lovgivning	27
2.6.2 Selskabets frie reserver og markedsvilkår	28
2.6.3 Generalforsamling eller bemyndigelse til det centrale ledelsesorgan	29
2.6.4 Årsrapport	29
2.6.5 Binding under egenkapitalen	30
2.7 Undtagelserne til SL § 210 efter lovændringen	30
2.7.1 Selskabsloven § 210, stk. 3, lovlig selvfinansiering	30
2.7.2 Selskabsloven § 211, moderselskabslån	30
2.7.3 Selskabsloven § 212, sædvanlige forretningsmæssige dispositioner	31

2.8 Fejl og bagatelgrænse	31
2.9 Opgørelse af lån	32
2.10 Omgåelse	33
2.11 Konsekvenser af et kapitalejerlån	34
2.11.1 Tilbagebetalingspligt	34
2.11.2 Ledelsesansvar	35
2.11.3 Sikkerhedsstillelse	35
2.11.4 Sanktioner	36
2.12 Lovliggørelse af eksisterende kapitalejerlån	36
2.13 Delkonklusion	37
Kapitel 3 Skatteretligt	39
3.1 Den historiske udvikling LL §2 og LL § 16 E	39
3.2 Ligningsloven § 16 E	41
3.3 Hvad er omfattet af LL § 16 E	42
3.3.1 Lån	42
3.3.2 Sikkerhedsstillelser	42
3.3.3 Stille midler til rådighed	43
3.4 Personkredsen omfattet af LL § 16 E	44
3.4.1 Definition af personkredsen	44
3.4.2 Bestemmende indflydelse	45
3.4.3 Medregning af indflydelse fra nærtstående mv.	45
3.4.4 Medregning fra andre selskabsdeltagere	46
3.5 Undtagelserne til ligningsloven § 16 E	46
3.5.1 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner	46
3.5.2 Selvfinansiering	50
3.5.3 Sædvanlige lån fra pengeinstitutter	50
3.5.4 Delvist indbetalt selskabskapital	50
3.5.5 Fejlekspeditioner	51
3.5.6 Omgørelse efter skatteforvaltningsloven § 29	52
3.6 Skattemæssige konsekvenser af et kapitalejerlån	52
3.6.1 Hævning uden tilbagebetalingspligt	52
3.6.2 Pligt til indeholdelse af A-skat eller udbytteskat	54
3.6.3 Dobbeltbeskatning	55
3.7 Renter	55
3.7.1 Renter af lån der ikke er omfattet af LL § 16 E	55
3.7.2 Renter af lån der er omfattet af LL § 16 E	56
3.8 Tilbagebetaling af lån	57
3.9 Betalingskorrektio n	57
3.10 Gældseftergivelse	58
3.11 Delkonklusion	59
Kapitel 4 Problemstillinger selskabsretligt og skatteretligt	61
4.1 Indledende forhold	61

4.1.1 Hvornår foreligger der et kapitalejerlån?	61
4.1.2 Formålene med SL § 210 og LL § 16 E	62
4.1.3 Forskelle og ligheder på SL § 210 og LL § 16 E.....	62
4.2 Lån til fysiske personer	64
4.2.1 Lån til hovedkapitalejer (80 %) og kapitalejer (20%).....	64
4.2.2 Lån fra udenlandsk selskab til ejer A	65
4.3 Lån til et kapitalselskab	66
4.3.1 Lån til moderselskab (100%)	66
4.3.2 Lån til udenlandsk moderselskab og bedstemoderselskab (100%)	67
4.3.3 Lån til B ApS (20 %).....	68
4.3.4 Lån til søsterselskab	69
4.4 Skatteretlig behandling af lån til skattetransparente enheder	69
4.4.1 SKATs fortolkning af LL § 16 E.....	69
4.4.2 Selvstændigt retssubjekt	71
4.4.3 Juridisk person.....	71
4.4.4 Fortolkning af LL § 16 E	72
4.5 Lån til skattetransparente enheder	73
4.5.1 Interessentselskaber (I/S).....	73
4.5.2 Kommanditselskaber (K/S)	74
4.5.3 Partnerselskaber (P/S).....	76
4.6 Forretningsmæssige dispositioner	77
4.6.1 Selskabsretligt	77
4.6.2 Skatteretlig	79
4.6.3 Sammenholdelse af SL § 212 og LL § 16 E	80
4.7 Sikkerhedsstillelser	81
4.8 Delkonklusion	83
Kapitel 5 Handlinger ved et kapitalejerlån	85
5.1 Lovliggørelse af kapitalejerlån.....	85
5.1.1 Lån optaget før 2012	85
5.1.2 Lån optaget mellem 2012 og 2017	86
5.1.3 Lån optaget efter 2017.....	86
5.2 Afhjælpning af et konstateret kapitalejerlån	86
5.2.1 Udlodning af en fordring som udbytte	87
5.2.2 Konvertering af fordring til løn	89
5.2.3 Indberetning til SKAT	90
5.3 Holder reparationsmulighederne selskabsretligt?	91
5.4 Ligningsloven § 2 kontra ligningsloven § 16 E	95
5.5 Delkonklusion	96
Kapitel 6 EU retten	98
6.1 Indledning.....	98
6.2 Lovgrundlag	99
6.3 Diskrimination	99

6.4 Restriktion	100
6.5 Skatteretligt formål - skatteunddragelse	104
6.5.1 Forskelsbehandling.....	104
6.5.2 Tvingende alment hensyn	104
6.5.3 Egnethed og proportionalitet.....	105
6.6 Selskabsretligt formål - kreditorbeskyttelse	106
6.6.1 Forskelsbehandling.....	106
6.6.2 Tvingende alment hensyn	106
6.6.3 Egnethed og proportionalitet.....	106
6.7 Delkonklusion	107
Kapitel 7 Revisors erklæringsmæssige overvejelser	109
7.1 Årsregnskabsloven.....	110
7.2 Revisors erklæringer	110
7.2.1 Krav om modifikation	111
7.2.2 Krav om fremhævelser	111
7.2.3 Lovliggjorte lån	112
7.2.4 Udvidet gennemgang, review og assistance	112
7.3 Delkonklusion	113
Kapitel 8 Konklusion.....	114
Kapitel 9 Perspektivering.....	117
Kapitel 10 Litteraturliste.....	118
10.1 Bøger	118
10.2 Artikler	118
10.3 Afgørelser og bindende svar.....	118
10.4 Øvrige kilder	119

Kapitel 1 Indledning

1.1 Indledning til problemstillingen

Folketinget vedtog L 23 den 1. december 2016, der gør det muligt at lovliggøre kapitalejerlån selskabsretligt under visse forudsætninger. Det har den betydning, at et kapitalselskab nu som udgangspunkt kan yde kapitalejerlån, for de samme midler som selskabet har mulighed for at udlodde i udbytte.

Ændringen af lovgivningen skal være med til at sikre gode rammevilkår for drift af selskaber i Danmark, via en enkel og effektiv lovgivning, hvorved virksomheder får øget fleksibilitet til at kunne yde kapitalejerlån. Denne lovændring menes ikke at ændre på hensynet til varetagelsen af selskabets kreditorer på betryggende vis. Hertil vil den danske lovgivning selskabsretligt, komme til at ligge på linje med reglerne i en række sammenlignelige lande.

Den betingede lovliggørelse i selskabsretten, har dog ikke ændret på den skattemæssige behandling af kapitalejerlån. I 2012 bliver LL § 16 E vedtaget, der medfører skattepligt af lån fra et kapitalselskab til en kapitalejer med bestemmende indflydelse og til dennes nærtstående. Formålet med denne lov er at fjerne det skattemæssige incitament til at optage kapitalejerlån i selskabet, som et skattefrit alternativ til løn eller udbytte. Derfor skal lånene efter denne lov beskattes når de optages. LL § 16 E rammer bredt og danske kapitalejere i udenlandske selskaber er også omfattet. Spørgsmålet er så om beskatningen efter LL § 16 E er så bred, at denne er i strid med EU-retten?

Et selskabsretligt lovligt kapitalejerlån, skal derfor beskattes ved optagelsen af lånet jf. LL § 16 E. Ved indførelsen af LL § 16 E blev der ikke taget hensyn til de selskabsretlige regler på området, hvorfor samspillet mellem de selskabsretlige og skatteretlige regler mangler. Det betyder, at beskatning af et kapitalejerlån efter LL § 16 E, ikke medfører at lån ikke skal indfries efter SL § 215. Samtidig medfører indfrielse af et lån ikke, at beskatningspligten hæves. Regeringen ønskede ikke at ændre de skatteretlige regler, sammen med ændringen af de selskabsretlige regler, hvorfor en kapitalejer som konsekvens af forskellene mellem regelsættene kan risikere en dobbeltbeskatning.

Reglerne på området er komplekse og de er ikke blevet mindre komplekse efter de nye regler. En hævnning i kapitalselskabet eller optagelse af et lovligt kapitalejerlån, kan medføre store økonomiske konsekvenser for kapitalejeren.

1.2 Problemformulering

Det ønskede formål med afhandlingen er at give et overblik over de selskabsretlige og skatteretlige regler for kapitalejerlån, samt at identificere hvilke udfordringer og problemstillinger regelsættene kan medføre og hvordan kapitalejere og revisorer skal forholde sig til disse. Vi vil i afhandlingen ligeledes foretage en analyse af harmonien mellem de skatteretlige regler for kapitalejerlån og reglerne indenfor EU-retten. Afhandlingens overordnede problemstilling er:

Hvad er formålet med de selskabsretlige og skatteretlige regler omkring kapitalejerlån, hænger disse regelsæt sammen og er de danske skatteretlige regler for kapitalejerlån i overensstemmelse med TFEU artikel 49 og 63?

1. Hvad er definitionen af et kapitalejerlån selskabsretligt og skatteretligt?
2. Hvordan behandles kapitalejerlån selskabsretligt og skatteretligt i Danmark?
3. Hvilke muligheder er der for at afhjælpe et konstateret ulovligt kapitalejerlån selskabsretligt og et skattepligtigt kapitalejerlån skatteretligt?
4. I hvilket omfang er de danske bestemmelser om beskatning af kapitalejerlån i overensstemmelse med EU-retten?
5. Hvordan skal revisor håndtere kapitalejerlån?

1.3 Afgrænsning

Selvfinansiering: Reglerne om selvfinansiering er indledningsvis beskrevet i kapitel 2 og 3, men der er ikke foretaget en videre analyse af dette regelsæt, da dette ville blive for omfangsrigt.

Penge- og realkreditinstitutter og medarbejderordning: De selskabsretlige undtagelser, for penge- og realkreditinstitutter, jf. SL § 213 og lån til medarbejdere, jf. SL § 214 har vi afgrænset os fra. Det vurderes ikke, at disse undtagelser vil bidrage til besvarelsen af problemstillingen.

Cash-pool ordninger: Disse er som udgangspunkt omfattet af de selskabsretlige regler om kapitalejerlån. Cash-pool ordninger accepteres, da de er omfattet af undtagelsen omkring sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Disse er ikke behandlet i afhandlingen, da det ikke vurderes at ville bidrage til besvarelsen af problemstillingen.

Konkurs: Konkurstilfælde vil blive nævnt i afhandlingen, men der vil ikke blive foretaget en redegørelse af reglerne på dette område.

Dødsbo: På det skatteretlige område har vi begrænset os fra behandlingen af dødsboer. Da det ikke vurderes at denne del vil bidrage til besvarelse af vores problemstilling.

Kursgevinstloven: I forbindelse med vedtagelsen af LL 16 E, blev der foretaget en ændring af kursgevinstloven, som følge af ændringen om beskatning af kapitalejerlån. Dette er ikke medtaget i afhandlingen, men vil blot blive nævnt i kapitel 3 under den historiske udvikling.

Kildeskatteloven: Omkring beskatning af kapitalejerlån, kigger vi udelukkende på fysiske kapitalejere og ledelsesmedlemmer, der er fuldt skattepligtige til Danmark. Vi har afgrænset os fra de tilfælde hvor kapitalejer kun er begrænset skattepligtig til Danmark.

Erstatnings- og strafferetligt: Vi vil i afhandlingens analyse ikke komme ind på de erstatningsretlige og strafferetlige konsekvenser ved tilstedeværelsen af et ulovligt kapitalejerlån.

Erklæringsbekendtgørelse: Erklæringsbekendtgørelse nr. 737 af 17. juni 2016 omhandler godkendte revisorers erklæringer. Denne vil ikke blive gennemgået i dybden i afhandlingen, men blot de dele, som vurderes at have relevans. Vi har ligeledes afgrænset os fra en dybere analyse af formuleringen af revisors erklæringer, men vil blot foretage en indledende gennemgang af disse erklæringer. Dertil har vi afgrænset os fra de konsekvenser det vil få for revisor, hvis en forkert erklæring anvendes ved et ulovligt kapitalejerlån.

1.4 Metodevalg

Til at besvare problemformuleringen i denne afhandling, vil den juridiske metode blive anvendt, herunder den retsdogmatiske metode. Ved en retsdogmatisk fortolkning forstås den måde, hvorpå retskilderne skal analyseres og anvendes, ved løsning af juridiske problemstillinger.¹ Metoden sigter efter at fastlægge gældende ret gennem fortolkning af anerkendte retskilder.

¹ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 34

I Danmark er retskilderne opdelt i fire; Regulering/lovgivning, Retspraksis/Præjudikater, retssædvane og forholdets natur.² Lovgivningen er den mest objektive, hvor forholdets natur er den mindst objektive. De forskellige retskilder indgår ikke i et hierarki, men der er et hierarki inde for retskildetypen. Nedenfor er hierarkiet illustreret³:



Figur 1 Retstilnehierarkiet

I Danmark er Grundloven den øverste lov. Grundloven vil altid vinde, hvis den der er i strid med andre love, hvorfor denne ligger først i retstilnehierarkiet. Herefter følger det, at almindelige love har højere rang end vejledninger, vejledninger har højere rang end domme osv. I tilfælde af en konflikt, anvendes følgende principper:

- Lex Superior-princippet - En højere regel har forrang for en lavere regel.⁴
- Lex specialis princippet - En speciel regel går forud for en generel regel.⁵
- Lex posterior princippet - En yngre regel går forud for en ældre regel.⁶

Kapitalejerlån er ikke reguleret i EU-retten, hvorfor reglerne på området er nationalt bestemt. Alligevel vil EU-retten blive anvendt i denne afhandling, da EU-retten har forrang for nationalret.⁷ Selv om Kapitalejerlån ikke er reguleret i EU-retten, må nationalret ikke stride mod EU-direktiver, EU-traktater mv.

Afhandlingen bygger på en subjektiv fortolkning af lovenes forarbejder samt bemærkninger hertil, der vil blive anvendt til at fastlægge gældende ret. Endvidere vil en objektiv fortolkning af lovteksterne blive anvendt. Til yderligere forståelse af lovgivningen inden for kapitalejerlån vil domme, styresignaler, faglige artikler og anden litteratur blive anvendt.

Analysen af den selskabsretlige behandling af kapitalejerlån er foretaget ud fra en subjektiv fortolkning af lovforarbejderne, bemærkningerne til loven og kommenterede udgaver af loven. Der er ligeledes foretaget fortolkning af domme, afgivet på området. For at understøtte vores analyse er der endvidere anvendt afgørelser fra Erhvervsankenævnet, udtalelser fra Erhvervsstyrelsen og faglige artikler.

² Tvarnø & Nielsen (2014), s. 81

³ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 82

⁴ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 248

⁵ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 251

⁶ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 252

⁷ Tvarnø & Nielsen (2014), s. 246

Analysen af den skatteretlige behandling af kapitalejerlån, er ligeledes foretaget ud fra en subjektiv fortolkning af lovforarbejderne til LL § 16 E. Der foreligger begrænset retspraksis og domme på dette område, og derfor har lovforarbejderne og bemærkningerne været af stor betydning. Skatteministerens høringssvar i forbindelse med lovprocessen er ligeledes af stor betydning, til forståelse af formålet med loven og hvilken virkning det ønskes at bestemmelsen skal have. Skatteministerens svar er dog givet til konkrete problemstillinger. Derfor er det ikke altid muligt at anvende svarene på generelle problemstillinger. Der er derfor anvendt en kritisk tilgang til høringssvar, når disse er anvendt i en generel fortolkning. Da retspraksis er relativt begrænset, vil der i afhandlingen, også blive anvendt bindende svar fra SKAT til fortolkning.

I analysen af sammenspillet mellem LL § 16 E og TFEU artikel 49 og 63 er der anvendt faglitteratur med kommentarer og fortolkning af lovgivningen, lovtekster, samt domme afgivet af EU-Domstolen, hvor der er foretaget en subjektiv fortolkning til forståelse af gældende ret.

1.5 Kildekritik

Der er i afhandlingen anvendt sekundære data som primære kilder. Til behandling af kapitalejerlån er der anvendt nugældende lovgivning samt tidligere lovgivning, forarbejder, lovforslag og bemærkninger til lovene. Der er derudover anvendt fagbøger, der indeholder kommentarer til de enkelte love samt fortolkning af lovene. For at opnå så pålidelige og valide kilder som muligt, er der anvendt bøger af forskellige forfattere, således at der opnås en mere diversificeret fortolkning på områderne. Litteraturen er skrevet af professorer inden for selskabsretten, hvorfor vi vurderer kilderne som pålidelige.

Inden for skatteretten er der kun en begrænset mængde af afgørelser. Derfor er skatteministerens høringssvar anvendt og bindende svar fra SKAT. Disse kilder har vi forholdt os kritiske til, da både høringssvar og bindende svar fra SKAT, er besvarelser af konkrete problemstillinger, og kan være påvirket af myndighedernes rolle i relation til kapitalejerlån. Kilderne vurderes anvendelige til at redegøre for behandlingen af kapitalejerlån og til at klargøre SKATs holdning og fortolkning. I afhandlingens analyseafsnit har vi forholdt os kritiske til kilderne. Der er endvidere anvendt den juridiske vejledning, der er SKATs fortolkning af gældende ret. Ved afsigelse af domme kan dette medføre en anden fortolkning end SKATs, hvorfor vi forholder os kritiske over for den juridiske vejledning.

I den selskabsretlige behandling er tilmed anvendt artikler for fagbladet Revision og Regnskabsvæsen. Disse artikler er skrevet af personer med en høj faglig kompetence inden for de givne områder, og det er oftest

professorer, statsautoriserede revisorer og advokater. Vi er dog opmærksomme på at disse artikler kan indeholde forfatterens egne holdninger til de belyste problemstillinger. Der er derfor anvendt artikler af forskellige forfattere for at undgå, at det kun er en enkeltes forfatteres holdning, der vil komme til udtryk. På baggrund heraf vurderer vi artiklerne for pålidelige, når vi dog har dette for øje. Der er ligeledes anvendt lovforslag, samt høringssvar til L 23 da loven er så ny, at der på nuværende tidspunkt foreligger meget begrænset litteratur på området.

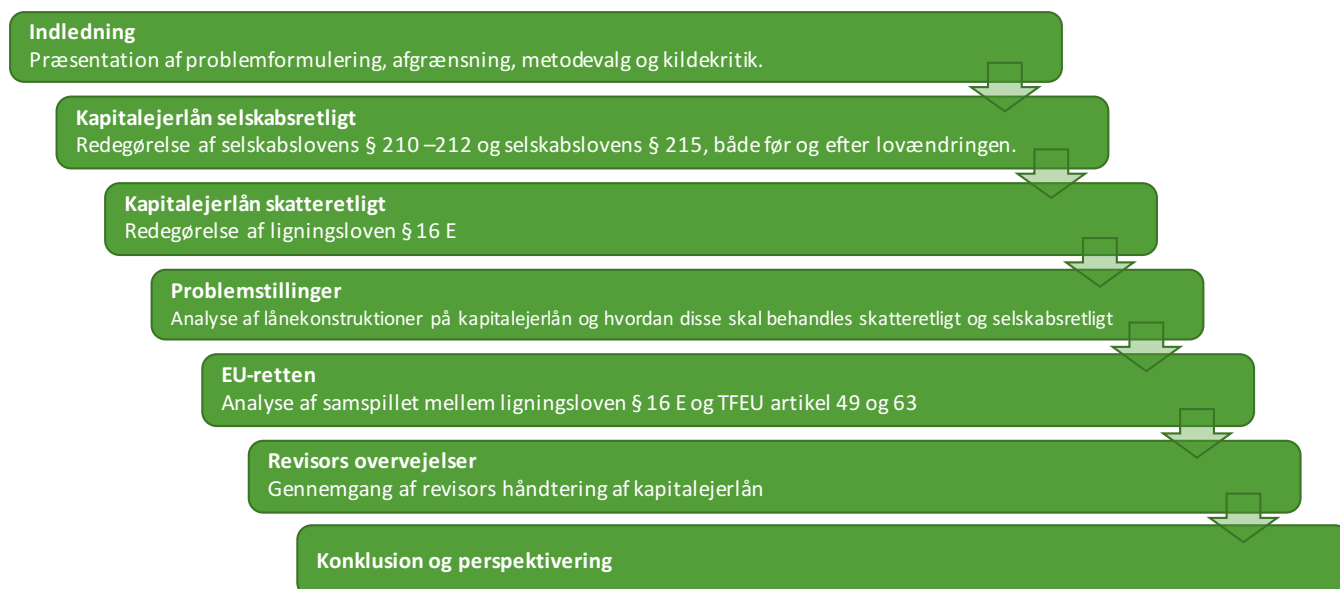
Til afhandlingens behandling af det revisions og regnskabsmæssige lovgrundlag, er der anvendt gældende lovgivning, lovændringer og bemærkninger, hvilket vurderes som valide kilder.

Til behandling af den EU-retlige del er lovgivningen anvendt, domme afgivet af EU-Domstolene, samt faglitteratur, der er skrevet af professorer inden for EU-retten, hvorfor kilderne er vurderet pålidelige.

Der er indsamlet materiale til afhandlingen indtil den 1.maj 2017. Afgørelser, lovændringer, bindende svar mv. afgivet efter denne dato, vil ikke blive behandlet i afhandlingen.

1.6 Opbygning

Afhandlingen er opbygget på følgende måde:



1.7 Definitioner og forkortelser

1.7.1 Definition af et lån

Et lån er en aftale mellem to parter. Den ene part er långiver og den anden part er låntager. Låntageren forpligter sig til at betale det lånte tilbage efter nærmere aftale mellem parterne. Er der tale om pengelån ophører fordringen som långiver har på låntager, når denne opfyldes.⁸ Er der for eksempel indgået en aftale mellem A og B om, at A skal betale 10 kr. plus 10% i renter til B, ophører fordringen først når A har tilbagebetalt 10 kr. plus 10 % i renter til B.

1.7.2 Definition af et kapitalselskab

Definitionen af et kapitalselskab findes i selskabsloven § 5, stk. 18, hvor et kapitalselskab er defineret som et anpartsselskab, herunder et iværksætterselskab, et aktieselskab eller et partnerselskab. Et anpartsselskab er defineret i SL § 5, stk. 2 og et aktieselskab er defineret i SL § 5, stk. 1.

1.7.3 Øvrige definitioner

Kapitalejerlån: Dækker både over aktionær- og anpartshaverlån. Begrebet er en samlet betegnelse for lån eller sikkerhedsstillelser for kapitalejere, medlemmer af ledelsen eller nærtstående, samt andre transaktioner, hvor der på anden måde direkte eller indirekte er stillet midler til rådighed. Begrebet kapitalejerlån vil også blive anvendt i den skatteretlige terminologi, her vil det dække over lån til en aktionær der har bestemmende indflydelse efter LL § 2.

Kapitalejer: Er defineret som en fysisk eller juridisk person der ejer andele i et kapitalselskab.

Hovedkapitalejer: Er defineret som en kapitalejer med bestemmende indflydelse.

Reparationsmuligheder: Anvendes som udtryk for en disposition, der kan foretages, for at undgå dobbeltbeskatning, men hvor de skatteretlige konsekvenser stadig består.

⁸ Ussing (1946), s. 22

1.7.4 Anvendte forkortelser

I afhandlingen vil følgende forkortelser blive anvendt:

ApSL – Anpartsselskabsloven

ASL – Aktieselskabsloven

EBEK – Erklæringsbekendtgørelsen

KGL – Kursgevinstloven

KSL – Kildeskatteloven

LL – Ligningsloven

PSL – Personskatteloven

SL – Selskabsloven

SSL – Selskabsskatteloven

VSL – Virksomhedsskatteloven

ÅRL – Årsregnskabsloven

Kapitel 2 Selskabsretlig

Dette afsnit har til formål at redegøre for den selskabsretlige behandling af kapitalejerlån, samt de konsekvenser, der opstår i forbindelse med et kapitalejerlån. Kapitlet vil først indeholde en historisk gennemgang af den selskabsretlige lovgivning på området, og derefter vil der komme en redegørelse af de relevante paragraffer i selskabsloven før ændringen og herefter hvordan lovgivningen ser ud i dag. Til sidst rundes kapitlet af med en delkonklusion.

2.1 Den historiske udvikling

I selskabslovene fra 1917 og 1930 var der ikke et forbud mod, at et selskab kunne låne penge ud til selskabets aktionærer. Der havde dog udviklet sig en retspraksis om, at disse lån var ulovlige medmindre reglerne for kapitalnedsættelse var anvendt.⁹ Denne retspraksis blev ændret med højesteretsdommen UfR.1952.30H, der afviste at straffe en aktionær, som havde modtaget et lån fra sit selskab, for overtrædelse af reglerne om kapitalnedsættelse.¹⁰ Dermed slog Højesteret fast, at et aktionærlån ikke kunne sidestilles med en kapitalnedsættelse, hvorefter reglerne om kapitalnedsættelse ikke skulle anvendes.

Dette medførte, at selskabsloven i 1952 blev ændret. Ved denne ændring blev der indført et forbud mod kapitalejerlån. Forbuddet sondrede mellem børsnoterede og ikke-børsnoterede selskaber. I de børsnoterede selskaber var kapitalejerlån tilladt og i de ikke-børsnoterede var kapitalejerlån ikke tilladt.¹¹ Begrundelsen for sondringen mellem børsnoterede selskaber og ikke-børsnoterede selskaber var, at risikoen for misbrug i særlig grad gjorde sig gældende i "lukkede" selskaber. Risikoen for, at en aktionær kunne modtage et favorabelt lån i et børsnoteret selskab var lille, da der ofte var tale om småaktionærer.¹²

I 1964 blev der udarbejdet en betænkning, hvor det blev foreslået at gøre reglerne ens for alle aktieselskaber. Betænkningen lagde op til, at kapitalejerlån under visse forudsætninger skulle være lovlige, forudsætninger var:¹³

1. At der kun kunne ydes lån, hvis lånet kunne indeholdes i selskabets frie reserver,
2. At lånet skulle godkendes af samtlige medlemmer af bestyrelsen, og
3. At der blev stillet betryggende sikkerhed for lånet.

⁹ Langsted (1999), s. 49

¹⁰ Hansen & Krenchel (2014), s. 395

¹¹ Jf. lov nr. 232 af 7. juni 1952

¹² Langsted (1999), s. 50

¹³ Betænkning nr. 362 (1964), s. 128-129

I 1969 blev der udarbejdet endnu en betænkning, hvor udvalget ville fastholde forslaget til kapitalejerlån fra betænkningen i 1964, men med den ændring, at lånet ikke skulle godkendes af samtlige medlemmer af bestyrelsen, da enigheden ingen garanti gav. I stedet skulle der i bestyrelsens protokol gøres bemærkning om ethvert kapitalejerlån og sikkerhedsstillelse der var i selskabet.¹⁴

Ved vedtagelse af aktieselskabsloven i 1973 blev reglerne om kapitalejerlån ændret med udgangspunkt i forslaget i betænkningerne fra 1964/1969.¹⁵ Kapitalejerlån blev derfor igen tilladte i alle aktieselskaber efter 1973-loven, såfremt der blev stillet betryggende sikkerhed for lånet, og at lånet kunne rummes inden for de frie reserver i det långivende selskab, jf. ASL § 115, stk. 1. Det var dog et krav, jf. ASL § 115, stk. 2, at lånet skulle føres i bestyrelsens protokol. Lån og sikkerhedsstillelser til et moderselskab var ikke omfattet, jf. ASL § 115, stk. 3, og selvfinansiering var heller ikke lovligt, jf. ASL § 115, stk. 4.

I 1982 skete der igen en ændring af selskabsloven.¹⁶ Ændringen skete på baggrund af den kritik, de lovlige kapitalejerlån havde medført, idet det mentes, at kravet om betryggende sikkerhed for kapitalejerlån ikke var blevet overholdt i praksis.¹⁷ Ud fra de domme, der var afsagt, var der en antydning af, at det ikke var reglerne der var problemet, men derimod at reglerne ikke blev overholdt.¹⁸ Modviljen mod kapitalejerlån medførte, at reglerne i 1982 blev ændret til et generelt forbud mod, at kapitalselskaber kunne yde lån eller sikkerhedsstillelser, til fordel for selskabets ledelse eller selskabsdeltagere. Forbuddet mod kapitalejerlån blev indført i ASL § 115, stk. 1.

Det kan i den forbindelse diskuteres, hvor meget en stramning af reglerne ville afhjælpe de ulovlige kapitalejerlån, da det var den manglende overholdelse af de tidligere regler og ikke reglernes indhold, der var problemet. Hvis kapitalejerne i forvejen ikke havde tænkt sig at overholde reglerne, ville dette sandsynligvis ikke ændre sig af, at reglerne blev strammet.

I 2006 blev der nedsat et moderniseringsudvalg, der fik til opgave at se på selskabsloven, med henblik på en modernisering af denne. Udvalget afgav deres betænkning i 2008. Det primære formål med forbuddet mod kapitalejerlån lå i kreditorbeskyttelsen, ved at beskytte kreditorerne mod tab. Det sekundære formål var, at kapitalejerne ikke skulle kunne få midler ud af selskabet uden at betale skat af dem.¹⁹

¹⁴ Betænkning nr. 540 (1969), s. 158

¹⁵ Langsted (1999), s. 50

¹⁶ Lov nr. 282 af 9. juni 1982

¹⁷ Andersen (2017), s. 283

¹⁸ U 1978.414 ØL og U 1979.777 VL

¹⁹ Betænkning 1498 (2008), s. 489

Et flertal i Moderniseringsudvalget anbefalede, at reglerne om kapitalejerlån blev ændret, således at et selskab lovligt kunne yde lån til selskabets kapitalejere og ledelse, under forudsætning af at visse betingelser var opfyldt. Betingelserne for et lovligt kapitalejerlån var, at:²⁰

- Lånet ydes på ledelsens ansvar
- Lånet ydes på markedsbetingelser, hvad der angår renter, sikkerhedsstillelser og kreditvurdering
- Lånet skal godkendes på generalforsamlingen med vedtægtsmajoritet
- Lånet kan indeholdes i selskabets frie reserver
- Et beløb svarende til lånets størrelse skal opføres som en reserve, der ikke kan udloddes

Flertallet i udvalget mente, at det primære formål om kreditorbeskyttelse fortsat var opfyldt med ovenstående betingelser, da det kun ville være muligt at yde lån inden for selskabets frie reserver, som selskabet alligevel havde mulighed for at udbetale til kapitalejerne via udbytte. Udvalget anbefalede ligeledes, at det ydede kapitalejerlån, rente og afviklingsvilkår skulle fremgå af selskabets årsrapport, så der var åbenhed om hvorvidt et selskab havde ydet et kapitalejerlån.²¹

Et mindretal i udvalget mente dog ikke, at der burde ændres på forbuddet mod kapitalejerlån, deres begrundelse var, at disse lån ikke ville være erhvervsmæssigt begrundede. De mente ligeledes, at det ville være vanskeligt at foretage kontrol af, og afgøre hvorvidt lånet var ydet på markedsvilkår og i selskabets interesse. Derudover var det mindretallets opfattelse, at lovliggørelse af kapitalejerlån ville stride mod reglernes sekundære formål, nemlig at hindre et tab for skattemyndighederne.²²

Skattemyndighederne havde umiddelbart ingen indvendinger mod, at forbuddet blev ændret, men mente, at hvis reglerne selskabsretligt blev ændret, var der et behov for en stramning af skattelovgivningen, så de lån der ikke opfyldte betingelserne, kunne blive beskattet som løn eller udbytte.²³

På baggrund af Moderniseringsudvalgets behandling af selskabsloven, blev der fremsat et lovforslag, hvor modellen om lovlige kapitalejerlån blev anbefalet. Under behandlingen af lovforslaget i Folketinget, blev lovforslaget ændret, og de hidtidige regler om kapitalejerlån blev videreført. Begrundelsen for ikke at ændre reglerne, og videreføre de hidtidige regler for kapitalejerlån var, at offentliggørelsen af betænkningen kom på et tidspunkt, hvor den finansielle krise var på sit højeste og politikernes lyst til at

²⁰ Betænkning 1498 (2008), s. 490

²¹ Betænkning 1498 (2008), s. 491

²² Betænkning 1498 (2008), s. 491

²³ Betænkning 1498 (2008), s. 491

liberalisere reglerne var stort set ikke-eksisterende. Ligeledes skulle den nye selskabslov nedbringe de administrative byrder samt varetage hensynet til selskabets kreditorer.²⁴ Derfor blev Moderniseringsudvalgets anbefalinger på dette område ikke fulgt.

I 2016 kom der et nyt forslag til ændring af selskabsloven herunder behandling af kapitalejerlån. Ændringen blev vedtaget og trådte i kraft den 1. januar 2017.²⁵ Denne ændring betyder, at kapitalejerlån igen kan ydes lovligt, under visse forudsætninger.²⁶ Forudsætningerne ligner meget dem Moderniseringsudvalget fremlagde tilbage i 2008. Ændringen af selskabsloven gælder kun selskabsretligt, og ændrer ikke på de skatteretlige regler på området.

Indenfor EU-retten nærmere bestemt i det andet selskabsretlige direktiv²⁷, står der intet generelt forbud mod, at kapitalselskaber yder lån til kapitalselskabets kapitalejere eller til medlemmer af selskabets ledelse. Forbuddet mod kapitalejerlån er derfor af national afstamning.

Det tidligere forbud, og nu lovliggørelsen af kapitalejerlån, stod/står i SL § 210. Inden vi foretager en gennemgang af lovgivningen før og efter lovændringen, vil vi først gennemgå hvem og hvad der er omfattet af SL § 210. I det følgende vil tekst i *kursiv* være taget direkte fra lovteksten i SL § 210.

2.2 Hvad er omfattet af selskabsloven § 210

2.2.1 Lovteksten

I SL § 210 står der anført: at "*stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed*" for kapitalejere eller ledelsen i selskabet.

2.2.2 Stille midler til rådighed

At selskabet stiller midler til rådighed er lidt af et "opsamlingsbegreb", da det ikke ligger klart, hvad der hører under dette begreb. Ifølge Martin Chr. Kuhre og Ole B. Sørensen i bogen "Kapitalejerlån og selvfinansiering" dækker begrebet over dispositioner, der ikke direkte kan henføres til lån eller sikkerhedsstillelser, men hvor det ligger klart, at dispositionen hører under SL § 210, og hvor det har været lovgivers ønske at opsamle disse dispositioner under begrebet at stille midler til rådighed.²⁸

²⁴ Bunch & Rosenberg (2014), s. 792

²⁵ Lov nr. 1547 af 13. december 2016

²⁶ SL § 210, stk. 2

²⁷ Direktiv 2012/30/EU af 25. oktober 2012

²⁸ Kruhl & Sørensen (2014), s. 45

2.2.3 Lån

SL § 210 gælder enhver form for långivning fra kapitalselskaber, til en person omfattet af personkredsen.²⁹

Loven gælder kun for lån af penge eller pengeeffekter, herunder checks, veksler, obligationer, aktier og lignende.³⁰ Omfattet af SL § 210 er ligeledes, hvor selskabet overtager et tilgodehavende hos for eksempel et ledelsesmedlem.³¹ For at der er tale om et lån skal der foreligge en tilbagebetalingspligt. Er der ikke en tilbagebetalingspligt, vil der ikke være tale om et lån, men derimod en ulovlig udbytteudlodning.³²

SL § 210 dækker over lån til eje, men ikke lån til brug. Dog er udlån af pengeeffekter altid et udtryk for et kapitalejerlån, uanset om der er tale om lån til eje, eller lån til brug.³³ Lån til brug, er hvor selskabet for eksempel stiller en bil til rådighed for kapitalejeren eller medlemmer af ledelsen. Dette vil ikke være et kapitalejerlån, men dispositionen vil sædvanligvis få skattemæssige konsekvenser for vedkommende i form af beskatning af fri bil.³⁴ Lån til eje, er hvor kapitalselskabet for eksempel stiller en bil til rådighed for en person omfattet af personkredsen, som ikke skal afleveres tilbage, eller hvor personen kan bruge bilen til at stille sikkerhed over for tredjemand.³⁵

2.2.4 Sikkerhedsstillelser

Sikkerhedsstillelser er hvor selskabet stiller sikkerhed til fordel for en person, der er omfattet af SL § 210. Ved sikkerhed regnes alle former for kaution stillet af selskabet, samt pant i form af underpant eller håndpant i selskabet aktiver, til fordel for personer omfattet af SL § 210.

2.3 Hvem er omfattet af selskabsloven § 210

2.3.1 Personkredsen

Før lovændringen var lån til nedenstående personkreds omfattet af forbuddet mod kapitalejerlån. I dag er denne personkreds dem, hvor kriterierne for udlån skal være opfyldt, for at et kapitalejerlån kan ydes lovligt. Er kriterierne ikke opfyldt for lån til personkredsen, vil der fortsat være tale om et ulovligt kapitalejerlån.

²⁹ Se afsnit 2.3

³⁰ Kruhl & Sørensen (2014), s. 804. Hansen & Krenchel (2014), s. 401

³¹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 804

³² Hansen & Krenchel (2014), s. 402

³³ Bunch & Rosenberg (2014), s. 804

³⁴ Beskatning af fri bil, LL § 16 stk. 4

³⁵ Bunch & Rosenberg (2014), s. 804

2.3.2 Kapitalejere og ledelse

Omfattet af SL § 210 er kapitalejere og ledelsen i selskabet. Ved en kapitalejer skal der forstås alle dem, der ejer aktier eller anparten i kapitalselskabet jf. SL § 5, stk. 16. Det er ikke en betingelse, at kapitalejerne har bestemmende indflydelse i selskabet. Ejers blot én aktie eller anpart, er kapitalejeren omfattet. SL § 210 omfatter både fysiske og juridiske personer.³⁶ En kapitalejer kan derfor godt kan være et kapitalselskab, et personselskab, en forening eller en fond.

Ved ledelsen skal forstås direktører, bestyrelsesmedlemmer og medlemmer af tilsynsrådet, jf. SL § 5, stk. 2. Det er registreringen i Erhvervsstyrelsens IT system, der er afgørende for om en fra ledelsen, er omfattet af SL § 210.³⁷ Bærer en person titlen som direktør i selskabet, og er denne person ikke registreret i Erhvervsstyrelsens IT system, vil vedkommende ikke være omfattet. SL § 210 dækker ligeledes suppleanter for ledelsesmedlemmer, da disse er underlagt de samme regler som egentlige ledelsesmedlemmer, jf. SL § 111, stk. 4.³⁸

2.3.3 Moderselskab

Ledelsesmedlemmer og kapitalejere i kapitalselskabets moderselskab også omfattet af SL § 210. Et moderselskab er, jf. SL § 5, stk. 21, et kapitalselskab som har bestemmende indflydelse over en eller flere dattervirksomheder, jf. §§ 6 og 7.

Et kapitalselskab kan kun have ét moderselskab. Ejer to selskaber et selskab ligeligt vil moderselskabet være det selskab, der rent faktisk udøver den bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beføjelser, jf. SL § 6, stk. Ejer og bestemmer to selskaber lige meget, vil ingen af selskaberne være moderselskab.

Bestemmende indflydelse er defineret i SL § 7, stk. 2 ved, at der foreligger bestemmende indflydelse, når et moderselskab direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af stemmerettighederne, medmindre der er truffet aftale om, at sådan et ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse. Et selskab, der ikke ejer mere end 50 % af stemmerettighederne kan have bestemmende indflydelse; hvis selskabet i gennem aftale med øvrige kapitalejere råder over mere end 50 % af stemmerne, har beføjelser til at styre selskabets økonomiske og driftsmæssige forhold samt muligheden for at udpege og afsætte flertallet i selskabets øverste ledelsesorgan, jf. SL § 7, stk. 3

³⁶ Bunch & Rosenberg (2014), s. 797

³⁷ Bunch & Rosenberg (2014), s. 797

³⁸ Bunch & Rosenberg (2014), s. 797

2.3.4 Udenlandske selskaber

Det er ikke kun kapitalejere og ledelsesmedlemmer i danske moderselskaber, der er omfattet af SL § 210. Kapitalejere og ledelsesmedlemmer i udenlandske moderselskaber er ligeledes omfattet.³⁹ I SL § 211, stk. 2 står det beskrevet hvilke udenlandske moderselskaber, der ikke er omfattet af SL § 210. Det er Erhvervsstyrelsen, der fastsætter de nærmere regler om hvilke udenlandske moderselskaber, der er omfattet af SL § 210. Erhvervsstyrelsen fastslår, at et udenlandsk selskab er at betragte som et moderselskab efter SL § 211, stk. 2, hvis det udenlandske selskab har bestemmende indflydelse og er et aktieselskab, partnerselskab, anpartsselskab eller et selskab med tilsvarende retsform, og som har hjemsted i et andet EU-land eller EØS land eller i Schweiz, Australien, Canada, Hongkong, Japan, Sydkorea, New Zealand, Singapore, Taiwan eller USA.⁴⁰

Andre udenlandske selskaber med bestemmende indflydelse, men som ikke er at finde på Erhvervsstyrelsens liste er omfattet af SL § 210, da der her ikke vil være tale om et moderselskabslån.⁴¹

2.3.5 Nærtstående

Omfattet er personer, der er tæt knyttet til kapitalejere eller ledelse i selskabet, jf. SL § 210, stk. 1, 3. pkt. SL § 210 gælder også for personer; *der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.* Ordlyden i lovteksten lægger op til at der er en subjektiv og en objektiv del. Den objektive del omfatter slægtskab som er ægtefælle, bedsteforældre, børn, adoptivbørn, børnebørn og stedbørn og den subjektive del omfatter begrebet særlig nær. I forarbejderne til bestemmelsen fra 1982 står der anført, at udtrykket særlig nær er med for at sikre, at samlevende også var omfattet af SL § 210.⁴² Afgrænsningen i lovteksten afviger på flere måder fra begrebet nærtstående, der er at finde i konkursloven. Som udgangspunkt er søskende ikke direkte omfattet af selskabslovens nærtstående begreb, hvilket de er i konkursloven.⁴³ Dog kan søskende og disses ægtefæller i visse tilfælde være omfattet af SL § 210. Dette må dog bero på en konkret vurdering af om forholdet falder ind under begrebet særlig nær.⁴⁴ Selskabslovens nærtstående begreb omfatter som udgangspunkt kun fysiske personer, hvor det i konkursloven omfatter både fysiske og juridiske personer.⁴⁵ Efter Erhvervsstyrelsens administrative praksis, anses lån fra et kapitalselskab til et personselskab, hvor en kapitalejer eller et ledelsesmedlem i det långivende selskab

³⁹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 806

⁴⁰ Bunch & Rosenberg (2014), s. 803

⁴¹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 803

⁴² Græsvænge, Larsen & Thomsen (1983), s. 368

⁴³ Hansen & Krenchel (2014), s. 400

⁴⁴ Bunch & Rosenberg (2014), s. 807

⁴⁵ Hansen & Krenchel (2014), s. 400

hæfter personligt i personselskabet, for at være omfattet af SL § 210. Dette skyldes, at selv om personselskabet ikke umiddelbart er omfattet af nærtstående begrebet efter SL § 210, medfører den personlige hæftelse, at dette lån falder ind under begrebet særlig nær.⁴⁶ Heraf kan det udledes, at virksomheder hvor ejerne hæfter personligt er omfattet af nærtstående beregnet i SL § 210. Er der derimod tale om et lån fra et kapitalselskab til et andet kapitalselskab, der er kontrolleret af en person, der er omfattet af SL § 210 vil der som udgangspunkt ikke være tale om et ulovligt kapitalejerlån.⁴⁷

2.4 Selskabsloven § 210 før lovændringen

Det tidligere forbud mod kapitalejerlån stod i SL § 210, stk. 1 og havde følgende ordlyd inden ændringen: *”Et kapitalselskab må ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, jf. dog §§ 211-214. Tilsvarende gælder i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksomheder end moderselskaber, der har bestemmende indflydelse over selskabet. 1. pkt. gælder også personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.”*

Forbuddet dækkede over midler der er stillet til rådighed, lån der er ydet og sikkerhedsstillelser, hvilket der er gennemgået i afsnit 2.2. Det har ingen betydning om låntageren har stillet betryggende sikkerhed for lånet, eller om lånet er forrentet på markedsvilkår, der vil her være tale om et ulovligt kapitalejerlån. Herunder er sædvanlige forretningsmæssige dispositioner ikke omfattet jf. afsnit 2.5.3.

Hvem forbuddet i SL § 210 omhandler er gennemgået i afsnit 2.3. Det er forholdene på långivningstidspunktet, der er afgørende for, om et lån er omfattet af SL § 210. En låntager, der har et lån i selskabet og som indtræder i selskabets ledelse eller erhverver kapitalandele i selskabet, skal ikke tilbagebetale lånet når dette sker, og lånet bliver ikke ulovligt af den grund.⁴⁸ Lånet skal blot afvikles efter den aftale, der er lavet på lånetidspunktet. Dertil skal siges, at et ulovligt ydet lån ikke bliver lovligt af, at låntageren sælger sine kapitalandele eller udtræder af ledelsen. Det er heller ikke lovligt, at udtræde af bestyrelsen/ledelsen hvorefter selskabet yder et lån til vedkommende, hvorefter vedkommende igen indtræder i bestyrelsen/ledelsen. I dette tilfælde vil der være tale om et ulovligt kapitalejerlån.⁴⁹ Nærtstående begrebet er gennemgået i afsnit 2.3.4.

⁴⁶ Hansen & Krenchel (2014), s. 401

⁴⁷ Andersen (2017), s. 287

⁴⁸ Bunch & Rosenberg (2014), s. 797

⁴⁹ | Bunch & Rosenberg (2014), s. 797

2.5 Undtagelserne til selskabsloven § 210

2.5.1 Selskabsloven § 210, stk. 2, selvfinansiering

Den første undtagelse er selvfinansiering. I SL § 210, stk. 2 stod der: *Et kapitalselskab kan dog uanset stk. 1 yde den i stk. 1 nævnte økonomiske bistand, hvis der er tale om selvfinansiering, jf. reglerne i §§ 206-209.*

Selvfinansiering er hvor et selskab stiller midler til rådighed, yder lån eller stiller sikkerhed for tredjemands erhvervelse af aktier/anparter i selskabet eller dens moderselskab.

I SL § 206 står der, at et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte må stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for tredjemands erhvervelse af aktier/anparter i selskabet eller dens moderselskab. Derved er selvfinansiering som udgangspunkt ulovligt. For at der kan være tale om lovlig selvfinansiering, skal betingelserne i SL § 206, stk. 3, samt SL §§ 207-209 være opfyldt, jf. SL § 206, stk. 2.

Rækkefølgen i selskabsloven på selvfinansiering og kapitalejerlån er ikke tilfældig og reglerne om selvfinansiering har formentlig forrang for reglerne om kapitalejerlån. Hvis et kapitalejerlån er et udtryk for selvfinansiering, vil det være reglerne om selvfinansiering og ikke reglerne om kapitalejerlån der finder anvendelse.⁵⁰

2.5.2 Selskabsloven § 211, moderselskabslån

I SL § 211 stod følgende skrevet: *Et kapitalselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for danske og visse udenlandske moderselskabers forpligtelser.*

Stk. 2. Erhvervsstyrelsen fastsætter nærmere regler om, hvilke udenlandske moderselskaber der er omfattet af stk. 1.

Danske moderselskaber

Som beskrevet i afsnit 2.3.1 dækker forbuddet i SL § 210 kapitalejere, der er fysiske eller juridiske personer og derved er moderselskaber også omfattet. Undtagelsen i SL § 211 gør det alligevel muligt, at et selskab lovligt direkte eller indirekte kan yde lån eller stille sikkerhed for et moderselskab. Definitionen på et moderselskab er gennemgået i afsnit 2.3.3. Et lovligt lån omfattet af SL § 211, vil kunne blive ulovligt, hvis ledelsen ikke overholder selskabets bestemmelser om forsvarlig formueforvaltning. Dette betyder, at der ikke altid kan ydes lån til selskabets moderselskab, da undtagelsen i SL § 211 forudsætter, at lånet skal være forsvarligt.⁵¹

⁵⁰ R.R.2017.02.0054

⁵¹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 814

Visse udenlandske moderselskaber

Ifølge SL § 211, stk. 2 er det Erhvervsstyrelsen, der fastsætter reglerne om hvilke udenlandske selskaber, der er omfattet af undtagelsen, hvilket er gennemgået i afsnit 2.3.4. Er der tale om et lån til et moderselskab, der har hjemsted i et land, som ikke står på Erhvervsstyrelsens liste, vil lånet ikke være omfattet af SL § 211 og vil derfor være et ulovligt lån, jf. SL § 210.

2.5.3 Selskabsloven § 212, sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

I SL § 212 stod følgende skrevet: *"Uanset § 210 kan et kapitalselskab som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen der er nævnt i § 210."* Undtagelsen i SL § 212 gør det muligt, at selskaber lovligt kan foretage sædvanlige forretningsmæssige dispositioner med personkredsen omfattet af SL § 210. Den mest almindelige disposition omfattet af begrebet sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, er salg af varer på kredit. Havde lempelsen i SL § 212 ikke været der, ville selskaber ikke kunne tilbyde en kapitalejer de samme kreditforhold, som til uafhængige tredjemænd.

Undtagelsen omkring sædvanlige forretningsmæssige dispositioner blev først indsat i selskabsloven ved 2009-reformen. I de tidligere udgaver af ASL og ApSL, optrådte bestemmelsen i SL § 212 ikke. Historisk omfattede reglerne om kapitalejerlån kun egentlige lån og ikke skyldsforhold, der opstod som følge af kreditgivning i almindelige forretningsmellemværender.⁵² Denne retsstilling fremgik ikke direkte af loven, men alene af bemærkningerne til ASL fra 1982, *"...at lån og sikkerhedsstillelse ikke omfattes af aktieselskabslovens § 115, stk. 1, hvis der er tale om dispositioner, der er erhvervsmæssigt begrundet og er sædvanlige både for selskabet og inden for branchen i almindelighed..."*⁵³ Baggrunden for, at lempelsen blev præciseret i SL § 212, skete på opfordring fra Moderniseringsudvalget i deres betænkning, for at gøre loven mere brugervenlig.⁵⁴

I lovbemærkningen til SL § 212 står der om sådanne dispositioner: *"Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter ... Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og inden for branchen... det er ikke kun transaktionen der skal være sædvanlig. Dette er også et krav for vilkårene i transaktionen..."*⁵⁵ Ud fra lovbemærkningerne er det som

⁵² Betænkning 1498 (2008), s. 496

⁵³ Bunch & Rosenberg (2014), s. 833

⁵⁴ Betænkning 1498 (2008), s. side 497

⁵⁵ Bemærkningerne til L 407 af 12 juni 2009

kendetegner en sædvanlig forretningsmæssig disposition, at transaktionen er sædvanlig for selskabet og sædvanlig inden for selskabets branche, samt at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Det står anført i bemærkningerne til SL § 212, at det var utilsigtet med loven at ændre på den tidligere praksis på området.⁵⁶

For at en disposition kan være omfattet af undtagelsen, som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal dispositionen være indgået på samme vilkår, som en uafhængig tredjemand ville have opnået. Det er ikke kun selve salget på kredit, der skal være sædvanligt. Salget skal også foregå på samme vilkår i forhold til betalingsbetingelser, kreditvurdering og sikkerhedsstillelser, som hvis selskabet havde indgået handlen med en uafhængig part.⁵⁷

I den kommenterede udgave af selskabsloven,⁵⁸ er kendetegnet for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner beskrevet, som værende dispositioner et kapitalselskab løbende foretager med uafhængige parter. Hvis selskabet tilsvarende ville foretage dispositionen med en uafhængig tredjemand, og er det et tilfælde, at transaktionsmodparten er kapitalejer eller et medlem af ledelsen, vil dette være en betydelig indikator for, at der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Dette gælder såfremt dispositionen/handlen med kapitalejeren ikke fremstår som et særtilfælde.⁵⁹

Sjældnere forekommende dispositioner er mere komplicerede. I disse tilfælde skal der foretages en konkret vurdering af, om en disposition kan betragtes som sædvanlig for selskabet og indenfor selskabets branche.⁶⁰ Erhvervsankenævnet har i en række nyere afgørelser haft lejlighed til at kunne fastlægge praksis i forhold til fortolkningen af begrebet ”sædvanlig forretningsmæssig disposition”.

I afgørelsen fra Erhvervsankenævnet af 28. januar 2013 sagsnr. 2012-0026400, kom Erhvervsstyrelsen og Erhvervsankenævnet frem til, at der i denne sag ikke er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. I afgørelsen lægges der vægt på, at selskabet ikke kan påvise, at de tidligere har indgået tilsvarende transaktioner, og ej heller, at selskabet ville have foretaget en tilsvarende transaktion med en uafhængig tredjemand.

⁵⁶ Bemærkningerne til L 407 af 12 juni 2009

⁵⁷ Bemærkningerne til L 407 af 12 juni 2009

⁵⁸ Bunch & Rosenberg (2014), s. 831

⁵⁹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 831

⁶⁰ Bunch & Rosenberg (2014), s. 831

Det samme svar kommer Erhvervsstyrelsen og Erhvervsankenævnet frem til i sag nr. 2012-0026414 af 11. januar 2013. Her er der tale om handel med fast ejendom, hvor kapitalejeren sælger en ejendom til sit selskab, men hvor betalingen sker inden ejendommen overdrages. Erhvervsankenævnet afgjorde, at der ikke var tale om en sædvanlig forretningsmæssig transaktion, da det ikke kunne godtgøres, at kapitalejeren kunne have solgt ejendommen på samme vilkår til en uafhængig tredjemand, herunder at køber skulle betale overdragelsessummen allerede på aftaletidspunktet og ikke på tidspunktet for overdragelse af ejendommen.

Ses der på de to afgørelser og den kommenterede udgave af selskabsloven,⁶¹ lægges der hos disse betydelig vægt på om selskabet efterfølgende eller tidligere har foretaget lignende dispositioner med en uafhængig part og om dispositionen er i selskabets interesse. I forarbejderne derimod, lægges i høj grad vægt på hvorvidt den pågældende disposition er sædvanlig for selskabet og selskabets branche. Det vurderes ikke at der er fuldstændig forenelighed mellem praksis og forarbejderne.

Som beskrevet ovenfor forekommer det i praksis, at der opstår tvivl om hvorvidt en enkeltstående disposition er et lovligt eller ulovligt kapitalejerlån. Der er ikke en skrap grænse, der adskiller de ulovlige og de lovlige kapitalejerlån og grænsen mellem de sædvanlige forretningsmæssige dispositioner og forbuddet er ikke fuldstændig klargjort. I bemærkningerne til SL § 212 står det anført, at begrebet sædvanlige forretningsmæssige dispositioner er et dynamisk og fleksibelt begreb, der vil kunne ændre sig over tid. Med dette menes der, at der med tiden kan ske ændringer i, hvilke dispositioner der falder under begrebet.⁶²

Der henvises flere steder i litteraturen til artiklen "lovlige kapitalejerlån" af Mette Neville og Erik Werlauff. I artiklen opstilles seks betingelser, som efter deres opfattelse skal være opfyldt for, at der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, og derved et legitimt mellemværende.⁶³

1. Har selskabet en selvstændig forretningsmæssig interesse i, at der bliver ydet lån eller garanti til det pågældende formål, eller har aktionæren og selskabet en fælles interesse deri?
2. Er vilkårene for dispositionen fastsat ud fra almindelige markedsvilkår, og ligger det fast, at dispositionen ikke krænker andre aktionærer eller selskabets kreditorer?
3. Er vilkårene fastsat efter sædvanlige forretningsmæssige principper, og er dispositionen et led i selskabets forretninger?

⁶¹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 831

⁶² Bunch & Rosenberg (2014), s. 836,

⁶³ Neville, M. & Werlauff, E. (2003)

4. Må dispositionen forventes at indebære klare fordele for selskabet, eller er den nødvendig for at opretholde status quo?
5. Ville selskabet også have foretaget dispositionerne, hvis det ikke havde været under disse aktionærers indflydelse?
6. Tages der fornødent hensyn til selskabets interesser i tilfælde af lånets misligholdelse, herunder en forsvarlig afvikling af selskabets mellemværende med aktionæren, og bliver lånet afviklet på sædvanlig måde, så selskabets risiko ikke forlænges unødvendigt?

Der skal foretages en konkret vurdering af hver enkel betingelse, for at fastslå om der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, der falder ind under undtagelsen i SL § 212.

2.6 Selskabsloven § 210 efter lovændringen

2.6.1 Den nye lovgivning

I dette afsnit vil vi se nærmere på hvilke ting der har ændret sig med den nye lov. I SL § 210 står der følgende skrevet: *Et kapitalsselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, hvis betingelserne i stk. 2 er opfyldt. Tilsvarende gælder i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksomheder end moderselskaber, der har bestemmende indflydelse over selskabet. 1. pkt. gælder også personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.*

Stk. 2. For at et kapitalsselskab kan yde økonomisk bistand, jf. stk. 1, skal følgende betingelser være opfyldt:

- 1. Den økonomiske bistand skal kunne rummes inden for selskabets frie reserver, jf. § 180, stk. 2, og skal ydes på sædvanlige markedsvilkår.*
- 2. Beslutningen om at yde økonomisk bistand skal enten træffes af generalforsamlingen eller af selskabets centrale ledelsesorgan efter bemyndigelse fra generalforsamlingen. Generalforsamlingens bemyndigelse kan indeholde økonomiske og tidsmæssige begrænsninger. Den økonomiske bistand må ikke udgøre et større beløb, end der er foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan.*
- 3. Beslutningen om at yde økonomisk bistand kan først træffes efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport.*

Opfyldes betingelserne i SL § 210, stk. 2, vil et kapitalselskab kunne yde lån mv. til personkredsen nævnt i stk. 1. Det er dog et krav, at betingelserne skal være opfyldt, inden lånet ydes.⁶⁴ Selvom SL § 210, stk. 1 ikke længere er formuleret som et forbud, skal bestemmelsen stadig læses som et forbud, medmindre betingelserne i SL § 210, stk. 2 eller §§ 211-214 er opfyldt.⁶⁵

2.6.2 Selskabets frie reserver og markedsvilkår

Det første kriterie, der skal være opfyldt for, at et selskab kan yde kapitalejerlån, efter SL § 210, stk. 1 er, at dispositionen skal kunne rummes i de frie reserver og dispositionen skal ske på markedsvilkår jf. SL § 210, stk. 2, 1. pkt. De frie reserver i selskabet, er de midler som selskabet kan udlodde som ordinært udbytte. Midler der kan udbetales som udbytte, er defineret i SL § 180, stk. 2, hvor de frie reserver er overført resultat jf. seneste årsrapport og reserver der ikke er bundet af anden lov eller vedtægter. Frie reserver der alene kan anvendes til ekstraordinært udbytte, jf. SL § 180, stk. 3, vil ikke kunne anvendes, da der henvises til SL § 180, stk. 2 i loven. Sker der efterfølgende et fald i de frie reserver, vil dette ikke medføre, at betingelserne ikke er opfyldt og at lånet af den grund skal afvikles, men det vil kunne medføre handlepligt for ledelsen, da de til enhver tid har ansvaret for at sikre, at selskabet har det fornødne kapitalberedskab.⁶⁶

Det er ikke kun det udbetalte beløb til låntageren, der skal kunne rummes i selskabets frie reserver, men derimod et beløb svarende til den samlede økonomiske effekt selskabet har ved at yde lånet.⁶⁷ Skal selskabet for eksempel som konsekvens af lånet indeholde et beløb til afregning af A-skat, er det ikke kun det udbetalte nettobeløb, der skal kunne rummes, men derimod lånet plus beløbet til afregning af A-skat. Dette vil kun være relevant i de tilfælde, hvor et kapitalejerlån er omfattet af de skatteretlige regler om beskatning, jf. afsnit 3.6.1.

Om dispositionen er ydet på sædvanlige markedsvilkår er en konkret vurdering og skal ses fra låntagerens side.⁶⁸ I bemærkningerne til loven fremgår det, at vilkårene herunder rente, låneafvikling, sikkerhedsstillelse og kreditvurdering skal være på de samme vilkår, som en kapitalejer eller et ledelsesmedlem ville kunne opnå hos en bank.⁶⁹ Det er selskabets ledelse, der har ansvaret for at dispositionen opfylder betingelserne og sker på sædvanlig markedsvilkår.⁷⁰

⁶⁴ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 14

⁶⁵ Karnov.dk, LBKG 2015-09-14 nr. 1089 selskabsloven, note 1015

⁶⁶ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 8

⁶⁷ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 8

⁶⁸ R.R. 2017.02.0054, s. 4

⁶⁹ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 14

⁷⁰ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 14

2.6.3 Generalforsamling eller bemyndigelse til det centrale ledelsesorgan

Det andet kriterie, der skal være opfyldt er, at beslutningen om at yde kapitalejerlån skal træffes af generalforsamlingen eller af selskabets centrale ledelsesorgan, det vil sige bestyrelsen, hvis selskabet har en bestyrelse eller direktionen, efter bemyndigelse fra generalforsamlingen, jf. SL § 210, stk. 2. Uanset om det er generalforsamlingen eller det centrale ledelsesorgan der træffer beslutningen, om at der skal ydes et lån, træffes denne beslutning med simpelt stemmeflertal, medmindre andet fremgår af vedtægterne jf. SL § 105 og SL § 124.

Betingelsen om generalforsamlingsbeslutning vil være nem at opfylde i de fleste selskaber, da hovedparten af danske selskaber er eneejede. Det er også muligt for generalforsamlingen at give en stående bemyndigelse til bestyrelsen eller direktionen, hvis der kun er en direktion i selskabet, så der ikke skal træffes en ny generalforsamlingsbeslutning hver gang ledelsen måtte ønske at yde et lån til den omfattede personkreds. Denne bemyndigelse kan både være tidsmæssigt og beløbsmæssigt begrænset.⁷¹ Godkendelse af et kapitalejerlån på generalforsamlingen må ikke beløbsmæssigt overstige hvad selskabets centrale ledelsesorgan har foreslået.⁷²

Det er ikke et krav, at en bemyndigelse fra generalforsamlingen til det centrale ledelsesorgan optages i vedtægterne, men hvis det ønskes indskrevet i vedtægterne, træffes beslutning herom med det flertal der kræves for at kunne foretage en vedtægtsændring. En vedtægtsændring kræver mindst 2/3 af såvel de stemmer der er afgivet, som den del af selskabskapitalen, der er repræsenteret på generalforsamlingen, medmindre andet fremgår af vedtægterne jf. SL § 106, stk. 1.

2.6.4 Årsrapport

Det tredje kriterie der skal være opfyldt er, at selskabet skal have aflagt sin første årsrapport, jf. SL § 210, stk. 2, 3. pkt. Denne betingelse hænger sammen med det første kriterie, da et kapitalejerlån skal kunne rummes i de frie reserver, og definitionen på de frie reserver jf. § 180, stk. 2, tager udgangspunkt i det beløb som fremgår af selskabets årsrapport. Dette hænger også tæt sammen med, at lånebeløbet er det samme beløb som et selskab vil kunne udlodde i udbytte, og et selskab kan ikke udlodde udbytte før selskabet har aflagt sin første årsrapport, jf. SL § 182. Betingelsen om at der først kan ydes lån efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport er ubetinget – der er ingen undtagelse hertil.⁷³

⁷¹ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 14

⁷² R.R. 2017.02.0054, s. 4

⁷³ R.R. 2017.02.0054, s. 5

Der er derimod ingen krav til at selskabets første regnskabsår skal være 12 måneder jf. SL § 210, stk. 2. I henhold til ÅRL § 15, stk. 1 og 2 skal et regnskabsår som udgangspunkt omfatte 12 måneder, men det første regnskabsår kan omfatte en kortere eller længere periode end 12 måneder, dog højst 18 måneder. Der er derfor intet til hinder for at kapitalselskabet kan have et kort første regnskabsår og derved yde et kapitalejerlån, når årsrapporten er godkendt, hvis de andre betingelser er opfyldt.⁷⁴

2.6.5 Binding under egenkapitalen

Det sidste kriterie der skal være opfyldt er, at et beløb svarende til dispositionen skal bindes under egenkapitalen på "Reserver for udlån og sikkerhedsstillelser" jf. ÅRL 35 a. Der skal omklassificeres et beløb svarende til kapitalejerlånet fra posten "Overført overskud" til posten "Reserver for udlån og sikkerhedsstillelser".⁷⁵ Denne reserve kan ikke formindskes på anden måde, end i takt med at kapitalejerlånet nedbringes eller bringes til ophør.

Ved at foretage denne omklassificering sikres det at beløbet, der er udlånt efter SL § 210, ikke fortsat fremgår som en fri reserve i kapitalselskabets årsrapport, og at selskabet dermed ikke kan råde over beløbet igen, for eksempel ved at udlodde det som udbytte.⁷⁶

2.7 Undtagelserne til SL § 210 efter lovændringen

2.7.1 Selskabsloven § 210, stk. 3, lovlig selvfinansiering

Et selskab kan yde et lovligt kapitalejerlån, jf. SL § 210, stk. 1, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt, Dette er dog ikke muligt, hvis der er tale om selvfinansiering, jf. SL 206, stk. 1. Ønskes det ydede lån anvendt til selvfinansiering, er det betingelserne i SL §§ 206-209, der skal være opfyldt for at der er tale om en lovlig disposition.⁷⁷ Reglerne om lovlig selvfinansiering er gennemgået i afsnit 2.5.1, og der er ingen ændringer foretaget i forhold til reglerne om selvfinansiering.

2.7.2 Selskabsloven § 211, moderselskabslån

I SL § 211 står følgende skrevet: *Uanset at betingelserne i § 210, stk. 2, ikke er opfyldt, kan et kapitalselskab direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for danske og visse udenlandske moderselskabers forpligtelser.*

⁷⁴ R.R. 2017.02.0054, s. 5

⁷⁵ R.R. 2017.02.0054, s. 5

⁷⁶ R.R. 2017.02.0054, s. 5

⁷⁷ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 15

Stk. 2. Erhvervsstyrelsen fastsætter nærmere regler om, hvilke udenlandske moderselskaber der er omfattet af stk. 1.

Undtagelsen i SL § 211 gør, at et kapitalselskab kan stille midler til rådighed, yde lån, stille sikkerhed for danske og visse udenlandske moderselskaber. Hertil skal betingelserne i SL § 210, stk. 2 ikke være opfyldt. Danske moderselskaber er gennemgået i afsnit 2.3.3. Hvilke udenlandske moderselskaber der er omfattet er gennemgået i afsnit 2.3.4.

Ændringen i SL § 210 betyder, at et kapitalselskab lovligt kan stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed, til moderselskaber der er kapitalselskaber med hjemsted i et land, der ikke fremgår af listen i SL § 211, stk. 2, hvis blot betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt.⁷⁸

2.7.3 Selskabsloven § 212, sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

I SL § 212 står følgende skrevet: *Uanset at betingelserne i § 210, stk. 2, ikke er opfyldt, kan et kapitalselskab som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen, der er nævnt i § 210.*

Undtagelsen i § 212 siger, at selv om selskabet ikke opfylder betingelserne i SL § 210, stk. 2. Kan kapitalselskabet godt yde et kapitalejerlån, hvis der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Den mest almindelige sædvanlig forretningsmæssig disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit.⁷⁹ Hvis kapitalselskabet yder 30 dages kredit til deres uafhængige parter, vil der ikke være tale om et kapitalejerlån, hvis en kapitalejer handler med selskabet og ligeledes får 30 dages kredit.

Kendetegnet for at en disposition er af sædvanlig forretningsmæssig karakter er, at kapitalselskabet løbende foretager dispositioner af samme karakter med uafhængige parter. Ligeledes gælder for vilkårene i forhold til betalingsbetingelser og kreditvurdering. Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner er nærmere gennemgået i afsnit 2.5.3.

2.8 Fejl og bagatelgrænse

Der er ikke i forarbejderne eller i SL § 210 taget stilling til kapitalejerlån, der opstår via fejlpositioner. Som udgangspunkt må dette betyde, at der foreligger et kapitalejerlån i strid med SL § 210, selv om kapitalejerlånet er opstået ved en fejl. I bogen "Selvfinansiering og kapitalejerlån" af Martin Kruhl og Ole

⁷⁸ Lovforslag nr. L23 af 5. oktober 2016, s. 15

⁷⁹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 831

Sørensen nævnes det, at det ikke kan udelukkes, at en disposition efter en konkret vurdering ikke vil være omfattet af SL § 210, når omstændighederne, graden af uskyldighed, afværgelsen og hvor hurtigt fejlen bliver rettet op, bliver taget i betragtning. Dette vil som sagt skulle afhænge af en konkret vurdering af de enkelte tilfælde.⁸⁰

I forhold til SL § 210, findes der ingen bagatelgrænse for hvornår der er tale om et kapitalejerlån. Er der hævet en krone vil dette være omfattet af SL § 210. Uagtet størrelsen vil ethvert lån eller sikkerhedsstillelse være omfattet af forbuddet.

2.9 Opgørelse af lån

En kapitalejer der løbende har en mellemregning med sit selskab er ikke ualmindeligt og sådan en mellemregning vil som udgangspunkt ikke udgøre et ulovligt kapitalejerlån, hvis mellemregningen har været i kapitalejerens favør hele året. I dette tilfælde vil lånet blive opgjort netto. Er der sket overførsler mellem kapitalejeren og selskabet, med sikkerhedsstillelser og lån, skal sikkerhedsstillelser opgøres for sig og lån for sig. Er der mellemregninger med flere af selskabets kapitalejere vil disse dispositioner skulle ses hver for sig, da det er mellemregninger med forskellige juridiske og fysiske personer. Det samme gælder i de tilfælde, hvor der er tale om mellemregninger med andre selskaber inden for samme koncern. Her vil der ikke kunne ske udligning på tværs af selskaberne, da hvert selskab er et selvstændigt retssubjekt.⁸¹

I en kendelse fra den 28. januar 2013 kom Erhvervsankenævnet frem til, at et lån mellem et selskab og kapitalejeren, der var i strid med SL § 210 skulle opgøres netto. Bruttolånet mellem kapitalselskabet og kapitalejeren var på 101 mio. kr. og lånet mellem kapitalselskabet og ejerens personlige virksomhed var på 18,7 mio. Det samlede kapitalejerlån blev derfor på 82,3 mio. kr.⁸²

I en anden kendelse fra 5. november 2013, havde et selskab ydet lån til tre af selskabets anpartshavere og havde optaget et lån hos den fjerde anpartshaver. Erhvervsanstyrelsen kom frem til, at der var tale om et ulovligt kapitalejerlån i strid med SL § 210, da de fire lån ikke kunne slås sammen så der netto var et tilgodehavende hos selskabet. Både Erhvervsstyrelsen og Ankenævnet mente, at der var tale om særskilte lån og derved var de tre lån til anpartshaverne ulovlige kapitalejerlån.⁸³

⁸⁰ Kruhl & Sørensen (2014), s. 38

⁸¹ Kruhl & Sørensen (2014), s. 39

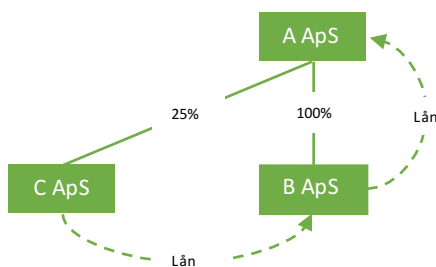
⁸² J.nr. 212-0026400

⁸³ Bunch & Rosenberg (2014), s. 832

Som udgangspunkt må dette betyde, at en disposition, om det er et lån eller sikkerhedsstillelse, skal vurderes ud fra en bruttobetragtning i forhold til SL § 210, men hvor der i konkrete tilfælde og under visse omstændigheder kan være en sammenhæng mellem dispositionerne, der gør at de skal opgøres netto. Dette vil der som udgangspunkt være i de tilfælde, hvor de almindelige modregningsbetingelserne er opfyldt.⁸⁴

2.10 Omgåelse

Omgåelse er, hvor en kapitalejer laver en selskabskonstruktion, hvor et umiddelbart lovligt lån vil kunne blive anset for at være ulovligt. Ordet "indirekte" i SL § 210, stk. 1, 1. pkt. dækker over disse tilfælde. Omgåelse kan forekomme, hvor et søsterselskab anvendes som mellemstation, da et søsterselskab ikke er omfattet af SL § 210. I figuren nedenfor er det illustreret, hvordan en omgåelse kan se ud.



Figur 2 - Omgåelse - Egen tilvirkning

Selskab C må ikke låne penge til selskab A, da selskab A ikke er moderselskab til selskab C. Derimod kan selskab C godt låne penge til søsterselskabet B, da lånet til selskab B ikke er omfattet af SL § 210. Derefter kan selskab B udlåne pengene til moderselskabet A jf. SL § 211. I dette tilfælde vil der være tale om omgåelse og dermed vil det lovlige kapitalejerlån blive ulovligt.⁸⁵

I praksis vil ikke alle tilfælde af omgåelse, være lige så oplagte som ovenstående. Det er uklart, hvor grænsen for omgåelse går og hvor Erhvervsstyrelsen sætter grænsen.⁸⁶ Straffen for ulovlige kapitalejerlån har hjemmel i SL § 367, stk. 1.

⁸⁴ Kruhl & Sørensen (2014), s. 39

⁸⁵ Bunch & Rosenberg (2014), s. 814

⁸⁶ Kruhl & Sørensen (2014), s. 74

2.11 Konsekvenser af et kapitalejrlån

2.11.1 Tilbagebetalingspligt

Er der ydet et lån eller stillet sikkerhed i strid med SL § 210, er de selskabsretlige konsekvenser at finde i SL § 215. I stk. 1 står følgende skrevet: *Hvis et kapitalselskab har ydet økonomisk bistand i strid med §§ 206 og 210, skal beløbet tilbageføres til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.*

Er der foretaget en ulovlig disposition i strid med reglerne i SL § 210, skal tilbagebetalingen til selskabet ske straks.⁸⁷ Det er udbetalingstidspunktet der er afgørende for, hvornår kapitalejrlånet opstår. Det ulovlige kapitalejrlån plus tilskrevne renter skal tilbagebetales til selskabet.

Senere ændringer i tilknytningsforholdene, kan ikke ændre på at dispositionen var ulovlig. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at låntageren sælger sine kapitalandele eller at låntageren udtræder af ledelsen, dette vil ikke blive anset som en afvikling af lånet, eller gøre forholdet lovligt. Er der opstået et ulovligt forhold er det som udgangspunkt kun ved tilbagebetaling, at lånet kan blive afviklet.⁸⁸

Det er ikke tilstrækkeligt at et ulovligt lån bliver tilbagebetalt til selskabet, lånet skal også forrentes. Lånet skal forrentes fra hævnningstidspunktet. Renten beregnes som den officielle udlånsrente, der fastsættes af Nationalbanken, med et tillæg på 8 %, jf. renteloven § 5, stk. 1 og stk. 2 samt dertil et tillæg på 2 %. Udlånsrenten er pr. 1. januar 2017 på 0,05 %⁸⁹, hvorfor et lån vil skulle forrentes med 10,05 %. Er der mellem selskabet og låntager aftalt en højere rente, vil denne skulle anvendes.⁹⁰

Det skal ligeledes bemærkes, at det ikke er de sædvanlige regler for forældelse der gælder, når der er tale om fordringer i forbindelse med ulovlige kapitalejrlån. Et ulovligt lån er en tilstandsforbrydelse, hvorfor forældelsesfristen først begynder at løbe på det tidspunkt lånet inklusiv renter er tilbagebetalt eller sikkerhedsstillelsen er bragt til ophør. Har vi for eksempel at gøre med et lån, der varer i 10 år vil forældelsen først starte fra udløbet af de 10 år.⁹¹

⁸⁷ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

⁸⁸ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

⁸⁹ <http://www.nationalbanken.dk/da/markedsinfo/officialerentesatser/Sider/default.aspx>

⁹⁰ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

⁹¹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

Ved konstatering af et ulovligt kapitalejerlån kontakter Erhvervsstyrelsen det pågældende selskab og fra denne dato gives der typisk seks ugers frist til at tilbagebetale lånet. Gældseftergivelse er ikke en mulighed da Erhvervsstyrelsen ikke tillader dette, da gældseftergivelse ikke anses som en tilbagebetaling efter SL § 215.⁹²

2.11.2 Ledelsesansvar

Kan tilbagebetaling ikke finde sted, eller kan aftaler om anden økonomisk bistand ikke bringes til ophør, indestår de personer, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i strid med SL § 210 for det tab, som kapitalselskabet måtte blive påført.⁹³

Når der er tale om ulovlige kapitalejerlån er ledelsesansvaret skærpet, og ledelsen hæfter på et objektivi grundlag. Dette er stedfæstet i afgørelsen UfR 1998.1172H, hvor en hovedkapitalejer og direktør hæftede på objektivi grundlag.⁹⁴ Hæftelsen er dermed ubetinget af, om ledelsen har udvist culpa eller ej. Stilles et ledelsesmedlem ansvarlig, vil der være tale om personlig hæftelse for det tab selskabet måtte lide. Hæftelsen bliver dog først aktuel, når betingelserne, der aftalemæssigt er knyttet til aftalen misligholdes.⁹⁵

At der i SL § 215, stk. 2 står "*... opretholdt dispositioner...*", betyder at det ikke kun er ledelsen der har truffet beslutningen om at yde lån eller stille sikkerhed til en kapitalejer eller ledelsesmedlemmer der hæfter, men at hæftelsen også påhviler nye medlemmer af ledelsen eller bestyrelsen, som undlader at tage affære og få bragt ulovlighederne til ophør.

En rådgiver, som en revisor eller advokat, vil ikke være omfattet af SL § 215, stk. 2, med mindre rådgiveren har udført en culpøs handling, hvorved en rådgiver alligevel vil kunne blive gjort ansvarlig.⁹⁶

2.11.3 Sikkerhedsstillelse

Er der stillet sikkerhed i strid med SL § 210, hvor SL § 210, stk. 2 ikke er opfyldt, er sikkerhedsstillelsen gældende, hvis den der er stillet sikkerhed for, har handlet i god tro, jf. SL § 215, stk. 3. Dette betyder, såfremt tredjemand ikke vidste eller ikke burde vide, at sikkerhedsstillelsen er i strid med SL § 210 vil selskabet være bundet af sikkerhedsstillelsen, selvom sikkerhedsstillelsen er ulovlig. Har tredjemand været i ond tro, vil selskabet ikke være bundet af sikkerhedsstillelsen. Om en tredjemand er i god eller ond tro, vil

⁹² Kruhl & Sørensen (2014), s. 69

⁹³ SL § 215, stk. 2

⁹⁴ Hansen & Krenchel (2014), s. 420

⁹⁵ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

⁹⁶ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

altid afhænge af en konkret vurdering og en undersøgelse af om tredjemand burde have vidst bedre.⁹⁷ For eksempel vil en bank som udgangspunkt have svært ved at begrunde, at de ikke kendte eller burde kende forbuddet i SL § 210.

2.11.4 Sanktioner

Er der sket et brud på forbuddet mod kapitalejerlån i SL § 210 vil dette blive straffet med bøde, jf. SL § 367, hvor der ikke er tale om et lovligt kapitalejerlån. Kapitalejeren vil blive straffet med bøde, jf. SL § 367, stk. 1, og selskabet vil blive straffet med bøde efter SL § 367, stk. 1, 2. pkt. Ifølge praksis fastsættes bøden som udgangspunkt til 5 % af størrelsen på det ulovlige lån.⁹⁸ Er lånet tilbagebetalt til selskabet inden for Erhvervsstyrelsens frist på seks uger, er praksis at Erhvervsstyrelsen nedsætter bøden til 2,5 % af lånets størrelse.⁹⁹ Hvis der er tale om en ulovlig sikkerhedsstillelse fra kapitalselskabet for kapitalejerens gæld, medregnes sikkerhedsstillelsen også når bøden endeligt skal gøres op jf. UfR 1999.1140Ø. Er et lån ikke tilbagebetalt inden for Erhvervsstyrelsens fremsatte frister, vil selskabet kunne blive pålagt dagsbøder eller ugentlige bøder, jf. SL § 366, stk. 2.

2.12 Lovliggørelse af eksisterende kapitalejerlån

Lovændringen af SL § 210, betyder også, at "gamle" kapitalejerlån og sikkerhedsstillelser fra før 1. januar 2017, der var ulovlige efter de tidligere regler, vil kunne lovliggøres selskabsretligt under visse betingelser.

Lovliggørelsen af et kapitalejerlån eller sikkerhedsstillelse kan ske i perioden fra 1. januar 2017 og frem til fristen for indsendelse af årsrapport til Erhvervsstyrelsen i 2017. Et "gammelt" kapitalejerlån eller sikkerhedsstillelse kan lovliggøres straks, hvis følgende betingelser er opfyldt jf. SL § 210, stk. 2:

- Lånet eller sikkerhedsstillelsen skal kunne rummes i selskabets frie reserver, jf. SL § 180, stk. 2 jf. SL § 210, stk. 2, 1. pkt.
- Beslutningen om at lovliggøre hele lånet eller en del af lånet eller sikkerhedsstillelsen skal træffes på selskabets førstkommende generalforsamling efter 1. januar 2017.
- Lånet fremadrettet ydes på sædvanlige markedsvilkår.

Endnu et krav for at selskabet kan lovliggøre et tidligere kapitalejerlån er, at selskabet senest dagen for fristen for indsendelse af den første årsrapport efter den 31.12.2016, kan dokumentere over for

⁹⁷ Kruhl & Sørensen (2014), s. 66

⁹⁸ Hansen & Krenchel (2014), s. 423

⁹⁹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 843

Erhvervsstyrelsen, at lånet eller sikkerhedsstillelsen opfylder betingelserne. Det er ikke alle kapitalejerlån der kan lovliggøres, som nævnt tidligere forudsættes det, at selskabet har tilstrækkelige frie midler, og at der er tale om et lån, der er omfattet af SL § 210 og ikke selvfinansiering i henhold til reglerne i SL § 206.

Erhvervsstyrelsen oplyser på deres hjemmeside¹⁰⁰, at selvom der er kommet mulighed for at lovliggøre kapitalejerlån, har det som udgangspunkt ingen betydning for ledelsens strafferetlige ansvar i forbindelse med kapitalejerlån. Er et kapitalejerlån ydet før den 1. januar 2017 eller efter, som ikke er lovliggjort efter de nye regler, vil Erhvervsstyrelsen følge deres hidtidige praksis med at politianmelde selskabets ledelse.¹⁰¹ Har en kapitalejer en endnu ikke afgjort sag hos politiet eller anklagemyndigheden grundet et "gammelt" ulovligt kapitalejerlån, vil disse lån ikke længere kunne straffes, hvis selskabet lovliggør lånet efter de nye regler. Ligeledes gælder for ubetalte bøder, der ikke skal betales såfremt lånet lovliggøres.

2.13 Delkonklusion

Efter SL § 210 er det som udgangspunkt ulovligt for et kapitalselskab at yde lån, stille midler til rådighed og stille sikkerhed over for kapitalejere og kapitalselskabets ledelse. Disse dispositioner kan lovliggøres, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Lovgiver har dog holdt fast i, at SL § 210 stadig skal læses som et forbud, men hvor dispositionen nu kan lovliggøres. For at et kapitalselskab kan yde lovlige kapitalejerlån efter SL § 210, stk. 2, forudsætter det, at den økonomiske transaktion er godkendt af generalforsamlingen, kan rummes inden for selskabets frie reserver og at selskabet har aflagt sin første årsrapport, jf. SL § 210, stk. 2.

Formålet med den selskabsretlige behandling af kapitalejerlån ligger i kreditorbeskyttelsen, samt at kapitalejere ikke skal kunne få midler ud af selskabet uden at betale skat. Det blev vurderet ved ændringen af loven, at en lovliggørelse stadig kan varetage kreditorerne på betryggende vis. Er et kapitalejerlån lovliggjort, vil lånet kunne ydes med det samme beløb, som et selskab kan udlodde til kapitalejeren som udbytte. Det vil derfor ikke medføre, at en kreditor vil blive dårligere stillet. Det må antages, at en kreditor hellere vil have at selskabet har ydet et kapitalejerlån, end at selskabet har udloddet udbytte, da udlånet vil blive tilbagebetalt løbende, hvilket udbyttet ikke vil.

Omfattet af SL § 210 er alle kapitalejere – juridiske og fysiske personer – uanset deres ejerandel i kapitalselskabet. Dette gælder ligeledes for ledelsen i kapitalselskabet, ledelse og kapitalejere i selskabets danske moderselskab og visse andre udenlandske kapitalselskaber, der opfylder betingelserne for at være

¹⁰⁰ <https://erhvervsstyrelsen.dk/nye-regler-om-kapitalejerlaan-fra-1-januar-2017>

¹⁰¹ <https://Erhvervsstyrelsen.dk/nye-regler-om-kapitalejerlaan-fra-1-januar-2017>

moderselskab. Dertil er nærtstående personer og personer, der står ledelse og kapitalejere særlig nær, omfattet af SL § 210.

Til hovedreglen findes visse undtagelser. Undtagelserne betyder, at betingelserne for lovliggørelse ikke skal være opfyldt for at en disposition kan udføres. Undtagelserne gør det muligt for et selskab at yde selvfinansiering og lån til selskabets moderselskab. Undtaget er ligeledes sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem selskabet og en kapitalejer eller ledelsesmedlem, på samme vilkår som en uafhængig tredjemand ville opnå.

Konsekvenserne af et ulovligt kapitalejerlån er, at lånet straks skal tilbagebetales til selskabet og beløbet skal forrentes med 10,05 %, medmindre en højere rente er aftalt. Dertil får kapitalejeren og selskabet en bøde. Kan kapitalejeren ikke tilbagebetale lånet vil selskabets ledelse, der har truffet beslutning eller opretholdt dispositionen, hæfte for eventuelle tab selskabet måtte blive påført. Ledelsen vil have et objektivi personligt erstatningsansvar.

En kapitalejer skal være særlig opmærksom på, at selv om et kapitalejerlån kan lovliggøres selskabsretligt, er der ikke ændret på de skatteretlige regler. Dette betyder, at et lån stadig skal beskattes og tilbagebetales til selskabet. Derfor kan det stadig være omkostningsfyldt at tage et kapitalejerlån i et selskab.

Kapitel 3 Skatteretligt

Dette afsnit har til formål, at redegøre for den skatteretlige behandling af kapitalejerlån, samt de konsekvenser der opstår i forbindelse med et kapitalejerlån. Kapitlet vil først indeholde en historisk gennemgang af den skatteretlige lovgivning på området, og derefter følger en redegørelse af de relevante paragraffer i ligningsloven. Til sidst rundes kapitlet af med en delkonklusion.

3.1 Den historiske udvikling LL §2 og LL § 16 E

LL § 2 blev indsat i 1998.¹⁰² LL § 2 giver skattemyndighederne hjemmel til at korrigere indkomsten vedrørende transaktioner mellem interesseforbundne parter, hvis transaktionen ikke er sket på markedsvilkår. Ved markedsvilkår forstås, hvad der ville være aftalt mellem uafhængige parter. LL § 2 blev indsat på baggrund af afgørelsen TfS 1998.199, der kom frem til, at der ikke var hjemmel til rentefiksering ved et rentefrit lån til en hovedaktionær ud over ved omgåelsesstilfælde. På baggrund heraf så Folketinget sig nødsaget til at indføre en hjemmel for rentefiksering, hvilket skete ved indførelse af LL § 2.

De tidligere skatteregler var efter LL § 2 at lån skulle ydes på markedsvilkår, herunder renteberegningen.¹⁰³ Dog skulle der under visse forudsætninger anvendes en forhøjet rente, hvis der var tale om et ulovligt kapitalejerlån efter SL § 215.

Blev lånet forrentet med en lavere rente end markedsrenten, skulle forskellen mellem den anvendte rente og den faktiske rente, som hovedregel, indkomstbeskattes hos det selskab der ydede lånet. Det var dog muligt at undlade at beskatte differencen i selskabet, hvis det blev vurderet at differencen var en rimelig aflønning for kapitalejerens arbejdsindsats i selskabet og at kapitalejeren på samme tid var ansat. Hvis rentefordelen var yderligere løn til kapitalejeren, skulle den personlige indkomst forhøjes og der skulle ligeledes ske en tilsvarende korrektion i kapitalindkomsten. Blev rentefordelen derimod anset som et maskeret udbytte ville aktieindkomsten blive forhøjet, og der ville ske en tilsvarende korrektion i kapitalindkomsten.¹⁰⁴

De skattemæssige konsekvenser var begrænset til mindre justeringer, i de tilfælde hvor kravet om at markedsrenten ikke var opfyldt og der derfor skulle ske en korrektion. I praksis skulle der dog ske beskatning af et kapitalejerlån på udbetalingstidspunktet, hvis det allerede der stod klart, at kapitalejeren

¹⁰² Lov nr. 432 af 26. juni 1998

¹⁰³ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 7

¹⁰⁴ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 7

var insolvent og ikke kunne tilbagebetale lånet. Denne bedømmelse af om kapitalejeren var insolvent på låneoptagelsestidspunktet, var fra SKATs side imidlertid svært at foretage, da det ville kræve dybdegående undersøgelser af privatøkonomien.¹⁰⁵

Var kapitalejeren ikke insolvent på lånetidspunktet skulle der ikke ske beskatning. Det var ikke muligt at beskatte kapitalejeren, hvis denne efterfølgende blev insolvent. Det havde også den betydning, at såfremt selskabet gik konkurs og dette samtidig medførte at hovedaktionæren blev insolvent og dermed ikke kunne tilbagebetale lånet, så ville kapitalejeren fortsat kunne få et fradragsberettiget aktietab uden at lånet blev skattepligtigt.

Ved skattereformen fra 2010, blev der i lovforslag L171 af 25. marts 2009 fremsat forslag om at indsætte § 16 E i ligningsloven. Denne udgave af LL § 16 E var en anden version, end den vi kender i dag. Formålet med LL § 16 E i 2010 var at forhindre kapitalejerlån, der ikke opfyldte betingelserne i selskabsretten jf. SL § 210, og som var lån, der trådte i stedet for løn eller udbytte. I lovforslaget fra 2010 blev det i LL § 16 E, stk. 3 foreslået, at hvis lånet blev tilbagebetalt, som det skulle jf. SL § 215, ville det ydede lån ikke være skattepligtigt. Lovforslaget fra 2010 medførte en del kritik og blev derfor ikke gennemført. Lovforslaget kom dog igen i 2012, i en ”hårdere” udgave end den fremlagte i 2009.¹⁰⁶

Den seneste markante ændring på området for beskatning af kapitalejerlån, skete med vedtagelsen af L 199A den 18. september 2012. Lovforslaget trådte i kraft med tilbagevirkende kraft fra den 14. august 2012. Med vedtagelsen blev § 16 E indsat i ligningsloven, hvilket betød at lån fra kapitalselskab til kapitalejer med bestemmende indflydelse nu skulle beskattes.

Kapitalejerlån, der var optaget inden den 14. august 2012, var ikke skattepligtige lån efter de dagældende skatteretlige regler. Disse lån var kun ulovlige i henhold til selskabsloven jf. SL § 210, stk. 1. Kapitalejerlån der er opstået tidligere end den 14. august 2012 skal derfor ikke beskattes.

Ændringen af lovgivningen i 2012 skete på baggrund af SKATs compliance-undersøgelse, som viste at selskabslovens forbud mod kapitalejerlån i vidt omfang ikke blev efterlevet.¹⁰⁷ Undersøgelsen viste ligeledes, at kapitalejerlånene blev anvendt til at finansiere kapitalejernes privatforbrug og at lån trådte i stedet for løn eller udbytte, fordi hensigten med lånene var ikke at tilbagebetale dem. På den måde

¹⁰⁵ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 7

¹⁰⁶ Lovforslag nr. L171 af 25. marts 2009

¹⁰⁷ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 6

opnåede kapitalejerne en skattemæssig fordel ved at optage lånene. Derfor var det overordnede formål med lovændringen, at fjerne de skattemæssige incitamenten der var for en kapitalejer ved at optage lån i kapitalselskabet som et skattefrit alternativ til lån eller udbytte, samt at nedbringe antallet af kapitalejerlån.¹⁰⁸

3.2 Ligningsloven § 16 E

Vedtagelsen af lovforslaget betyder at LL § 16 E bliver tilføjet til loven. Vedtagelsen betyder, at kapitalejerlån bliver beskattet på udbetalingstidspunktet, for derved at fjerne de skattemæssige fordele ved at omdøbe hævnings, som reelt er løn og udbytte, til lån. Denne ændring af lovgivningen medfører væsentlige konsekvenser for kapitalejerlån der er oprettet efter den 14. august 2012. LL § 16 E har følgende ordlyd: *"Hvis et selskab m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler som hævnings uden tilbagebetalingspligt, forudsat at der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattet af § 2, 1. pkt. finder ikke anvendelse på lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, på sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller på lån til selvfinansiering som nævnt i selskabsloven § 206, stk. 2, 1. og 2. pkt. finder tilsvarende anvendelse på sikkerhedsstillelser og på midler, der stilles til rådighed.*

Stk. 2. Ved tilbagebetaling af lån m.v., der er beskattet efter stk. 1, medregnes det tilbagebetalte ikke ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst".

Loven har den betydning, at der vil ske beskatning i de tilfælde, hvor et kapitalselskab direkte eller indirekte stiller midler til rådighed, yder lån eller stiller sikkerhed for en fysisk person omfattet af LL § 2. Dette gælder uanset om lånet er ydet på markedsvilkår, eller om der er stillet betryggende sikkerhed for lånet. Beskatningen efter LL § 16 E omfatter ligeledes en del af de lån der er omfattet af SL § 210. Uanset om de er lovlige lån efter § 210 eller ej.

Beskatning efter LL § 16 E skal ske, da dispositionen anses som en hævning uden tilbagebetalingspligt, og LL § 16 E er upåvirket af hvordan selskabsloven behandler dispositionen. På samme måde påvirker den skattemæssige behandling ikke, at selskabsloven kræver lånet indfriet, og indfrielse af lånet har ingen påvirkning på beskatningen. Disse forhold er med til at gøre reglerne vanskelige at administrere, da den skatteretlige behandling af lånet er uden forbindelse til anden lovgivning.

¹⁰⁸ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, afsnit 3.1

3.3 Hvad er omfattet af LL § 16 E

3.3.1 Lån

Egentlige lån fra selskab til kapitalejer er omfattet af LL § 16 E. Egentlige lån, er lån hvor en kapitalejer laver en reel pengeoverførsel fra kapitalselskabet til sig selv privat. Et egentligt lån kan ikke omfattes af undtagelsen som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da disse lån efter SKATs opfattelse ikke er lån der opstår som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Udlåner selskabet andre aktiver end penge til en hovedaktionær, så som en bolig, vil dette ikke være omfattet af LL § 16 E, men hjemmel til beskatning vil i stedet være i LL § 16, stk. 3.

I et høringsvar beder Corit Advisory P/S skatteministeren om at uddybe begrebet "direkte og indirekte lån".¹⁰⁹ Af skatteministerens svar hertil fremgår det, at begrebet "direkte og indirekte lån" er inspireret af ordlyden i SL § 210, men at det ikke er muligt at give en udtømmende beskrivelse af hvad begrebet omfatter. Der svares videre, at retningsgivende for fortolkningen af hvorvidt et indirekte lån er omfattet af § 16 E, vil være om det kontrollerede selskab finansierer kapitalejeren på en måde, som ikke er ved udbetaling af løn eller udbytte. Dette ville for eksempel kunne være, hvor et selskab låner penge til et selskab, der kontrollerer det långivende selskab, hvorefter det kontrollerende selskab videreudlåner pengene til kapitalejeren i det långivende selskab.

3.3.2 Sikkerhedsstillelser

Udover egentlige lån, er sikkerhedsstillelser også omfattet af LL § 16 E. Sikkerhedsstillelser opstår ved, at et selskab forpligter sig til at stille sikkerhed for et lån, der er optaget af kapitalselskabets kapitalejer. Kan kapitalejeren ikke betale sit lån, vil sikkerhedsstillelsen blive aktuel og det vil her være selskabet der skal indfri forpligtelsen. I lovteksten fremgår det, at sikkerhedsstillelser sidestilles med et lån. Det har den konsekvens, at en sikkerhedsstillelse omfattet af LL § 16 E, efter en skattemæssig betragtning anses som en hævning uden tilbagebetalingspligt.

I skatteministerens høringsvar til Corit Advisory P/S¹¹⁰, bliver ministeren bedt om at komme med yderligere afklaring i forhold til sikkerhedsstillelser for lån til tredjemand. Konkret spørges der til, om LL § 16 E udelukkende omfatter sikkerhedsstillelser, der juridisk forpligter kapitalselskabet over for långiveren, eller om også løse og alene moralsk bindende udsagn tillige er omfattet. Skatteministeren svarer hertil, at det primært vil være juridisk bindende aftaler, som vil være omfattet af bestemmelsen, som for eksempel en kaution. Det vil bero på en konkret vurdering, om det forhold at kapitalejeren har bestemmende

¹⁰⁹ L 199 2011/2012, bilag 14

¹¹⁰ L 199 2011/2012 bilag 14

indflydelse i kapitalselskabet kan betyde, at en hensigtserklæring fra selskabet om at garantere for hovedkapitalejerens gæld, reelt må anses for at være omfattet af bestemmelsen.

Kapitalejeren skal beskattes af sikkerhedsstillelsens pålydende værdi.¹¹¹ Sikkerhedsstillelsens pålydende værdi er selve værdien af sikkerhedsstillelsen og ikke størrelsen på lånet hvortil der er stillet sikkerhed. Det vil sige, at hvis selskabet har garanteret for en kapitalejers gæld for op til 1 mio. kr., vil sikkerhedsstillelsens pålydende værdi være på 1 mio. kr. uanset gældens størrelse, og uanset hvor stor risikoen er for, at garantien bliver aktuel.

Beskatning af sikkerhedsstillelser indtræder på det tidspunkt, hvor kapitalselskabet påtager sig sikkerhedsstillelsen. Bliver sikkerhedsstillelsen aktuel, vil det regreskrav selskabet får mod kapitalejeren ikke blive anset som en fordring, der skal beskattes efter LL § 16 E, idet dispositionen er blevet beskattet da selskabet pådrog sig sikkerhedsstillelsen.¹¹²

Formålet med at beskatte lånene efter LL § 16 E var, at kapitalejerne ikke skulle kunne hæve i deres kapitalselskaber til at finansiere deres privatforbrug. Dette er svært at se i sammenhæng med sikkerhedsstillelser, da der ved en sikkerhedsstillelse ingen hævning sker fra selskabet, som kan finansiere privatforbruget. Fordelen som en kapitalejer vil kunne opnå, er en bedre kreditværdighed og dermed bedre kreditvilkår. Beskatning af sikkerhedsstillelser virker hård og vi vil se på problemstillingen i afsnit 4.7.

3.3.3 Stille midler til rådighed

Begrebet omkring midler, der stilles til rådighed for kapitalejer, ses som betydningen for LL § 16 E, at være et opsamlingsbegreb i lighed med begrebets betydning i selskabsretten.¹¹³ Skatteministeren har i et høringsvar til FSR – danske revisorer¹¹⁴ i forbindelse med fremsættelsen af L 199 svaret, at ordlyden – stille midler til rådighed - er inspireret af den dagældende SL § 210, stk. 1. Formålet med formuleringen er, at den skal anvendes i en bred fortolkning af området for skattepligtige lån. Dette er dog ikke ensbetydende med, at fortolkningen af de to lovbestemmelser altid vil være ens, da de to lovbestemmelser varetager forskellige hensyn. Som følge heraf, er det ikke muligt for ministeren at afgive en udtømmende beskrivelse af, hvilke dispositioner, der er omfattet af LL § 16 E. Det nævnes dog at begrebet ”stille midler til rådighed” kan omfatte indgåede aftaler, hvor det efter vilkårene kan være usikkert om der reelt set foreligger et låneforhold.

¹¹¹ L 199 2011/2012 bilag 11 + 14

¹¹² L 199 2011/2012 bilag 14

¹¹³ Kruhl & Sørensen (2014), s. 123

¹¹⁴ L 199 2011/2012 bilag 21

Kruhl og Sørensen nævner i bogen "Kapitalejerlån og selvfinansiering" to konkrete transaktioner, som umiddelbart kunne være omfattet af begrebet. Det kunne eksempelvis være en situation, hvor en kapitalejer lejer fast ejendom ud til selskabet og kræver et unormalt højt depositum. Tilsvarende kunne det være en situation, hvor selskabet betaler store beløb forud, i samhandel med kapitalejeren.¹¹⁵

3.4 Personkredsen omfattet af LL § 16 E

3.4.1 Definition af personkredsen

I LL § 16 E står der skrevet at: *"... omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet ... til en fysisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt, forudsat at der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattet af § 2. "*

For at lån kan være omfattet af LL § 16 E skal lånet være ydet af et kapitalselskab omfattet af SSL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, eller et tilsvarende selskab, hjemmehørende i udlandet. Det betyder at følgende selskaber er omfattet:

- Indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber.
- Andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerne i selskabets indskudte kapital,
- Selskaber omfattet af SSL § 2 C og registrerede selskaber med begrænset ansvar.

Udover danske selskaber med begrænset hæftelse, er lån fra lignende udenlandske selskaber med begrænset hæftelse, også omfattet af LL § 16 E.¹¹⁶ Dette gælder også selvom lånet ikke strider imod lovgivningen eller er skattepligtigt, i landet hvor det låneudstedende selskab er hjemmehørende. Dermed gælder lovgivningen også for lån fra udenlandske selskaber.

Omfattet af SSL § 2 C er filialer af udenlandske selskaber og skattemæssige transparente enheder, der er registreringspligtige og som har vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark, eller hvor ledelsen sæde befinder sig i Danmark.

Ud fra ordlyden i LL § 16 E gælder beskatningen af kapitalejerlån kun fysiske personer, der er fuldt skattepligtige til Danmark efter KSL § 1, stk. 1. Det er samtidig et krav, at der skal være en forbindelse mellem långiver (kapitalselskabet) og låntager (kapitalejer), der følger af LL § 2.

¹¹⁵ Kruhl & Sørensen (2014), s. 123-124

¹¹⁶ L 199 2011/20012 Bilag 11

3.4.2 Bestemmende indflydelse

For at et kapitalejerlån falder ind under LL § 16 E er det et afgørende kriterie, at der foreligger bestemmende indflydelse. Bestemmende indflydelse er defineret i LL § 2, stk. 2 som:

”Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne”

Hvis en kapitalejer råder over mere end 50 procent af både stemmerettighederne og kapitalen, vil kapitalejeren have bestemmende indflydelse. Det samme er tilfældet for en kapitalejer, der ejer mere end 50 procent af stemmerne, men under 50 procent af kapitalen. Denne kapitalejer har med sit stemmeflertal, alt andet lige, kontrollen over selskabet og kan i sidste ende træffe alle beslutninger, herunder beslutninger om udlån til kapitalejere. Det vil være muligt, at der opstår situationer, hvor der selskabsretligt er bestemmende indflydelse, uden at det forekommer skatteretligt.

LL § 2 finder også anvendelse, hvis en kapitalejer ejer mere end halvdelen af kapitalen, men ikke har stemmemajoriteten. Kapitalejeren er omfattet af begrebet bestemmende indflydelse jf. LL § 2, stk. 2. da bestemmelsen siger mere end 50 procent af stemmerne eller kapitalen, men teoretisk set kan denne kapitalejer risikere ikke at bestemme over selskabets økonomiske beslutninger, herunder udlån. Derimod finder LL § 2, stk. 2 ikke anvendelse, hvis ejerandelen og stemmerettighederne kun udgør 50 % eller mindre da kapitalejeren ikke vil have bestemmende indflydelse over selskabet.

3.4.3 Medregning af indflydelse fra nærtstående mv.

Udover egne aktier og stemmerettigheder, medregnes aktier og stemmerettigheder, der ejes af koncernforbundne selskaber. Et koncernforbundet selskab er defineret i LL § 2, stk. 3, som værende en juridisk person, hvor samme kreds af deltagere har bestemmende indflydelse. I praksis betyder det, at stemmer der ejes af andre selskaber, hvori kapitalejeren og hans nærtstående har bestemmende indflydelse, medregnes ved opgørelsen af hvorvidt kapitalejeren ejer over 50 procent af stemmerne eller kapitalen i det oprindelige selskab.

Ligeledes medregnes aktier og stemmerettigheder, der ejes af kapitalejerens nærtstående jf. LL § 16 H, stk. 6. Den nærtstående personkreds er udtømmende defineret i LL § 16 H som den skattepligtiges ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn, børnebørn og denne gruppes ægtefæller og dødsbo. Stedbørn og adoptivforhold ligestilles med almindeligt slægtsskab. Det medfører dermed, at stemmer og aktier, der ejes af f.eks. søskende, forældres søskende samt deres ægtefæller og børn ikke anses som ejet af nærtstående i

denne sammenhæng. Endvidere medregnes aktier og stemmerettigheder, der indehaves af personer, som er fuldt skattepligtige til Danmark efter KSL § 1, i fællesskab med kapitalejerens kreds af nærtstående.

Aktier og stemmerettigheder, der ejes af en fond eller trust, som er stiftet af kapitalejeren, dennes koncernforbundne selskaber eller nærtstående personer jf. ovenfor, skal også medregnes.

3.4.4 Medregning fra andre selskabsdeltagere

I følge LL § 2, stk. 3, 3. pkt. skal der ved bedømmelse af bestemmende indflydelse medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, hvor der foreligger en aftale med denne part om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Af bemærkningerne til lovforslaget L 116 fremgår det, at "andre selskabsdeltagere" omfatter både fysiske og juridiske personer og både selvstændige skattesubjekter samt skattetransparente enheder.¹¹⁷ Dette gælder både direkte og indirekte ejerskab.

Hvad der konkret skal forstås ved fælles bestemmende indflydelse, vil bero på en konkret vurdering af den foreliggende aftale. I den konkrete vurdering er nedenstående forhold centrale momenter:¹¹⁸

- Fælles råden over flertallet af stemmerettigheder.
- Fælles udnævnelse/afsættelse af flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan.
- Fælles bestemmende indflydelse på selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse.

Derudover fremgår det af betænkningen, at en aktionæroverenskomst i sig selv ikke er nok til, at der hersker fælles bestemmende indflydelse.¹¹⁹ Fælles bestemmende indflydelse kræver, at det fællesejede selskabs løbende driftsforhold og finansielle forhold, i forholdsvis bredt omfang, skal være centralt reguleret i enighed mellem ejerne.¹²⁰

3.5 Undtagelserne til ligningsloven § 16 E

3.5.1 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Bestemmelsen i LL § 16 E indeholder en række transaktioner og handlinger, der ikke udløser beskatning. Første undtagelser er "*lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.*" Begrebet har været til stor diskussion da det ikke fremgår hvilke dispositioner der hører under undtagelsen sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.

¹¹⁷ Betænkning af 22. marts 2006 til L 116

¹¹⁸ Betænkning af 22. marts 2006 til L 116

¹¹⁹ Betænkning af 22. marts 2006 til L 116

¹²⁰ SKM2014.657.LSR

Lovbemærkninger

I lovbemærkningerne til LL § 16 E bliver sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, benævnt som *"det kan f.eks. være lån, der opstår som led i aktionærens almindelige samhandel med selskabet på almindelige kreditvilkår."*¹²¹

Høringssvar

Ministeren svarer til Corit Advisory P/S, at formuleringen "sædvanlig forretningsmæssig disposition", er inspireret af den tilsvarende formulering i SL § 212, og at praksis vedrørende denne bestemmelse vil være vejledende ved fortolkningen af LL § 16 E. Det anføres dog i forlængelse heraf, at de to paragraffer skal varetage to forskellige hensyn, og fortolkningen herved i visse situationer kan være forskellig.¹²²

Danske Advokater anfører i deres høringssvar, at begrebet "sædvanlige lån fra pengeinstitutter" jf. LL § 16 E, allerede forekommer at være dækket af undtagelsen om en sædvanlig forretningsmæssig disposition.¹²³ Skatteministeren svarer hertil, at lån fra pengeinstitutter særskilt i bestemmelsen er undtaget fra beskatning, selvom lånet ikke er ydet som led i en forretningsmæssig (hoved)disposition. Hertil suppleres det, at der ikke findes at være grundlag for at undtage alle lån fra selskaber, der har som formål at foretage udlån/finansiering.

Dette svar fra skatteministeren er centralt, da svaret, og fortolkningen af denne undtagelse i bestemmelsen vedrørende lån fra pengeinstitutter, i udpræget grad bliver benyttet af SKAT som løftestang, til at udelukke egentlige udlån fra at kunne være omfattet af begrebet "led i sædvanlig forretningsmæssig disposition". Argumentet jf. de hidtil offentliggjorte bindende svar fra SKAT, at egentlige udlån ikke kan være undtaget fra beskatning som værende led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da det ellers ikke ville have været nødvendigt at undtage sædvanlige lån fra pengeinstitutter, som netop er et egentligt udlån. Herved fortolker SKAT, at transaktioner, hvor selve lånet er hovedtransaktionen (som det er ved et sædvanligt lån fra et pengeinstitut) ikke kan være undtaget fra beskatning efter LL § 16 E, 2. pkt., 1. led, med mindre lånet kommer fra et pengeinstitut. Derimod kan udelukkende lån, hvor lånedelen er sekundær og hængt op på en sædvanlig og forretningsmæssig (hoved)disposition, være undtaget fra beskatning.

¹²¹ Lovforslag nr. 199, af 14. august 2012, s. 28

¹²² L 199 bilag 14

¹²³ L 199 bilag 11

Styresignal

I styresignalet SKM.2014.825.SKAT, kommer SKAT med deres fortolkning af begrebet "led i sædvanlig forretningsmæssig disposition". SKAT skriver, at en sædvanlig forretningsmæssig disposition er kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager tilsvarende dispositioner med uafhængige parter. Dernæst anføres det, at såfremt den omhandlende transaktion eller handling ikke tidligere er gennemført, må behandlingen heraf bero på en konkret vurdering af, hvorvidt selskabet ville foretage tilsvarende dispositioner med uafhængige parter. Der nævnes som eksempel et selskabs salg af fast ejendom til en kapitalejer, hvor handlen er finansieret af et sælgerpantebrev.

Den juridiske vejledning og retspraksis

I udgaven 2014-1 af den juridiske vejledning, tilføjes der en hel del tekst til beskrivelsen af undtagelsen vedrørende lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Offentliggørelsen af denne udgave af den juridiske vejledning, sker efter offentliggørelsen af de første bindende svar efter vedtagelsen af LL § 16 E.

I forlængelse af afsnittet omkring samhandel på almindelige kreditvilkår tilføjes det, at SKAT som udgangspunkt ikke vil beskatte lån, der ydes som led i en disposition med en kapitalejer, såfremt selskabet allerede løbende yder lån som led i tilsvarende dispositioner på tilsvarende vilkår med en uafhængig tredjemand. Dog anføres det, at SKAT efter en konkret vurdering stadig kan beskatte lånet, såfremt vilkårene for tredjemand er så dårlige, at de ikke kan tillægges betydning. Dette betyder nok, at såfremt selskabet overfor SKAT påviser handler med uafhængige parter, og disse af en eller anden grund indeholder meget dårlige vilkår, kan disse handler alligevel blive kendt uden betydning.

Herefter beskrives det, hvorledes SKAT fortolker en transaktion tilsvarende ovenstående, men hvor selskabet ikke løbende foretager den pågældende type af transaktion, ved salg af fast ejendom fra selskab til kapitalejer, finansieret af selskabet. Denne del går præcis på afgørelsen i SKM2013.113.SR, og må antages at være tilføjet den juridiske vejledning som konsekvens af denne afgørelse. I denne afgørelse afviser SKAT at godtage handlen af ejendommen som en sædvanlig forretningsmæssig disposition. SKAT henviser til SL § 212, og at denne bestemmelse er baseret på det generelle låneforbud fra 1982, hvorefter sædvanlige forretningsmæssige dispositioner som hovedregel er kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager lignende dispositioner med uafhængige parter. SKAT konkluderer, at selskabet ikke sædvanligvis sælger ejendomme og i den forbindelse yder lån ved salget, og derved kan der ikke være tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Baseret på dette første bindende svar, SKM2013.113.SR, er det altså så godt som udelukket, at en transaktion kan være sædvanlig og forretningsmæssig, hvis ikke selskabet løbende har transaktioner af samme art med uafhængige parter. Denne fortolkning modereres dog i SKM2014.107.SR. Dette bindende svar vedrører ligeledes overdragelse af fast ejendom fra kapitalselskabet til kapitalejeren med bestemmende indflydelse. Kapitalejeren spørger her til hvorvidt en eventuel saldo i selskabets favør på refusionsopgørelsen ved overdragelsen, vil medføre beskatning efter LL § 16 E. SKAT henviser til en lignende afgørelse vedrørende SL § 212 fra Erhvervsankenævnet, hvor denne refusionsopgørelse ikke sås at kunne betegnes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Alligevel kommer Skatterådet frem til, at de aftalte vilkår er sædvanlige i forhold til lignende handler mellem uafhængige parter på dette område og at selskabet ville have solgt ejendommen på lignende vilkår, hvis kapitalejeren ikke havde købt ejendommen. Skatterådet konkluderer på baggrund heraf, at transaktionen ikke vil være omfattet af LL § 16 E, hvis afregningen vedrørende refusionsopgørelsen i øvrigt kommer til at ske indenfor den tidsramme, som er sædvanlig ved handel med fast ejendom.

Denne praksis fra SKM2014.107.SR føres umiddelbart videre af Landsskatteretten i SKM.2016.633, som er den seneste retspraksis på området. Kapitalejerlånet bliver ikke godkendt, som værende en sædvanlig forretningsmæssig disposition, men Landsskatteretten anfører i dens begrundelse, at *"der er herved henset til, at selskabet ikke har foretaget ejendomssalg til uafhængige parter og ydet lån i den forbindelse, eller på anden måde påvist, at det ville have foretaget en tilsvarende transaktion med uafhængige parter. Det bemærkes herunder, at det ikke anses for en sædvanlig forretningsmæssig disposition at yde et lån til en potentiel køber af en ejendom."* Med denne begrundelse siger Landsskatteretten, at man ikke udelukkende skal kigge på om selskabet reelt har tilsvarende transaktioner med uafhængige parter, men også om selskabet ville have indgået den samme handel med en uafhængig tredjemand, og hvorvidt transaktionen kan anses som sædvanlig for branchen/typen, hvis ikke selskabet har haft andre af denne type transaktioner.

SKAT anfører i den juridiske vejledning¹²⁴ vedrørende dette, at det ikke er en betingelse for undtagelse fra beskatning, at selskabet tidligere har solgt fast ejendom til uafhængig tredjemand. Derimod vil det være en betingelse, at finansieringen er typisk for den pågældende type af ejendomshandel, at salget må antages at være i selskabets interesse samt at selskabet ville indgå tilsvarende handel med en uafhængig tredjemand. Endvidere skal det være dokumenteret, at selskabet ville yde en tilsvarende finansiering på samme vilkår til

¹²⁴ Dju C.B.3.5.3.3 Aktionærlån

tredjemand. Herudover er det anført som betingelse, at der skal være optaget maksimal ekstern finansiering i form af et realkreditlån eller lignende.

Til sidst i 2014-1-udgaven af den juridiske vejledning, tilføjes SKATs fortolkning af undtagelsen omkring lån fra pengeinstitutters indflydelse, på undtagelsen omkring sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, jf. også vores beskrivelse af dette under høringssvaret fra Danske Advokater. Mere præcist går beskrivelsen nu på, at lån uden modydelse, dvs. egentlige lån, kun er undtaget fra beskatning, hvis der er tale om sædvanlige lån fra pengeinstitutter. SKAT bygger dette på, at "egentlige lån" ikke kan undtages fra beskatning som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Denne tolkning er fulgt i SKM2014.15.SR, hvor et kapitalselskab ikke kan købe en andel af en fordring på et K/S, som kapitalejeren ejer en andel i. SKM2014.663.SR omhandler en nogenlunde identisk situation. Her er der blot tale om et regulært udlån fra et kapitalselskab ejet af skatteyderen og dennes ægtefælle til et kommanditselskab, hvor skatteyderen ejer 13,5 procent af anparterne. Skatterådet kommer frem til samme konklusion som i afgørelsen ovenfor, med samme begrundelse.

3.5.2 Selvfinansiering

Endvidere er lån til selvfinansiering jf. KSL § 206, stk. 2, 1 og 2 pkt. ikke omfattet af LL § 16 E. Ud fra lovens ordlyd må denne bestemmelse skulle forstås i nøjagtig overensstemmelse med SL § 206, og vi henviser til afsnit 2.5.1 for vores gennemgang her.

3.5.3 Sædvanlige lån fra pengeinstitutter

Såfremt en kapitalejer jf. LL § 2 har bestemmende indflydelse over et pengeinstitut, vil kapitalejerens optagelse af sædvanlige lån hos pengeinstituttet ikke være omfattet af LL § 16 E. Vi vil ikke gøre meget ud af denne del af bestemmelse, da vi antager at det har betydning for meget få personer. Dog vil vi nævne, at SKAT anser realkreditlån, som er finansieret ved udstedelsen af obligationer, som værende omfattet af bestemmelsen.¹²⁵

3.5.4 Delvist indbetalt selskabskapital

Efter SL § 33, er det muligt under visse betingelser at stifte et kapitalselskab, uden at selskabskapitalen er fuldt indbetalt. Den del af selskabskapitalen, der ikke er indbetalt, kan af selskabets centrale ledelsesorgan kræves indbetalt på anfordring. I et høringssvar til Deloitte svarer skattemisteren følgende: *"Lånet opstår som led i aktionærens erhvervelse af aktier i selskabet. Situationen kan dermed sidestilles med tilfælde, hvor*

¹²⁵ Djv C.B.3.5.3.3 Aktionærlån

en aktionær på anden måde køber et aktiv fra selskabet. Det vil sige, at lånet skal anses for ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Udstedelse af aktier, hvor aktiekapitalen kun er delvist indbetalt, er således ikke omfattet af reglerne om beskatning af aktionærlån, hvis den konkrete aktieudstedelse i øvrigt sker på sædvanlige vilkår.”¹²⁶ Dermed sagt vil det tilgodehavende hos kapitalejeren, som opstår ved anvendelse af dette regelsæt, ikke være omfattet af LL § 16 E.

3.5.5 Fejlekspeditioner

Ordlyden i bestemmelsen i LL § 16 E hjemler ikke umiddelbart, at man kan undgå beskatning ved kapitalejerlån, selvom der er tale om en fejlekspedition. Skatteministeren skriver i et høringsvar til FSR: *”Adgangen til at rette fejl eller søge omgørelse følger de almindelige regler herom. Hvis lånet er opstået ved en ren fejlekspedition, kan fejlen rettes uden at søge omgørelse efter skatteforvaltningslovens § 29. Hvis der ikke er tale om en ren fejlekspedition, er adgangen til omgørelse afhængig af, om betingelserne i skatteforvaltningslovens § 29 er opfyldt. En af de afgørende betingelser for omgørelse er, at dispositionen utvivlsomt skal have haft utilsigtede skattemæssige virkninger, der er væsentlige. Det er anført i bemærkningerne til lovforslaget, at de skattemæssige konsekvenser af at optage et aktionærlån som udgangspunkt må forventes, at være forudset på dispositionstidspunktet, hvis der er en klar og almindelig kendt lovregel herom. Der skal dog altid foretages en konkret vurdering af, om betingelserne for omgørelse er opfyldt.”*

I et høringsvar til BDO skriver skatteministeren, at hvis det er en ren fejlekspedition, at selskabet har betalt kapitalejernes regning, kan fejlen rettes uden at søge omgørelse efter skatteforvaltningens § 29. Rene ekspeditionsfejl tilbageføres uden skattemæssige konsekvenser og uden tilladelse fra SKAT. Det fremgår ligeledes, at det ikke er muligt at søge omgørelse jf. SL § 29, i de tilfælde hvor der ikke er tale om en fejl.

Det er i lovforarbejderne ikke præciseret hvad der skal forstås ved en ”fejlekspedition”. Den juridiske vejledning omtaler kun situationer, hvor det er penge der bliver overført til kapitalejeren ved en fejl.¹²⁷ Ud fra ovenstående må det konkluderes, at en fejlekspedition omhandler de situationer, hvor der fejlagtigt er betalt en af kapitalejernes regninger eller der er indsat penge på kapitalejerens konto.

I SKM2014.17.SR skriver Skatterådet, at det beror på en konkret vurdering, hvorvidt der er tale om en ren fejlekspedition som kan annulleres skattemæssigt, og anfører videre, at formålet med LL § 16 E forspildes, hvis skatteyderne uden videre kan slippe for beskatning ved at tilbagebetale lånet.

¹²⁶ L 199 2011/12, bilag 13

¹²⁷ Dju C.B.3.5.3.3 Aktionærlån

I den konkrete afgørelse, havde en hovedkapitalejer hævet mere fra selskabet i udbytte end hvad der var vedtaget på generalforsamlingen. Skatterådet konkluderer, at det må have stået klart for kapitalejeren som værende både kapitalejer, direktør eller efter oplysning fra kapitalejerens rådgiver, at kapitalselskabet skal indeholde, indberette og indbetale udbytteskat af det på generalforsamlingen vedtagne udbytte, og at kapitalejeren således ikke kan hæve hele det vedtagne udbyttebeløb. Skatterådet konkluderer derved, at de for store hævninger ikke kan kategoriseres som en fejlekspedition.

3.5.6 Omgørelse efter skatteforvaltningsloven § 29

Udover ovenstående mulighed for at omgøre rene fejlekspeditioner, er der også for kapitalejerlån mulighed for at søge den "almindelige" omgørelse efter skatteforvaltningslovens § 29. Betingelser, der skal være opfyldt for at kunne opnå omgørelse er jf. bestemmelsen at:

- Dispositionen i overvejende grad ikke må være foretaget for at spare eller udskyde skat,
- Dispositionen skal utvivlsomt have haft væsentligt uhensigtsmæssige virkninger,
- Dispositionen skal have været lagt klart frem for myndighederne
- Konsekvenserne af eventuel omgørelse skal være enkle og overskuelige.
- Alle der bliver berørt af omgørelsen, skal tiltræde den.

Det fremgår dog af lovbemærkningerne, at de skattemæssige virkninger af kapitalejerlånet, som udgangspunkt må anses for at være forudset på tidspunktet for dispositionen eftersom der vil være en klar og almindelig kendt lovregel herom. Det fremgår dog samtidig, at der altid skal foretages en konkret vurdering af om betingelserne for omgørelse efter skatteforvaltningslovens § 29 er opfyldt.

3.6 Skattemæssige konsekvenser af et kapitalejerlån

3.6.1 Hævning uden tilbagebetalingspligt

Hjemlen til beskatning af lån til kapitalejer er ikke LL § 16 E. Denne bestemmelse siger blot, at disse lån skal anses som en hævning uden tilbagebetalingspligt. I forarbejderne står der at et kapitalejerlån skal behandles efter skattelovgivningens almindelige regler om hævninger uden tilbagebetalingspligt, hvoraf hævninger uden tilbagebetalingspligt enten beskattes som udbytte eller løn.¹²⁸

De skattemæssige konsekvenser for kapitalejeren er som udgangspunkt, at en hævning uden tilbagebetalingspligt skal beskattes som udbytte, men såfremt kapitalejeren er ansat i selskabet, vil lånet

¹²⁸ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 27.

kunne beskattes som løn, hvis beløbet i øvrige kan indeholdes i hvad der anses for en rimelig aflønning af kapitalejeren.¹²⁹ Det må antages, at kapitalejeren og selskabet altid kan vælge at beskatte lånet som udbytte, uanset om kapitalejeren er ansat i selskabet og dennes aflønning, men en beskatning som løn vil kræve en konkret vurdering af kapitalejerens arbejdsindsats og aflønning.

Såfremt hævnningen uden tilbagebetalingspligt klassificeres som lønindkomst, vil selskabet kunne fradrage beløbet i dets skattepligtige indkomst. Beløbet vil hos kapitalejeren blive beskattet som personlig indkomst. Såfremt beløbet klassificeres som udbytte har selskabet ikke fradrag herfor, og beløbet vil blive beskattet som aktieindkomst hos kapitalejeren. Beskatningen, hvad enten det sker som udbytte eller som løn, skal ske på udbetalingstidspunktet.¹³⁰

Fordelingen mellem løn og udbytte kan potentielt godt have betydning for kapitalejeren i sidste ende, men såfremt kapitalejeren i forvejen både ligger over grænsen for topskat og over progressionsgrænsen¹³¹ for aktieindkomst vil fordelingen have minimal effekt. Er kapitalejeren under én af de to grænser kan der spekuleres i, hvad der vil være mest fordelagtigt for kapitalejeren.

Er lånet ydet til en person, der er kapitalejerens nærtstående og derfor er omfattet af LL § 16 E, men som ikke er ansat eller kapitalejer, vil lånet ikke kunne beskattes som løn eller udbytte hos låntageren. I stedet vil hævnningen blive anset for, at have passeret hovedkapitalejeren på vej til den nærtstående låntager. Hovedkapitalejeren vil blive beskattet af lånet som enten løn eller udbytte, og låntager vil blive anset for, at have modtaget en gave fra kapitalejeren, der alt efter relationen mellem disse, vil kunne medføre beskatning for låntageren.¹³²

Som beskrevet i afsnit 3.3 er det den enkelte hævnning der er skattepligtigt, hvilket er vigtigt at have for øje. Har en kapitalejer for eksempel foretaget følgende indbetalinger og udbetalinger:

	Kontant bevægelse	Saldo	Til beskatning 2017
Primo		-25.000 kr.	
(+) Aktionærens udbetaling	100.000 kr.	75.000 kr.	75.000 kr.
(-) Aktionærens indbetaling	-50.000 kr.	25.000 kr.	
(+) Aktionærens udbetaling	50.000 kr.	75.000 kr.	50.000 kr.
Samlet beskatning i 2017			125.000 kr.

Figur 3 kapitalejeres hævnninger i kapitalselskabet¹³³

¹²⁹ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 27.

¹³⁰ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 27.

¹³¹ i 2017 er denne DKK 51.700

¹³² Kruhl & Sørensen (2014), s.106

¹³³ Inspiration: Kruhl & Sørensen (2014), s. 107

Hver udbetaling, der medfører at selskabet får et tilgodehavende skal beskattes. I ovenstående eksempel har kapitalejerne hævet i alt 150.000 kr. i indkomståret, men skal kun beskattes af 125.000 kr., da kapitalejeren på et tidspunkt havde et tilgodehavende på 25.000 kr. Det har ingen betydning for det skattepligtige beløb, at kapitalejeren på intet tidspunkt har haft rådighed over mere end 75.000 kr.¹³⁴

3.6.2 Pligt til indeholdelse af A-skat eller udbytteskat

Er der foretaget en disposition, omfattet af LL § 16 E, har selskabet pligt til at indeholde A-skat eller udbytteskat efter de gældende bestemmelser herom i kildeskatteloven.¹³⁵ Såfremt hævnningen beskattes som løn har selskabet pligt til at indeholde A-skat og AM-bidrag efter KSL § 46, stk. 1 og KSL § 49, stk. 1. Beskattes hævnningen som udbytte, har selskabet pligt til at indeholde udbytteskat på 27 procent af udbyttet jf. KSL § 65, stk. 1. Selskabet har pligt til at indeholde skatten på udbetalingstidspunktet.

I sagens natur, vil der på tidspunktet for dispositionen, der fører til en hævnning uden tilbagebetalingspligt efter LL § 16 E, ikke være indeholdt skat, da dispositionen ikke har været behandlet som løn eller udbytte på dette tidspunkt. I lovforarbejderne er det anført, at en hævnning uden tilbagebetalingspligt er omfattet af de allerede gældende regler omkring indeholdelse af A-skat eller udbytteskat.¹³⁶

At den manglende indeholdelse skal behandles efter de allerede gældende regler betyder, at selskabets ledelse kan ifalde ansvar for manglende indeholdelse. Vi vil ikke komme nærmere ind på sanktionerne, men blot konstatere, at selskabets ledelse efter KSL § 74, stk. 1, nr. 1 kan straffes med bøde ved manglende indeholdelse.

I en henvendelse fra BDO¹³⁷, spørges der til behandlingen af situationer, hvor SKAT gør hæftelsen for kildeskatten gældende over for selskabet, og selskabet indbetaler kildeskatten og der derved opstår et krav for selskabet mod kapitalejeren. BDOs spørgsmål går på om det nye lån også i forhold til LL § 16 E skal anses for et nyt lån, til dette svarer Skatteministeren: *"Idet aktionærens gæld til selskabet er afhængigt af, hvorledes opkrævningen af den ikke indeholdte skat gennemføres, er udgangspunktet at der i de nævnte tilfælde ikke vil være tale om et nyt skattepligtigt lån"*.

Regreskrav mod kapitalejeren vil som udgangspunkt ikke være et nyt skattepligtigt kapitalejerlån. Dog anses regreskravet for et nyt skattepligtigt lån omfattet af LL § 16 E, såfremt kapitalejeren ikke har indbetalt kildeskatten til selskabet, inden selskabets selvangivelsesfrist i året efter at lånet er optaget. Indbetaler

¹³⁴ Kruhl & Sørensen (2014), s. 107

¹³⁵ SKM2014.825.SKAT

¹³⁶ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 27.

¹³⁷ L 199 2011/12, bilag 7

kapitalejeren ikke kildeskatten til selskabet inden denne frist, er der tale om en ny transaktion omfattet af LL § 16 E.¹³⁸

3.6.3 Dobbeltbeskatning

Konsekvensen af et lån omfattet af LL § 16 E, er at lånet skal beskattes på udbetalingstidspunktet, som enten løn eller udbytte.¹³⁹ Er der samtidig tale om et ulovligt kapitalejerlån efter SL § 210, er der også krav om tilbagebetaling til selskabet jf. SL § 215. I forbindelse med hævnningen, der medfører lånet, sker den første beskatning af lånet. Det fremgår klart af lovbemærkningerne, at beskatning af et lån ikke ophæves ved efterfølgende tilbagebetaling af lånet til selskabet. Efterfølgende når kapitalejeren ønsker at hæve beløbet igen, som enten udbytte eller løn, beskattes det samme beløb en gang til. Dette vil for eksempel kunne ske, hvis kapitalejerne ikke selv har likvider til at kunne tilbagebetale lånet og derfor må hæve løn eller udbytte i selskabet, for at få likvider til at tilbagebetale lånet. For at imødegå en eventuel dobbeltbeskatning har SKAT fremlagt løsningsforslag til denne problemstilling. SKAT beskriver i styresignalet,¹⁴⁰ at når der er sket beskatning af et lån til kapitalejer efter LL § 16 E, eksisterer dispositionen ikke længere i skattemæssig henseende, da der er tale om en hævning uden tilbagebetalingspligt. Hvis selskabet herefter selskabsretligt udlodder fordringen mod kapitalejeren til kapitalejeren, er der reelt set ikke udloddet noget skattemæssigt og udlodningen vil dermed ikke skulle beskattes som aktieindkomst hos kapitalejeren.

3.7 Renter

3.7.1 Renter af lån der ikke er omfattet af LL § 16 E

Er der tale om et lån, der er opstået før 14. august 2012, og dermed ikke omfattet af LL § 16 E, skal renterne på lånet behandles efter skattelovgivningens sædvanlige regler. Ud fra disse regler har låntageren fradrag for renteudgifterne og selskabet, der er långiver, er skattepligtig af renteindtægterne. Renter der tilskrives et lån efter 14. august 2012 eller senere, på et lån der er opstået før 14. august 2012, skal ikke anses som et nyt lån omfattet af LL § 16 E. Hertil svarer skatteministeren i en kommentar til et høringsvar fra BDO, at tilskrevne renter ikke vil være omfattet af LL § 16 E, så længe de betales på markedsvilkår.¹⁴¹ Det kan dog ske, at der sker så væsentlige ændringer i lånevilkårene, at det medfører at, lånet i skattemæssig henseende bliver anset som et nyt låneforhold, som dermed vil betyde at lånet, der før ikke

¹³⁸ SKM2014.825.SKAT

¹³⁹ jf. afsnit 3.6.1

¹⁴⁰ SKM2014.825.SKAT

¹⁴¹ L 199 2011/2012 bilag 16

var omfattet af LL § 16 E, nu vil blive omfattet af LL § 16 E. Dette vil have den konsekvens, at lånet bliver skattepligtigt og at renterne ikke længere vil være fradragsberettigede for låntageren.¹⁴²

3.7.2 Renter af lån der er omfattet af LL § 16 E

Som det er beskrevet tidligere i opgaven, er et kapitalejerlån ikke længere et lån skatteretligt, efter at beløbet har undergået beskatning efter LL § 16 E. Derimod bliver lånet anset som en hævning uden tilbagebetalingspligt, og derved eksisterer der ikke længere et lån skatteretligt.¹⁴³

Selskabsretligt eksisterer der dog stadig et lån, hvor der skal tilskrives renter i henhold til SL § 215. At lånet ikke eksisterer skattemæssigt har den konsekvens, at renter ikke anses som renter skattemæssigt, men i stedet som et tilskud til selskabet. Selskabet er skattepligtigt af dette tilskud og låntageren har ikke skattemæssigt fradrag for tilskuddet.¹⁴⁴ Er kapitalejerlånet lovliggjort, hvor en af betingelserne er, at lånet skal ydes på markedsvilkår, vil selskabet være skattepligtigt af renterne og kapitalejerne vil have skattemæssigt fradrag for renterne. Som udgangspunkt anses tilskrevne renter på lånet ikke som et nyt kapitalejerlån, selvom renterne forøger kapitalejerens gæld til selskabet, når rentetilskrivningen foregår på markedsvilkår. Dog har SKAT den 27. februar 2017, udsendt et udkast til et styresignal,¹⁴⁵ omhandlende hvornår rentetilskrivninger på et kapitalejerlån, vil blive anset som et nyt kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E. Ønsket med styresignalet er at præcisere, hvor længe SKAT vil vente med at anse en tilskreven rente, for at være et nyt lån omfattet af LL § 16 E. Her skal gælde de samme regler, som for manglende indbetaling af kildeskat fra kapitalejeren til selskabet. Det betyder, at en rentetilskrivning vil blive anset som et nyt kapitalejerlån, medmindre renten betales inden selvangivelsesfristen for det år, som renterne vedrører. FSR har 15. marts 2017 afgivet bemærkning til udkastet.¹⁴⁶ Her påpeger FSR over for SKAT, at den måde SKAT vil behandle de tilskrevne renter på et lån, der ikke eksisterer i skattemæssig henseende, reelt vil være beskatning af en udgift.¹⁴⁷ Styresignalet er nu historisk og ikke gældende, og der er endnu ikke indskrevet en ny praksis i den juridiske vejledning, hvorfor vi må afvente og se hvad praksis bliver fremadrettet.

¹⁴² SKM2014.825.SKAT

¹⁴³ Afsnit 3.6.1

¹⁴⁴ Kruhl & Sørensen (2014), s. 142

¹⁴⁵ Udkast til startsignal om aktionærlån sag.nr. 14-1042678

¹⁴⁶ Høringssvar fra FSR til Udkast til startsignal om aktionærlån sag.nr. 14-1042678

¹⁴⁷ Høringssvar fra FSR til Udkast til startsignal om aktionærlån sag.nr. 14-1042678

3.8 Tilbagebetaling af lån

Beskatning af et lån omfattet af LL § 16 E vil ikke blive ophævet ved tilbagebetaling af lånet til selskabet. Kapitalejeren har en tilbagebetalingspligt til selskabet, og efter de civilretlige regler, skal denne tilbagebetaling behandles som et tilskud til selskabet, da der skattemæssigt ikke foreligger et lån. Det er dog i LL § 16 E, stk. 2 vedtaget, at det *"Ved tilbagebetaling af lån mv., der er beskattet efter stk. 1, medregnes det tilbagebetalte ikke ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst."* Det tilbagebetalte beløb skal derfor ikke medregnes ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst, og derved sker der ikke dobbeltbeskatning af lånet.

3.9 Betalingskorrektur

Vedtagelsen af LL § 2 medføre at SKAT kan korrigere prisen på en transaktion, hvis transaktionen ikke er foretaget på markedsvilkår. I samme § 2, blev den nugældende LL § 2, stk. 5 indsat, hvorefter der for skatteyder er mulighed for at påberåbe sig betalingskorrektur, såfremt SKAT har ændret f.eks. prisen på en transaktion. Korrektur vil være forskellen mellem den faktiske foretagne disposition og hvad denne burde havde været efter armslængdeprincippet. Det betyder i praksis, at skatteyder/kapitalselskab har mulighed for at betale differencen efter SKAT har korrigeret prisen på en transaktion, og dermed undgå at blive beskattet af denne difference.¹⁴⁸

Det kan illustreres ved et eksempel, hvor enekapitalejeren sælger et aktiv til sit kapitalselskab. SKAT finder, at prisen er for høj og sænker prisen på aktivet med hjemmel i LL § 2, stk. 1 (Primær justering i SKATs terminologi). Hvis der ikke foretages yderligere, bliver skatteyderen beskattet af forskellen mellem den oprindelige og SKATs pris (sekundær justering i SKATs terminologi) som udbytte eller alternativt som lønindkomst hvis kapitalejeren er ansat i kapitalselskabet. Skatteyderen kan med hjemmel i LL § 2, stk. 5 påberåbe sig betalingskorrektur og indbetale forskelsbeløbet til selskabet og herved undgå at blive beskattet af differencen (undgå den sekundære justering).

Med vedtagelsen af LL § 16 E, blev der samtidig tilføjet følgende i LL § 2, stk. 5, at *"Det er en forudsætning for anvendelsen af 1. pkt., at den påtagne forpligtelse også opfylder de i stk. 1 anførte betingelser. 1. pkt. gælder ikke i det omfang, den påtagne forpligtelse er omfattet af § 16 E."*

Dette betyder at betalingsforpligtelsen, der opstår ved en påberåbelse af betalingskorrektur, skal være på markedsvilkår. Der skal foreligge en aftale om afvikling af forpligtelsen på markedsvilkår. Ligeledes skal kapitalejeren have evnen til at opfylde denne forpligtelse, og hvis der er tvivl om dette, skal der være stillet

¹⁴⁸ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 8 og 9

betryggende sikkerhed for betalingsforpligtelsen, for at betalingsforpligtelsen kan anses for at være på markedsvilkår.¹⁴⁹ Endvidere skal betalingsforpligtelsen betales til SKAT inden for rimelig tid efter SKATs korrektion er indtruffet. Det vil sige at rimelig tid vil være, hvad uafhængige parter vil aftale under tilsvarende forhold. En afviklingsperiode på 1-3 måneder kan normalt accepteres, i tilfælde hvor et aktiv sælges for dyrt til selskabet.¹⁵⁰ Dette forhold er indsat i LL § 2, stk. 5, 3. pkt. for at undgå at en hovedkapitalejer kan påtage sig en proforma betalingsforpligtelse.¹⁵¹ Dermed kan en hovedkapitalejer ikke forpligte sig til at foretage en betalingskorrektion og dermed undgå beskatning efter LL § 16 E.

Ved en vurdering af om en disposition mellem kapitalselskabet og hovedkapitalejeren er sket efter LL § 2, stk. 1 tages der højde for den skønsusikkerhed der kan opstå. Har SKAT vurderet, at en disposition ikke er sket på sædvanlige markedsvilkår, men at dispositionen alligevel ligger inden for en accepteret skønsmæssig usikkerhed, kan der godt ske betalingskorrektion efter LL § 2, stk. 5, uden at der foreligger et nyt kapitalejerlån der skal beskattes efter LL § 16 E. Betalingsforpligtelsen anderkendes stadig skattemæssigt som et lån.¹⁵²

Den del af en korrektion til markedsværdi, der ligger indenfor ”skønsmæssig usikkerhed”, kan fortsat repareres ved at påtage sig betalingsforpligtelsen, hvorimod den del som ligger uden for skønsmæssig usikkerhed vil være en transaktion omfattet af LL § 16 E.

Et eksempel herpå kan være, hvor en hovedkapitalejer køber en ejendom af selskabet til 4 mio. kr. SKAT anser ejendommens værdi for at være 4,3 mio. forskellen på de 0,3 mio. anses for at ligge inden for normal skønsusikkerhed ved værdiansættelse af fast ejendom. I dette tilfælde vil en påtagelse af en betalingsforpligtelse som udgangspunkt ikke blive anset for et nyt kapitalejerlån, der skal beskattes efter LL § 16 E, forudsat at handlen ellers er sket på markedsvilkår.¹⁵³ Havde ejendommen bevist været solgt til underpris til hovedkapitalejeren ville betalingskorrektionen blive beskattes efter LL § 16E.

3.10 Gældseftergivelse

Med vedtagelsen af L 199 A blev ikke kun LL § 16 E, men også kursgevinstlovens § 21, stk. 2 vedtaget. Inden vedtagelsen af L 199 A, blev kapitalejeres gevinst på eftergivelse af gæld til selskaber, hvori de ejede aktier eller anparter, kun beskattet såfremt gælden blev eftergivet længere ned end kursværdien for selskabet på tilgodehavendet mod kapitalejeren. Det vil sige, at hvis selskabet eftergav hele fordringen mod

¹⁴⁹ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 26

¹⁵⁰ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 26

¹⁵¹ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 9

¹⁵² Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 9

¹⁵³ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 26

kapitalejeren, men fordringen rent faktisk havde en værdi for selskabet, blev kapital ejeren beskattet af kursværdien.

Med vedtagelsen af L 199 bliver hele eftergivelsen skattepligtig for kapital ejeren og dennes nærtstående efter aktieavancebeskatningslovens § 4, stk. 2. Det spiller således ingen rolle for kapital ejeren, at fordringen mod ham reelt er værdiløs for selskabet – han skal stadig beskattes af hele eftergivelsen. Her skal kapital ejeren ikke have bestemmende indflydelse og kapital ejeren skal blot have ejet aktier i det pågældende selskab siden stiftelsen af mellemværendet. En eftergivelse af selskabets fordring mod kapital ejeren skal ikke beskattes efter KGL § 21, stk. 2, hvis den oprindelige disposition, hvor lånet opstod, var omfattet af LL § 16 E. Det vil dermed primært være i tilfælde hvor lån opstået før 14. august 2012 bliver eftergivet, at denne bestemmelse vil få betydning.

3.11 Delkonklusion

Med vedtagelsen af L 199 i 2012, blev § 16 E indført i ligningsloven. Indførelsen af loven medfører de hidtil strammeste regler på området, og de skattemæssige konsekvenser af et kapital ejerlån er herved forstærket væsentligt. Formålet med LL § 16 E var at fjerne de skattemæssige incitamenter til at optage kapital ejerlån i kapital selskabet, som et skattefrit alternativ til lån eller udbytte, samt at nedbringe antallet af kapital ejerlån.

Indførelsen af LL § 16 E har den betydning, at fysiske kapital ejere med bestemmende indflydelse efter LL § 2, der modtager lån fra kapital selskaber, skal beskattes af lånet på hævnings tidspunktet. Omfattet af loven er ligeledes kapital ejerens nærtstående.

Det er ikke kun lån, som er omfattet af LL § 16 E, men også sikkerhedsstillelser afgivet af kapital selskabet overfor kapital ejerens kreditorer, og midler der er stillet til rådighed for kapital ejeren. Sikkerhedsstillelser beskattes med den fulde værdi. Beskatning efter LL § 16 E gælder uanset om et kapital ejerlån eller en sikkerhedsstillelse er ulovlig eller lovlig i forhold til selskabsretten, og derfor er det vigtigt at en hoved kapital ejer er opmærksom, når der foretages dispositioner med kapital selskabet.

I skatteretten bliver et kapital ejerlån ikke betragtet som et lån, da det i forhold til LL § 16 E anses som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Dette betyder, at lånet skatteretligt ikke skal tilbagebetales, men i stedet skal lånet beskattes som løn eller udbytte hos kapital ejeren på udbetalings tidspunktet. Dette ændrer ikke på, at lånet selskabsretligt skal tilbagebetales til kapital selskabet, og en tilbagebetaling af lånet til selskabet ændrer ikke på beskatningen.

En hævning, der er kvalificeret som udbytte, har kapitalselskabet ikke skattemæssig fradrag for. Er hævningen derimod kvalificeret som løn, vil selskabet have skattemæssig fradrag for hævningen. En kapitalejer kan kun kvalificere en hævning som løn, hvis kapitalejeren er ansat i selskabet og hævningen står i rimeligt forhold til kapitalejerens arbejdsindsats. Tilbagebetalingen af kapitalejerlån til kapitalselskabet, skal efter LL § 16 E, stk. 2 ikke medregnes i selskabets skattepligtige indkomst. Omkvalificering af lånet til udbytte eller løn, medfører pligt for selskabet til at indeholde kildeskatter.

Kapitalselskabers udlån til kapitalejere, kan undtages fra beskattning såfremt lånet er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Det typiske tilfælde er ved et selskabs normale samhandel med kapitalejer på sædvanlige kreditvilkår. SKAT lægger endvidere vægt på hvorvidt selskabet foretager lignende transaktioner med uafhængige parter eller om selskabet kan godtgøre, at det ville foretage en lignende disposition med en uafhængig part. Egentlige pengeudlån kan efter SKATs nuværende praksis ikke anses som en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Manglende iagttagelse af lovgivningen for kapitalejerlån, kan altså have anseelige konsekvenser, hvis der foretages hævninger i kapitalselskabet, som ikke kan undtages som en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Kapitel 4 Problemstillinger selskabsretligt og skatteretligt

4.1 Indledende forhold

4.1.1 Hvornår foreligger der et kapitalejerlån?

Der er forskel på hvornår der foreligger et kapitalejerlån og hvem der er omfattet af reglerne selskabsretligt og skatteretligt. Nedenfor vil forskellene og lighederne blive gennemgået.

Selskabsretligt foreligger der som udgangspunkt et kapitalejerlån, når kapitalselskabet yder lån, stiller midler til rådighed eller stiller sikkerhed for kapitalejer og ledelsen i selskabet, moderselskabet eller andre udenlandske selskaber. Hertil er der visse undtagelser. Det er både juridiske og fysiske personer, der er omfattet. Det har i den selskabsretlige sammenhæng ingen betydning om kapitalejerne har bestemmende indflydelse. Skatteretligt foreligger der som udgangspunkt et kapitalejerlån, når et selskab yder lån eller stiller sikkerhed for fysiske personer der har bestemmende indflydelse i selskabet. Hertil gælder ligeledes visse undtagelser.

Den første forskel der er på hvornår der foreligger et kapitalejerlån i selskabsretten og et skattepligtigt lån i skatteretten er, at kun fysiske og ikke juridiske personer er omfattet skatteretligt. Selskabsretligt er både fysiske og juridiske personer omfattet. Det betyder, at et lån mellem to kapitalselskaber aldrig vil kunne være et skattepligtigt kapitalejerlån i skatteretlig henseende, men et sådant lån kan godt være et ulovligt kapitalejerlån selskabsretligt.



Figur 4 – Kapitalejerlån – hvem er omfattet?¹⁵⁴

¹⁵⁴ Figuren er taget fra R.R 2017.02.0054, s. 9

Ovenstående figur illustrerer hvilken personkreds, der kun hører under de selskabsretlige regler, de skatteretlige regler og hvem der hører under begge regelsæt. Cirklen i midten er den personkreds, hvor det nu selskabsretligt er blevet lovligt, under visse forudsætninger at optage kapitalejerlån og som stadig skal beskattes efter LL § 16 E. Dette skal denne personkreds være særlig opmærksom på, da det kan medføre økonomiske konsekvenser, at optage et lovligt kapitalejerlån og samtidig ikke at have været opmærksom på de skatteretlige regler.

4.1.2 Formålene med SL § 210 og LL § 16 E

I selskabsretten er det primære formål med reglerne for kapitalejerlån, at beskytte kapitalselskabets kreditorer mod tab. Det sekundære formål med reglerne er at undgå, at der tages midler ud af selskabet uden der bliver betalt skat heraf. I forbindelse med ændringen af SL § 210, står der i lovbemærkningerne, at det er regeringens mål at skabe en mere enkel, klar og effektiv erhvervslovgivning, hvorfor virksomheder får en øget fleksibilitet til at yde kapitalejerlån. Ligeledes står der, at det er regeringens opfattelse, at hensynet til kapitalselskabets kreditorer vil kunne varetages på betryggende vis, uden et totalforbud mod kapitalejerlån for derved, at skabe mere fleksibilitet for de danske selskaber.

I skatteretten er det primære formål med reglerne i LL § 16 E at fjerne de skattemæssige incitamenter, der var for en kapitalejer ved at optage lån i kapitalselskabet, som et skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte, samt at nedbringe antallet af ulovlige kapitalejerlån. I det første fremsatte lovforslag tilbage i 2010, var der taget hensyn til de selskabsretlige regler, da der var taget højde for den dobbeltbeskatning, der ville opstå, når et lån skulle tilbagebetales jf. SL § 215 og beskattes efter LL § 16 E. Den vedtagne form af LL § 16 E er der ikke taget hensyn til de selskabsretlige regler og heller ikke til den dobbeltbeskatning, der kan opstå. LL § 16 E omtales som en værnsregel, men der kan stilles spørgsmålstejn til, hvad loven er en værnsregel imod. Hvis det var en værnsregel imod SL § 210, for at sikre overholdelse af forbuddet, er det bemærkelsesværdigt at loven ikke er ændret, så den harmonerer med den nye SL § 210, hvor kapitalejerlån kan ydes lovligt til en kapitalejer.

4.1.3 Forskelle og ligheder på SL § 210 og LL § 16 E

Nærtstående begrebet er også forskelligt i selskabsretten og skatteretten. I selskabsretten omfatter begrebet nærtstående personer, der er forbundet ved ægteskab eller ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje. Dette vil være ægtefælle, bedsteforældre, børn, adoptivbørn, børnebørn og stedbørn. Ligeledes er personer, der står kapitalejeren særlig nær omfattet. Begrebet særlig nær skal tolkes ud fra en konkret vurdering. Søskende vil kunne falde ind under begrebet særlig nær. Dette vil dog igen bero på en

konkret vurdering og om dispositionen mellem søskende, ville være foretaget med en uafhængig tredjepart. Personsselskaber kan også falde ind under begrebet særlig nær, hvis en kapitalejer eller et ledelsesmedlem hæfter personligt i personsselskabet.

I skatteretten omfatter begrebet nærtstående, jf. LL § 16 E, definitionen i LL § 16 H, stk. 6, jf. LL § 2, ægtefælle, forældre, bedsteforældre, børn, stedbørn, adoptivbørn, børnebørn og denne gruppes ægtefæller og dødsbo.

Der er derfor forskel på begrebet nærtstående i selskabsretten og skatteretten, da personkredsen, der står kapitalejeren eller ledelsen særlig nær, ikke er omfattet af LL § 16 E. Dertil er svigerfamilie ligeledes omfattet af LL § 16 E, men er som udgangspunkt ikke omfattet af SL § 210, med mindre svigerdatteren for eksempelvis falder ind under begrebet særlig nær. Et lån til en svigerdatter vil være skattepligtigt jf. LL § 16 E, men lånet vil være lovligt selskabsretligt, da det som udgangspunkt ikke falder ind under SL § 210.

Der findes undtagelser til hovedreglen både selskabsretligt og skatteretligt. Undtagelsen i SL § 210, stk. 2 om at kunne lovliggøre kapitalejerlån selskabsretligt findes ikke i skatteretten, da der efter LL § 16 E, skal ske en beskatning uanset om der er tale om et ulovligt eller lovligt kapitalejerlån.

En af undtagelserne, der findes både i skatteretten og selskabsretten er sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. I skatteretten findes der ingen undtagelse om moderselskabslån, som der gør i selskabsretten, da reglerne i skatteretten kun omfatter fysiske personer. I både selskabsretten og skatteretten findes der undtagelser for selvfinansiering.

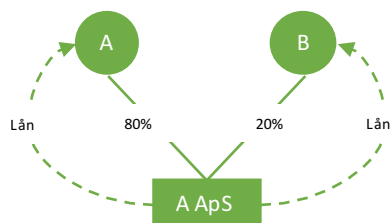
I de følgende afsnit vil der komme en gennemgang af eksempler på kapitalejerlån og hvordan disse skal behandles selskabsretligt og skatteretligt.¹⁵⁵ I eksemplerne vil det kun være lån, der bliver behandlet og ikke sikkerhedsstillelser eller midler der stilles til rådighed. I de anvendte figurer vil firkanter være juridiske personer og cirkler fysiske personer.

¹⁵⁵ I eksemplerne i afsnit 4.2 og 4.3 er der hentet inspiration fra eksemplerne i bogen Kruhl & Sørensen (2014).

4.2 Lån til fysiske personer

4.2.1 Lån til hovedkapitalejer (80 %) og kapitalejer (20%)

Her er der tale om et lån til hovedkapitalejeren A (80 %) og et lån til kapitalejer B (20%), fra A ApS. A har bestemmende indflydelse i A ApS.



Figur 5 Låne eksempel - Egen tilvirkning

Selskabsretligt vil følgende lån efter 1. januar 2017 være lovlige lån, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Er betingelserne i SL § 210, stk. 2 ikke opfyldt, vil der være tale om ulovlige lån. A og B's ejerandel er jf. § 210 uden betydning. Én aktie eller anpart er nok til at være omfattet af SL § 210.¹⁵⁶ Konsekvensen af det ulovlige lån vil være, at lånet skal forrentes med 10,05 % medmindre en højere rente er aftalt og herudover skal lånet tilbagebetales jf. SL § 215.

Lånet til A vil skatteretligt være et skattepligtigt kapitalejerlån jf. LL § 16 E, da A har bestemmende indflydelse i kapitalselskabet. Dette gælder uanset om lånet er lovliggjort selskabsretligt eller ej. A skal derfor beskattes af lånet som enten udbytte eller løn. Renter der skal tilskrives lånet jf. SL § 215, vil for A ikke være fradragsberettigede og for A ApS vil renteindtægten skulle anses som et skattepligtigt tilskud.¹⁵⁷ Er lånet lovliggjort, vil renterne være fradragsberettigede for A.

Lånet til B vil skatteretligt ikke være et skattepligtigt lån omfattet af LL § 16 E, da B ikke har bestemmende indflydelse, jf. LL § 2, og derfor ikke er omfattet af bestemmelsen. Dette betyder, at lånet skal behandles som en almindelig fordring og en gæld. Renteudgifterne vil i dette tilfælde være fradragsberettigede for B og renteindtægterne vil være skattepligtige for A ApS.

Anderledes ville det have set ud, hvis A er nærtstående til B.¹⁵⁸ Er A for eksempel B's søn, vil dette betyde skatteretligt, at A's 80 % skal medregnes når det skal opgøres om B har bestemmende indflydelse. Dette vil betyde, at B efter LL § 2 har bestemmende indflydelse i A ApS og lånet til B vil blive omfattet af LL § 16 E.

¹⁵⁶ Bunch & Rosenberg (2014), s. 797

¹⁵⁷ Se afsnit 3.7

¹⁵⁸ Se afsnit 3.4.1

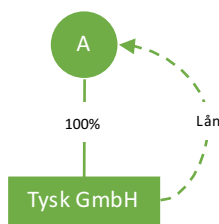
Lånet hos B skal beskattes som enten løn eller udbytte og renterne vil ikke længere være fradragsberettigede for B og renteindtægterne vil være skattepligtige for A ApS.

Om lånet skal beskattes eller ej ifølge skatteretten ændrer ikke på, at lånet inklusive renter skal tilbagebetales ifølge selskabsretten. Efter A er blevet beskattet af lånet vil der ikke længere være tale om et lån skatteretligt og lånet vil derfor kun bestå selskabsretligt, indtil det er tilbagebetalt.

Dette eksempel viser, at et kapitalejerlån vil kunne blive behandlet forskelligt selskabsretligt og skatteretligt. Er kapitalejerlånet lovliggjort selskabsretligt, vil det stadig skulle beskattes skatteretligt. Dette er med til at belyse, at det er et komplekst område med komplicerede regler, og at disse ikke er blevet mindre kompliceret efter den selskabsretlige mulighed for lovliggørelse.

4.2.2 Lån fra udenlandsk selskab til ejer A

Her er der tale om et lån fra selskabet, Tysk GmbH til A. A ejer det tyske kapitalsselskab 100 %.



Figur 6 Låne eksempel - Egen tilvirkning

Et tysk kapitalsselskab er ikke omfattet af den danske selskabslovgivning. Derfor vil lånet til A ikke være omfattet af SL § 210.

Skatteretligt vil der været tale om et skattepligtigt kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E, da A har bestemmende indflydelse i det lånegivende selskab, under forudsætning af at A er fuldt skattepligtig til Danmark.

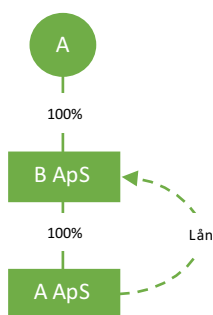
Havde der derimod været tale om et kapitalejerlån fra et dansk kapitalsselskab til en tysk kapitalejer, ville kapitalejerlånet være omfattet af SL § 210. Hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt vil det være et lovligt lån og hvis ikke, ville der tale om et ulovligt kapitalejerlån. Skatteretligt ville kapitalejerlånet være omfattet af LL § 16 E, men den tyske kapitalejer ville ikke blive beskattet af kapitalejerlånet, medmindre kapitalejeren er fuldt skattepligtig til Danmark.

Eksemplet belyser den problemstilling, at LL § 16 E også omfatter danske kapitalejere der har bestemmende indflydelse i udenlandske selskaber og ikke kun danske kapitalejere i danske kapitalselskaber. I kapitel 6 vil vi se nærmere på om det i EU-retlig forstand er lovligt, at LL § 16 E rammer så bredt.

4.3 Lån til et kapitalselskab

4.3.1 Lån til moderselskab (100%)

Her er der tale om et lån fra A ApS til B ApS. A er hovedkapitalejer i B ApS. B ApS er hovedkapitalejer i A ApS.



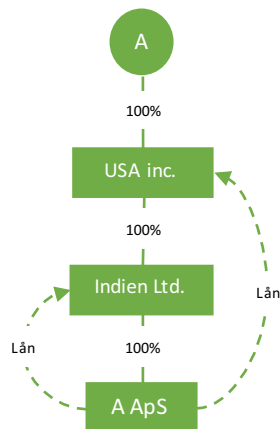
Figur 7 Låne eksempel - Egen tilvirkning

Selskabsretlig vil dette lån som udgangspunkt være omfattet af SL § 210, da der er tale om et lån til en kapitalejer. Lånet i dette eksempel vil alligevel være lovligt grundet undtagelsen i SL § 211, som lovgiver moderselskabslån. B ApS opfylder betingelserne for at være et moderselskab, da B ApS kan udøve den bestemmende indflydelse over A ApS, og der vil være tale om et lovligt kapitalejerlån, jf. SL § 211. I dette eksempel er det ikke et krav, at betingelserne i SL § 210, stk. 2 skal være opfyldt, da lånet er lovligt efter SL § 211, da særregler går forud for hovedreglen. Havde B ApS ikke opfyldt betingelserne i SL § 211, ville lånet kunne lovliggøres hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 var opfyldt.

Skatteretligt vil der ikke være tale om et skattepligtigt lån efter LL § 16 E, da denne paragraf kun omfatter lån til fysiske personer.

4.3.2 Lån til udenlandsk moderselskab og bedstemoderselskab (100%)

Her er der tale om et lån fra A ApS til Indien Ltd. og et lån fra A ApS til USA Inc. Kapitalejer A er hovedkapitalejer i det amerikanske kapitalselskab USA Inc. USA Inc. er hovedkapitalejer i det indiske selskab, Indien Ltd. Indien Ltd. er hovedkapitalejer i A ApS. Kapitalejer A er fuldt skattepligtig til Danmark.



Figur 8 Låne eksempel - Egen tilvirkning

SL § 211 undtager lån til danske moderselskaber og visse udenlandske moderselskaber. I SL § 211, stk. 2 står det endvidere, at det er Erhvervsstyrelsen, der fastsætter de nærmere regler om, hvilke udenlandske selskaber der er omfattet.

På listen over godkendte lande optræder Indien ikke, og derfor vil lånet fra A ApS til moderselskabet Indien Ltd. ikke være undtaget af SL § 211 og dermed er lånet ulovligt, jf. SL § 210. Lånet skal forrentes med 10,05 % medmindre højere rente er aftalt og lånet skal tilbagebetales, jf. SL § 215. Lånet vil være et lovligt lån, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt.

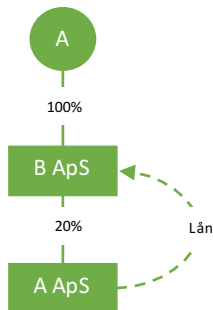
USA optræder derimod på listen over lande, hvor moderselskabslån er tilladt til, jf. SL § 211. Derfor vil der være tale om et lovligt kapitalejerlån til bedstemoderselskabet USA Inc.

Eksemplerne viser, at selv om et lån til det direkte moderselskab er et ulovligt kapitalejerlån, så kan et lån til et selskab højere oppe i koncernen godt være lovligt, hvis selskabet hjemstede i et land, der optræder på Erhvervsstyrelsens liste over lande omfattet af SL § 211.

Skatteretligt vil der ikke være tale om et skattepligtigt lån efter LL § 16 E, da denne paragraf kun omfatter lån til fysiske personer.

4.3.3 Lån til B ApS (20 %)

Her er der tale om et lån fra A ApS til B ApS. A er hovedkapitalejer i B ApS. B ApS ejer 20 % af A ApS.



Figur 9 Låne eksempel - Egen tilvirkning

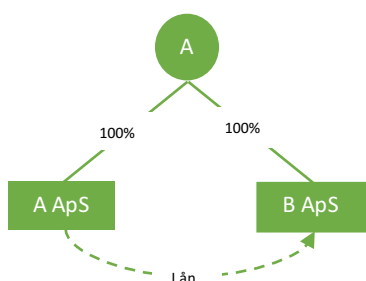
Selskabsretligt vil der efter 1. januar 2017 være tale om et lovligt lån, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Er betingelserne ikke opfyldt, vil der være tale om et ulovligt kapitalejerlån, jf. SL § 210. Undtagelsen i SL § 211 vil ikke kunne finde anvendelse her, da B ApS ikke er moderselskab til A ApS. Lånet skal forrentes med 10,05 % medmindre højere rente er aftalt og lånet skal tilbagebetales, jf. SL § 215.

Anderledes ville det have set ud, hvis der var indgået en ejeraftale, der gav B ApS bestemmende indflydelse over A ApS. Hvis dette var tilfældet, ville B ApS være moderselskabet og dermed være omfattet af SL § 211. Lånet ville som følge heraf være et lovligt kapitalejerlån. Det er derfor ikke altid kun ejerandelen der afgør om der foreligger bestemmende indflydelse. Foreligger der en aftale der tilsiger, at et kapitalselskab, der ejer mindre end halvdelen af kapitalandelene har bestemmende indflydelse, er det denne aftale som er gældende.

Skatteretligt vil der ikke være tale om et skattepligtigt lån efter LL § 16 E, da denne paragraf kun omfatter lån til fysiske personer

4.3.4 Lån til søsterselskab

Her er der tale om et lån fra A ApS til B ApS. A er hovedkapitalejer i begge selskaber. A ApS og B ApS er derfor søsterselskaber.



Figur 10 Låne eksempel - Egen tilvirkning

I den selskabsretlige litteratur står det flere steder anført, at det er Erhvervsstyrelsens praksis, at søsterselskaber ikke anses som nærtstående,¹⁵⁹ og dermed vil et lån mellem søsterselskaber være et lovligt lån, med mindre der er tale om omgåelse. Det har ingen betydning, at søsterselskaberne ejes af den samme personkreds. Heraf kan det udledes, at lånet mellem A ApS og B ApS ikke vil være omfattet af SL § 210.

Skatteretligt vil der ikke være tale om et skattepligtigt lån efter LL § 16 E, da denne paragraf kun omfatter lån til fysiske personer

4.4 Skatteretlig behandling af lån til skattetransparente enheder

4.4.1 SKATs fortolkning af LL § 16 E

Interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber er virksomhedsformer, der er skattemæssigt transparente. Skattetransparente enheder er, hvor indkomsten, aktiver og passiver anses for skattemæssigt at strømme igennem disse enheder og videre til beskattning hos ejerne af enhederne. En skattetransparent enhed er ikke et selvstændigt skattesubjekt.¹⁶⁰

I forbindelse med fremsættelse af L 199 spørger BDO skatteministeren, om et udlån fra et aktieselskab til et moderselskab, der er et partnerselskab, vil blive omfattet af LL § 16 E, hvis en eller flere af deltagerne i partnerselskabet er fysiske personer og har bestemmende indflydelse i partnerselskabet, og derved har bestemmende indflydelse i aktieselskabet. Dertil svarer Skatteministeren, at lån udstedt af et aktieselskab til det skattetransparente partnerselskab, skal fordeles forholdsmæssigt ud fra deltagerne ejendel i

¹⁵⁹ Andersen (2016), s. 887; Bunch & Rosenberg (2014); s. 800, Hansen & Krenchel (2014), s. 401

¹⁶⁰ Selskabsskatteloven § 1 indeholder en afgrænsning af hvilke typer af selskaber, der betragtes som selvstændige skattesubjekter, interessentskaber, partnerselskaber og kommanditselskaber, er ikke nævnt i selskabsskatteloven § 1 og er derfor ikke selvstændige skattesubjekter.

partnerselskabet.¹⁶¹ Der skal dermed ske beskatningen af lånet, hos den/de af selskabsdeltagerne, der måtte have bestemmende indflydelse, jf. LL § 2, stk. 2, i det låneudstedende selskab.

I de efterfølgende bindende svar, der indtil videre er afgivet af SKAT og Skatterådet, er ovenstående fortolkning taget til følge. I skatteministerens svar til BDO¹⁶² er det lagt til grund, at fordi partnerselskabet er skattetransparent skal der ske beskatning af lånet, da ejerne anses som modtagere af lånene og selskaberne ikke anses for at eksistere skatteretligt. Dette har Skatterådet og SKAT antaget også må gælde for lån til interessentskaber og kommanditselskaber, da disse selskaber også er skattetransparente jf. nedenstående.

SKAT og Skatterådet har indtil videre, i de bindende svar vedrørende lån til skattetransparente enheder (kommanditselskaber i de konkrete sager), svaret, at lånene skal henføres til ejerne af de låntagende kommanditselskaber med henvisning til skatteministerens svar.

I det bindende svar SKM2014.14.SR bliver SKAT spurgt til, om de kan bekræfte at et lån fra selskab A ApS til et kommanditselskab og et interessentskab, hvori anpartshaveren i A ApS, er medejer, ikke vil blive skattepligtigt for anpartshaveren. Dette kunne SKAT ikke bekræfte, og lægger vægt på, at kommanditselskabet og interessentskabet er skattetransparente enheder, hvorfor deltagerne i kommanditselskabet og interessentskabet vil være skattepligtige af det eventuelle lån. Det samme svar kommer SKAT og Skatterådet frem til i SKM2014.15.SR og SKM2014.663.SR.

Dermed konkluderer SKAT og Skatterådet, at ejeren er den egentlige modtager af lånet til kommanditselskabet, og at denne ejer vil blive beskattet af dennes andel af et eventuelt lån fra ejerens kapitalselskab til kommanditselskabet. Forholdet er også indskrevet i den juridiske vejledning, hvor det er anført, at lån til partnerselskaber skal henføres til ejerne efter deres forholdsmæssige ejerandel.¹⁶³

Denne fortolkning og svaret til BDO er forfatterne af artiklen "Aktionærlån – selskabsretligt og skatteretligt"¹⁶⁴ ikke enige i. Forfatterne mener slet ikke et partnerselskab er omfattet af LL § 16 E. De er enige med skatteministeren i, at et partnerselskab er skattemæssigt transparent, hvorved beskatningen af indtægterne sker hos deltagerne i partnerselskabet, men de er ikke enige i, at et partnerselskab er omfattet LL § 16 E, da det i loven står, at LL § 16 E kun gælder fysiske personer. Om der er hjemmel til beskatningen vil vi se nærmere på i de følgende afsnit.

¹⁶¹ L 199 2011/2012, bilag 16

¹⁶² L 199 2011/2012, bilag 16

¹⁶³ Dju C.B.3.5.3.3 Aktionærlån

¹⁶⁴ R&R 8.2014.16

4.4.2 Selvstændigt retssubjekt

At et personselskab er skattemæssigt transparent betyder, at overskuddet i et personselskab bliver beskattet hos ejerne og at personselskaber ikke er selvstændige skattesubjekter. Det betyder derimod ikke, at personselskabet ikke er et selvstændigt retssubjekt. Det er slået fast i dommen UfR2003.2477H, hvor det er personselskabet, der erhverver indtægter og afholder udgifter. I denne dom, var der tale om et revisorinteressentskab, hvor deltagerne havde selvangivet overskuddet på det tidspunkt, hvor fordelingen af overskuddet var besluttet. Højesteret fastslår, at deltagerne skal beskattes af overskuddet i det år, hvor interessentskabet erhverver endelig ret til indtægten. Med denne dom blev det dermed afgjort, at selv om det er deltagerne, der skal beskattes af indtægten, er det personselskabet, der erhverver indtægten. I TfS2003.98V bliver det fastslået, at det er personselskabet, der erhverver en ejendom, selvom personselskabet er skattetransparent.

Ud fra ovenstående må det kunne konkluderes, at når personselskaber er skattetransparente, har det kun betydning for beskatningen, og ikke for den øvrige retssubjektivitet. Ses dette i forhold til LL § 16 E, er det personselskabet, der låner pengene i kapitalselskabet og ikke de enkelte deltagere. Ud fra dommene må det endvidere kunne konkluderes, at fordi et personselskab er skattemæssigt transparent, kan det ikke begrunde, at et lån fra et kapitalselskab til et personselskab, kan blive et skattepligtigt lån efter LL § 16 E, for de kapitalejere, der har bestemmende indflydelse i kapitalselskabet, som også er deltagere i personselskabet.

4.4.3 Juridisk person

I det første udkast til LL § 16 E, var lån til juridiske personer også omfattet af LL § 16 E. Lovforslaget lød således: *"for en fysisk eller juridisk person"*¹⁶⁵ Det medførte imidlertid betydelig kritik, da loven ville ramme for bredt og var i strid med mor/datter direktivet fra 1990.¹⁶⁶ Skatteministeren fremsatte derfor et ændringsforslag forud for anden behandling af loven, der havde denne ordlyd: *"derfor foreslås det, at beskatning af aktionær ikke skal omfatte lån til juridiske personer."*¹⁶⁷ Formålet med LL § 16 E var den samme efter ændringen, nemlig at fjerne kapitalejernes incitament til at optage lån i kapitalselskaberne i stedet for at udbetale løn eller udbytte. I ændringsforslaget beskrives målgruppen som først og fremmest at være personer, der har bestemmende indflydelse.¹⁶⁸ Det har sikkert ikke været hensigten med ændringen af loven, at skattetransparente enheder ikke længere skal være omfattet, da skatteministeren

¹⁶⁵ Lovforslag nr. L 199, fremsatte lovforslag 14. august 2012

¹⁶⁶ 90/435/EØF af 23. juni 1990 om fælles beskatningsordning for moder og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.

¹⁶⁷ Ændringsforslag til L199, bilag 15

¹⁶⁸ Ændringsforslag til L199, bilag 15

er af den holdning at skattetransparente enheder er omfattet af LL § 16 E, jf. Skatteministerens svar til BDO.¹⁶⁹

Der findes ingen fast og generel definition af en juridisk person. I bogen "Dansk selskabsret 1" af Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, er en juridisk person defineret som følger: *"Begrebet juridisk person kan herefter anvendes som betegnelse for et juridisk subjekt, der er tillagt evnen til at være bærer af rettigheder og pligter, i eget navn og som består selvstændigt i forhold til de retssubjekter, der er medlemmer, ejer, selskabsdeltager, eller stiftere af subjektet."*¹⁷⁰ Personsselskaber falder ind under denne definition og vil være omfattet af ovenstående definition af begrebet juridisk person.

SKAT skriver i deres juridiske vejledning C.C.2.2.1.12 omkring interessenter og partredere: *"Et Interessentskab er en juridisk person, en selvstændig enhed. Det betyder fx, at interessentskabet ejer aktiverne og kan indgå aftaler."* hvortil SKAT skriver at skattetransparente enheder er juridiske personer.

Da der i dansk ret ikke findes en lovfæstet definition af begrebet juridisk person, vil definitionen kun kunne tillægges betydning som en sekundær retskilde ved fortolkning af en lov. Derfor kan der ikke udledes retsvirkning på, om et personsselskab er omfattet af begrebet eller ej. For at kunne afgøre om et personsselskab er omfattet, er det den konkrete lov der skal fortolkes.¹⁷¹

4.4.4 Fortolkning af LL § 16 E

Når det skal afgøres om deltagere i en skattetransparent enhed kan blive omfattet af LL 16 E, når der ydes lån fra et kapitalselskab til et personsselskab, hvor deltagerne har bestemmende indflydelse i kapitalselskabet, må vi se på ordlyden i LL § 16 E.

Låntageren er i LL § 16 E defineret således: "...til fysisk person..." et personsselskab er ikke en fysisk person, jf. afsnit 4.4.3 og derfor kan lån til personsselskaber ikke være omfattet af LL § 16 E. Da der konkret i lovteksten kun står lån til en fysisk person vil et personsselskab, som er en juridisk enhed, ikke kunne falde ind under dette begreb.

Ud fra ovenstående gennemgang er det vores konklusion at en skattetransparent enhed ikke kan være låntager efter LL § 16 E. Vi er ligeledes enige med forfatterne i artiklen "Aktionærlån - selskabsretligt og

¹⁶⁹ L 199 2011/2012, bilag 16

¹⁷⁰ Hansen & Krenchel (2014), Dansk selskabsret 1, s. 77

¹⁷¹ Hansen & Krenchel (2014), Dansk selskabsret 1, s. 76

skatteretligt”¹⁷² om, at der mangler lovhjemmel til, at skattetransparente enheder hører under LL § 16 E og at skatteministerens svar ikke kan indebære en udvidelse af LL § 16 E, til også at omfatte lån til visse juridiske personer.¹⁷³

Vi er derfor af den opfattelse, at ministerens kommentar til BDOs høringssvar¹⁷⁴ ikke er korrekt og ikke kan benyttes af SKAT som hjemmel til at beskatte lån til skattetransparente enheder. Ministerens kommentar kan ikke tilsidesætte lovens ordlyd eller hidtidig dansk retspraksis, og de tidligere nævnte bindende svar i SKM2014.14.SR, SKM2014.15.SR og SKM2014.663.SR er efter vores vurdering ikke korrekte.

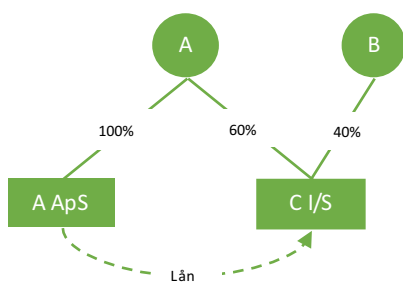
Der er endnu ingen domme fra højere instanser på denne problemstilling, så det er ikke til at vide, hvordan en domstol vil forholde sig, men det bliver interessant at se, hvordan domstolene vil gribe denne problemstilling an.

4.5 Lån til skattetransparente enheder

4.5.1 Interessentselskaber (I/S)

Interessentskaber er selskaber hvor alle deltagerne, kaldet interessenterne, hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk. Et interessentskab er som tidligere beskrevet et skattetransparent personselskab.

Her er der tale om et lån fra A ApS til C I/S. Kapitalejer A er hovedkapitalejer i A ApS og A ejer 60 % i C I/S. A ApS og C I/S er herved søsterselskaber.



Figur 11 Låne eksempel - Egen tilvirkning

Selskabsretligt er lån til et interessentskab, hvor en eller flere af interessenterne er kapitalejere eller ledelsesmedlem i det lånegivende selskab, ud fra Erhvervsstyrelsens praksis omfattet af SL § 210.¹⁷⁵ Her er det hæftelsesformen, der er afgørende og ikke kapitalejernes ejerandel eller om der kan udøves

¹⁷² R&R 8.2014.16

¹⁷³ R&R 8.2014.16

¹⁷⁴ L 199 2011/2012, bilag 16

¹⁷⁵ Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff 2014 side 1021, Bunch & Rosenberg (2014), s. 801, Kruhl & Sørensen (2014), s. 35

bestemmende indflydelse i personselskabet. En kapitalejer vil derfor altid falde ind under begrebet særlig nær i SL § 210 og derved være nærtstående til et interessentskab, hvor kapitalejeren er interessent, grundet den hæftelse interessen har.¹⁷⁶

Lånet vil være et lovligt lån, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Er betingelserne ikke opfyldt, vil der være tale om et ulovligt kapitalejerlån mellem A ApS og C I/S, jf. SL § 210, da der er tale om lån til et søsterselskab, der er et I/S. Lånet skal forrentes med 10,05 % medmindre højere rente er aftalt og lånet skal tilbagebetales jf. SL § 215.

I dette eksempel er der forskel i forhold til de tilfælde, hvor et lån ydes til et søsterselskab, som er et kapitalselskab. Er søsterselskabet et kapitalselskab vil lånet ikke være omfattet af SL § 210, da et søsterselskab som udgangspunkt, ikke falder ind under begrebet særlig nær i SL § 210. Dette forudsætter at der ikke er tale om omgåelse.¹⁷⁷

Havde C I/S været moderselskab til A ApS, ville det ikke have gjort nogen forskel, da undtagelsen om moderselskabslån, jf. SL § 211, ikke kan anvendes, da et I/S ikke er et kapitalselskab i følge SL § 5, stk. 18.

Efter SKATs opfattelse vil et lån til et interessentskab være omfattet af LL § 16 E, hvis kapitalejeren, som også er interessent i interessentskabet har bestemmende indflydelse i det lånegivende selskab. I dette tilfælde betyder det, at A skal beskattes af den del af lånet, der svarer til A's ejerandel i interessentskabet, her 60 %, da A er hovedkapitalejer i A ApS. Havde A og B været nærtstående ville hele lånet skulle beskattes hos A. Havde A ikke haft bestemmende indflydelse i A ApS ville lånet ikke være omfattet af LL § 16 E.

Vi er ikke enige med SKAT og det er vores opfattelse at lånet ikke er omfattet af LL § 16 E, da lån til skattetransparente enheder ikke er omfattet af LL § 16 E, jf. afsnit 4.4.

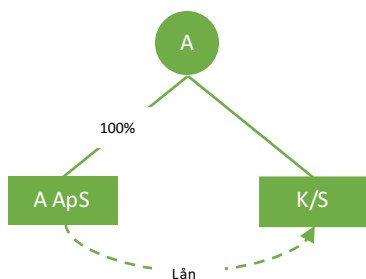
4.5.2 Kommanditselskaber (K/S)

I et kommanditselskab er der en komplementar og der kan være en eller flere kommanditister, begge kan være både juridiske og fysiske personer, men må ikke være samme person. Komplementaren hæfter personligt, ubegrænset og hvis der er flere solidarisk, ligesom en interessent i et interessentskab.

¹⁷⁶ Hansen & Krenchel (2014), s. 401, Kruhl & Sørensen (2014), s. 35

¹⁷⁷ Se afsnit 4.3.4 lån til søsterselskab

Kommanditisten hæfter også personligt, men begrænset til dennes indskud. Et kommanditselskab er skattetransparent.



Figur 12 låne eksempel - Egen tilvirkning

Her er der tale om et lån fra A ApS til K/S. Kapitalejer A er hovedkapitalejer i A ApS. A ApS og K/S er søsterselskaber.

A er komplementar:

Er A komplementaren i kommanditselskabet vil lånet selskabsretligt være et lovligt lån, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Er betingelserne ikke opfyldt, vil der være tale om et ulovligt lån jf. SL § 210, da en kapitalejer, som er komplementar, altid vil falde ind under begrebet særlig nær til K/S'et jf. SL § 210, på grund af hæftelsesformen.¹⁷⁸ Her er A hovedkapitalejer i A ApS og samtidig er A komplementar i K/S. Derfor bliver A omfattet af begrebet særlig nær i SL § 210, på samme måde som interessenten i interessentskabet, og lånet bliver et ulovligt kapitalejerlån. Lånet skal forrentes med 10,05 % medmindre højere rente er aftalt samt lånet skal tilbagebetales jf. SL § 215.

Det ville ikke have gjort nogen forskel om K/S havde været moderselskab til A ApS, da undtagelsen om moderselskabslån, jf. SL § 211 alligevel ikke kan anvendes, da et K/S ikke er et kapitalselskab i selskabsloven jf. SL § 5, stk. 18.

A er kommanditist:

Er A kommanditist, vil der selskabsretligt ikke være tale om et ulovligt lån, da A ikke hæfter begrænset. Som tidligere skrevet, er det hæftelsesformen, der er afgørende for om en person er omfattet af begrebet særlig nær, jf. SL § 210.¹⁷⁹ Da A er kommanditist hæfter A begrænset og A vil ikke blive anset for at stå

¹⁷⁸ Kruhl & Sørensen (2014), s. 35, Bunch & Rosenberg (2014), s. 802

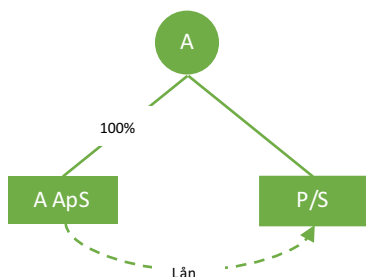
¹⁷⁹ Andersen (2016), s. 887; Bunch & Rosenberg (2014), s. 800; Kruhl & Sørensen (2014), s. 35.

kommanditselskabet særligt nær jf. SL § 210. Dog vil lånet være omfattet, hvis der er tale om omgåelse, hvilket dog beror på en konkret vurdering.¹⁸⁰

Skatteretligt er det SKATs holdning, at på grund af at et kommanditselskab er et skattetransparent selskab, vil der blive set igennem selskabet, uanset om der er tale om en komplementar eller kommanditist. Lånet vil derfor være omfattet af LL § 16 E, hvis kapitalselskabet hvor kapitalejeren har bestemmende indflydelse udsteder lån til kommanditselskabet hvor kapitalejeren er deltager. SKATs antagelse om, at skattetransparente enheder er omfattet af LL § 16 E er gennemgået i afsnit 4.4. Det er vores konklusion at lånet skatteretligt ikke vil være omfattet af LL § 16 E, da et kommanditselskab ikke er omfattet af LL § 16 E.

4.5.3 Partnerselskaber (P/S)

Et partnerselskab er defineret i SL § 5, stk. 1, nr. 23. Et partnerselskab er et kommanditselskab, hvor kommanditisterne har indskudt en bestemt kapital fordelt på aktier. I et partnerselskab er der en komplementar og en eller flere kommanditister på samme måde som i et kommanditselskab.



Figur 13 låne eksempel - Egen tilvirkning

Selskabsretligt vil et partnerselskab blive behandlet på samme måde som et kommanditselskab, og derfor vil lån til A som kommanditist ikke medføre et ulovligt lån, jf. SL § 210. Havde A været komplementar ville dette medføre, at lånet ville være ulovligt, jf. SL § 210, med mindre lånet er lovliggjort efter SL § 210, stk. 2. Er lånet ulovligt skal lånet forrentes med 10,05 % med mindre en højere rente er aftalt samt lånet skal tilbagebetales, jf. SL § 215, se afsnit 4.5.2 for en dybere redegørelse.

Havde P/S'et derimod været moderselskab for A ApS, ville lånet fra A ApS til P/S'et være omfattet af undtagelsen i SL § 211, da et kapitalselskab i selskabsretten er defineret i SL § 5, stk. 18, som et anpartsselskab herunder et iværksætterselskab, et aktieselskab eller et partnerselskab. Dette skyldes at

¹⁸⁰ Bunch & Rosenberg (2014), s. 802

partnerselskaber følger selskabsloven på flere punkter og derfor ville der være tale om et lovligt moderselskabslån.

Skatteretligt er det SKATs holdning, at et partnerselskab er et skattetransparent selskab, og derfor vil der blive set igennem selskabet, uanset om der er tale om en komplementar eller kommanditist. Lånet vil derfor være omfattet af LL § 16 E hvis kapitalselskabet hvor kapitalejeren har bestemmende indflydelse udsteder lån til partnerselskabet, hvor kapitalejeren er deltager. SKATs antagelse om, at skattetransparente enheder er omfattet af LL § 16 E er gennemgået i afsnit 4.4. Det er vores konklusion at lånet skatteretligt ikke vil være omfattet af LL § 16 E, da et kommanditselskab ikke er omfattet af LL § 16 E.

4.6 Forretningsmæssige dispositioner

4.6.1 Selskabsretligt

I de fem afgørelser fra Erhvervsankenævnet i perioden januar 2013 – januar 2014 vedrørende begrebet sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, som er nævnt i "Selskabsloven med kommentarer"¹⁸¹, ses der en forholdsvis klar kontur af hvilke parametre, som i denne henseende er afgørende.

Indledende lægges der vægt på, hvorvidt selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med en uafhængig tredjepart. Dette vil der sjældent være i tvivlstilfælde og er det heller ikke i disse fem afgørelser. Hvis dette kriterie ikke er opfyldt, er det, baseret på afgørelserne fra Erhvervsankenævnet, både et krav, at selskabet ville have foretaget en tilsvarende disposition, som den sagen vedrører med en uafhængig tredjemand og samtidig, at vilkårene i transaktionen i øvrigt er på linje med vilkårene for en lignende transaktionen i den pågældende branche.

Erhvervsstyrelsen anfører i deres udtalelse af 4. februar 2013 vedrørende en af de fem sager, at *"Hvis en disposition skal være omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212, er det en betingelse, at dispositionen skal være sædvanlig for såvel det pågældende selskab som inden for den branche, hvor selskabet agerer."* Ved beskrivelsen af, at dispositionen skal være sædvanlig for det pågældende selskab, må vi klart antage at der menes i forhold til kreditvilkår og lignende, og ikke at selve denne type transaktion skal være sædvanlig. Hvis det sidste skulle være tilfældet, ville et selskab aldrig kunne sælge et aktiv til kapitalejeren på kredit, som selskabet normalt ikke handler med. Dermed ville det også være overflødigt at tage stilling til, om selskabet ville indgå tilsvarende handler med en uafhængig tredjemand, som Erhvervsankenævnet gør i deres afgørelser 28. januar 2013 og 5. november 2013.

¹⁸¹ Bunch & Rosenberg (2014), s. 831-836

Opsummeret ses der, at tre kriterier er afgørende for hvorvidt en transaktion mellem kapitalselskab og kapitalejer/ledelsesmedlem kan betegnes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition i henhold til SL § 212.

- Kapitalselskabet har løbende/tidligere haft lignende transaktioner med uafhængige parter.
- Vilklårene i transaktionen er tilsvarende vilkår, som tilbydes til en uafhængig tredjemand, eller hvis det ikke er muligt at sammenligne hermed, at vilklårene svare til hvad der er normalt for branchen.
- Kapitalselskabet kan godtgøre, at det ville foretage en lignende handel med en uafhængig tredjemand.

Hvis det første kriterie er opfyldt, vil de næste to kriterier i størstedelen af tilfældene også være opfyldt. Hvis det første kriterie ikke er opfyldt, kan transaktionen stadig karakteriseres som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, såfremt de to næste kriterier er opfyldt. I Erhvervsankenævnets kendelse af 11. januar 2013 og Erhvervsstyrelsens udtalelse af 4. februar 2013 vedrørende henholdsvis en kapitalejers salg af sin ejendom til sit kapitalselskab, og et kapitalselskabs salg af anparter i et P/S til kapitalejeren på et gældsbrev, stopper deres bedømmelse allerede ved det andet kriterie. Vilklårene i transaktionerne i disse sager vurderes ikke at være sædvanlige i forhold til typen af transaktionen, og Ankenævnet og Erhvervsstyrelsen tager ikke stilling til det tredje kriterie i disse sager. Det virker for os sandsynligt, at ej heller dette kriterie kunne opfyldes i disse to sager.

I de to afgørelser af 28. januar 2013 og 5. november 2013 vedrørende egentlige pengeudlån, falder sagen på det tredje kriterie. Her kunne argumenteres for, at forrentning og sikkerhedsstillelse var normalt for et sådant udlån jf. det andet kriterie, men det kunne ikke godtgøres, at selskaberne ville have foretaget de samme udlån til en uafhængig tredjemand. I den femte afgørelse, vedrørende partnerne i et P/S' ret til løbende, at trække penge ud af selskabet henover året, falder sagen på, at *"en tilsvarende fremgangsmåde vil således ikke være en sædvanlig fremgangsmåde i forhold til tredjemand, der ikke er kapitalejer i selskabet"*. Altså falder sagen ligeledes på det tredje kriterie.

Baseret på denne praksis fra Erhvervsankenævnet og Erhvervsstyrelsen, vil størstedelen af de fremtidige handler mellem kapitalselskab og kapitalejer kunne deles op i to. Hvis selskabet løbende foretager lignende transaktioner, på samme vilkår, med uafhængige parter er der ingen problemer. Hvis selskabet derimod ikke foretager lignende transaktioner vil det, baseret på ovennævnte afgørelser, være meget sjældent, at transaktionen kan falde under SL § 212, eftersom det kræver, at selskabet kan godtgøre, at det ville have foretaget en lignende handel med en uafhængig tredjemand. I ovennævnte tre sager, der falder på dette

kriterie ville det have krævet en godtgørelse af, at selskaberne ville have ydet et almindeligt pengeudlån til en uafhængig part og at der for P/S'et ville være givet en trækingsret til en uafhængig part. Eftersom transaktionerne netop udspringer af, at selskabet har et tilhørsforhold til modtageren af lånet, vil det være praktisk talt umuligt. Herudfra må vi konkludere, at det, baseret på Erhvervsankenævnet og Erhvervsstyrelsens praksis, som udgangspunkt kræver, at kapitalselskabet har tilsvarende transaktioner med uafhængige parter, før end en handel med en kapitalejer eller et ledelsesmedlem kan omfattes af SL § 212.

4.6.2 Skatteretlig

Siden vedtagelsen af LL § 16 E, har SKAT anlagt en forholdsvis stram fortolkning af hvornår et tilgodehavende hos en kapitalejer er opstået som følge af en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Især i det indledende bindende svar, var det jf. SKATs begrundelse et ufravigeligt krav, at selskabet havde tilsvarende handler med uafhængige tredjemænd. I den seneste retspraksis, herunder den seneste afgørelse fra Landsskatteretten på området, kan en handel godt være en sædvanlig forretningsmæssig disposition, selvom selskabet ikke har lignende handler med uafhængige tredjemænd. Det kræver dog stadig, at handlen er foretaget på vilkår som er sædvanlige for branchen, og derudover, at selskabet kan godtgøre, at det ville have foretaget en tilsvarende handel med en uafhængig tredjemand, hvilket i praksis kan være svært.

Vedrørende egentlige pengeudlån som sædvanlige forretningsmæssige dispositioner konstaterer SKAT i den juridiske vejledning, at *"egentlige lån ikke er omfattet af undtagelsen i § 16 E, 2. pkt., 1. led, om lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da lånet er den eneste disposition. I modsat fald ville undtagelsen i § 16 E, 2. pkt., 2. led, om sædvanlige lån fra pengeinstitutter være overflødig, fordi disse lån allerede ville være omfattet af 1. led."*

På samme vis er denne afgørende fortolkning indarbejdet i styresignalet, som først bliver udarbejdet og offentliggjort efter at en stor andel af de bindende svar vedrørende problemstillingen allerede er skrevet. Når SKAT forholdsvis kategorisk ræsonnerer, at egentlige udlån – hvor selve låneudstedelsen er hoveddispositionen – aldrig kan være undtaget fra beskatning som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, kan man undre sig over hvorfor denne pointe ikke er indført allerede i den første juridiske vejledning efter vedtagelsen af LL § 16 E. Denne fortolkning er i høj grad væsentlig for de danske selskaber og kapitalejere, da mange af de bindende svar angår dette spørgsmål, hvilket vi antager at SKAT har været klar over allerede på tidspunktet for vedtagelsen af LL § 16 E.

Derudover kan man stille spørgsmålet, at hvis det virkelig var lovgivers hensigt, at alle lån hvor hoveddispositionen er selve låneudstedelsen aldrig kan være "led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition", hvorfor er dette så ikke tydeliggjort i lovbestemmelsen eller bemærkningerne til lovforslaget? Det eneste lille hint der gives, er efter vores vurdering skatteministerens svar til Danske Advokater, hvor der svares at "*Sædvanlige lån fra pengeinstitutter er undtaget fra beskatning af aktionærlån, selvom lånet ikke er ydet som led i en forretningsmæssig (hoved)disposition.*"¹⁸²

Det virker noget søgt, hvis denne formulering er det eneste SKAT bygger deres argumentation på, når de udelukker alle egentlige lån fra at være undtaget fra beskatning. Og igen – hvis det virkelig var lovgivers hensigt, hvorfor er det så ikke i højere grad tydeliggjort?

4.6.3 Sammenholdelse af SL § 212 og LL § 16 E

Som vi nævner i afsnit 4.6.2 ovenfor, gør SKAT meget ud af, at egentlige pengeudlån aldrig kan undtages fra beskatning som værende en sædvanlige forretningsmæssig disposition. Som vi også redegør for ovenfor, undrer det os reelt, hvor SKAT henter hjemlen til denne fortolkning. Jf. lovbemærkningerne til LL § 16 E, skal SL § 212 være vejledende for fortolkningen af, hvad der forstås ved en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Denne fortolkning omkring egentlige pengeudlån, ses ikke nævnt med et eneste ord i hverken forarbejderne til SL § 212 eller den efterfølgende retspraksis på området, og det er ikke fordi Erhvervsankenævnet ikke har haft muligheden for at fremføre denne fortolkning. Erhvervsankenævnets kendelse af 5. november 2013 vedrører deciderede pengeudlån, og ankenævnet inddrager på ingen måde SKATs argument om, at hvis reelle pengeudlån kunne være en sædvanlig forretningsmæssig disposition ville det ikke være nødvendigt særskilt at undtage lån fra pengeinstitutter.

Bortset fra det ovenstående område, er det vores opfattelse, at der er fin overensstemmelse mellem retspraksis fra Erhvervsankenævnet/Erhvervsstyrelsen og SKAT samt Landsskatteretten. I andre afgørelser¹⁸³ vi har gennemgået vedrørende SL § 212, har vi fundet, at Erhvervsankenævnet indledende lægger vægt på om selskabet har tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd. Hvis dette ikke er tilfældet lægges der vægt på, om vilkårene i transaktionen er på linje med en tilsvarende handel inden for selskabets branche, og hvorvidt selskabet ville have foretaget en tilsvarende transaktion med en uafhængig tredjemand. Denne praksis følges også i skatteretten omkring sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, og der er således overensstemmelse mellem praksis selskabs- og skatteretligt.

¹⁸² L 199, bilag 11

¹⁸³ j.nr. 2012-0026414, erhvervsstyrelsen udtagelse af 4. februar 2014

4.7 Sikkerhedsstillelser

Sikkerhedsstillelser der er omfattet af SL § 210 kan, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er overholdt, lovliggøres, så der ikke er tale om en ulovlig sikkerhedsstillelse. Som det tidligere er beskrevet ændrer en selskabsretlig lovliggørelse ikke på den skatteretlige behandling af en sikkerhedsstillelse omfattet af LL § 16 E. Stiller selskabet lovligt sikkerhed for en hovedkapitalejer privat på en million kroner, vil kapitalejeren blive beskattet af en million kroner, på det tidspunkt sikkerhed bliver stillet jf. LL § 16 E.¹⁸⁴ Dette kan virke som en hård konsekvens. Vi vil derfor se på, hvordan sikkerhedsstillelser bliver behandlet andre steder i skatteretten.

I 2014 blev virksomhedsskatteloven og kildeskatteloven ændret.¹⁸⁵ Et af de primære elementer, som blev vedtaget med denne lov var, at indehavere af personligt ejede virksomheder, som anvendte virksomhedsordningen (beskatning efter virksomhedsskatteloven), ikke længere måtte stille virksomhedens aktiver som sikkerhed for gæld udenfor virksomhedsordningen.¹⁸⁶ Formålet var overordnet at dæmme op for de tilfælde, hvor virksomhedsindehavere stillede virksomhedens aktiver til sikkerhed for privat gæld. Formålet med denne lov har mange lighedspunkter med formålet i LL § 16 E. Begge love har til formål at stoppe muligheden for, at virksomhedsejere/kapitalejere kan finansiere deres privatforbrug ved at trække på selskabets/virksomhedens lavt beskattede midler, uden at disse midler er undergået den personlige beskatning, som reelt er ment for midler der overgår fra virksomhed/selskab til ejerens privatsfære.

Af lovbemærkningerne til L 200 fremgår det, at det ved en virksomheds kaution for ejerens private kassekredit, først er ved et eventuelt træk på kassekreditten, at sikkerhedsstillelsen anses som en hævning. Det forhold er også afspejlet i lovens ordlyd, da det er det laveste beløb af sikkerhedsstillelsens størrelse og gældens kursværdi, som vil blive anset for en hævning. Det vil sige, at så længe der ingen gæld er, vil sikkerhedsstillelsen ikke blive beskattet.

I høringsvarene til Corit Advisory P/S¹⁸⁷ og Danske Advokater¹⁸⁸ i forbindelse med L 199, herunder LL § 16 E, svarer skatteministeren, at en kapitalejer vil blive beskattet fuldt ud af værdien af sikkerhedsstillelsen fra den dag sikkerhedsstillelsen er stiftet, uanset om sikkerhedsstillelsen ikke måtte blive benyttet.

¹⁸⁴ Se afsnit 3.3.2

¹⁸⁵ Logforslag nr. L 200 af 9. september 2014

¹⁸⁶ Nu virksomhedsskattelovens § 4 b

¹⁸⁷ L199 2011/2012, bilag 15

¹⁸⁸ L199 2011/2012, bilag 11

Denne retsstilling virker hård, idet der efter denne praksis potentielt kan ske beskatning af fiktive beløb og handlinger, hvor der ikke sker en overførsel mellem selskab og kapitalejer. Et tænkt eksempel er¹⁸⁹, hvor en kapitalejer ved omlægning af sit private realkreditlån, stiller sikkerhed med sit kapitalselskabs formue/aktiver, for at kunne opnå en billigere rente i perioden for mellemfinansieringen. I denne situation vil kapitalejeren blive beskattet af maksimumbeløbet på sikkerhedsstillelsen, uafhængigt af om den måtte blive aktuel.

LL § 16 E, bliver beskrevet som en værnsregel, der skal hindre, optagelse af kapitalejerlån som skattefrit alternativ til løn eller udbytte.¹⁹⁰ I forhold hertil virker beskatning af sikkerhedsstillelser hård set i sammenhæng med, at det nu selskabsretligt kan gøres lovligt at stille sikkerhed. Det burde overvejes i forbindelse med beskatning af sikkerhedsstillelser, om der var andre forhold der kunne iagttages, for at skabe større sammenhæng mellem den selskabsretlige og den skatteretlige behandling af sikkerhedsstillelser.

I den forbindelse bør det overvejes, om det skattemæssige værn mod, at kapitalejere anvender deres kapitalselskabs aktiver som sikkerhed, ikke allerede er reguleret i LL § 2. I LL § 2 står der skrevet, at kapitalejeren og kapitalselskabet skal benytte sig af markedsvilkår ved økonomiske transaktioner. Dette gælder også for sikkerhedsstillelser, hvorfor kapitalejeren skal betale en præmie for kapitalselskabets sikkerhedsstillelse over for kapitalejerens långiver. Præmien skal som det foreskrives i LL § 2, være på markedsvilkår, hvilket vil sige, at kapitalejerens præmie, skal svare til hvad en uafhængig tredjemand ville kræve for at stille sikkerheden. Det er derfor ved bestemmelsen i LL § 2 allerede sikret, at en kapitalejer kommer til at betale hvad en sikkerhedsstillelse ville koste på markedsvilkår.

Det kunne ligeledes overvejes om der ikke blot skulle ske beskatning af den fordel som kapitalejeren ville få, ved at anvende kapitalselskabets aktiver til at stille sikkerhed med. Det kunne ske ved at der kun skete beskatning af for eksempel en fikseret garantiprovision.

Der kunne også hentes inspiration i virksomhedsskatteloven, hvori en hævning uden tilbagebetalingspligt skal ansættes til den laveste værdi af sikkerhedsstillelsen og gælden der er stillet sikkerhed for. På denne måde vil kapitalejeren ikke blive beskattet af et højere beløb, end størrelsen på den gæld som kapitalselskabet har stillet sikkerhed for. Det vil derudover også betyde, at der først skal ske beskatning ved

¹⁸⁹ Eksemplet: Kruhl & Sørensen (2014) s. 121

¹⁹⁰ L 23 2016/2017 – Bilag 1

et eventuelt træk på for eksempel kapitalejerens kassekredit, og dermed vil der først ske beskatning når kapitalejeren reelt set får midler overført til privatsfæren som kapitalselskabet har stillet sikkerhed for.

Ud fra ovenstående er det vores vurdering at den foreliggende beskatning af sikkerhedsstillelser ikke hænger sammen med formålet for LL § 16 E. At beskatte kapitalejere af et beløb de ikke har haft rådighed over hænger ikke sammen med formålet for LL § 16 E.

4.8 Delkonklusion

I dette afsnit i afhandlingen har vi set på forskellige lånekonstruktioner, for på den måde at illustrere nogle af de udfordringer og problemstillinger et kapitalejerlån medfører skatteretligt og selskabsretligt. Lån der er udstedt til en person der er kapitalejer i kapitalselskabet vil i selskabsretten kun være lovlige, hvis betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. I skatteretten vil disse kapitalejerlån kun være skattepligtige, hvis personen har bestemmende indflydelse i det långivende selskab. Lån der er ydet fra et udenlandsk selskab til en dansk hovedkapitalejer vil ikke være omfattet af selskabsloven. Skatteretligt vil dette lån være omfattet af LL § 16 E da bestemmelsen ikke skelner mellem om personen er hovedkapitalejer i et dansk eller udenlandsk kapitalselskab. Er et kapitalejerlån ulovligt selskabsretligt og skattepligtigt skatteretligt, vil der som udgangspunkt ske dobbeltbeskatning. Dertil vil de tilskrevne renter på lånet være skattepligtige for kapitalselskabet og låntageren vil ikke have fradrag. Er lånet lovligt selskabsretligt vil der skatteretligt ske beskatning efter LL § 16 E, men kapitalejeren vil have fradrag for renterne og selskabet vil være skattepligtig af de tilskrevne renter.

Kapitalejerlån i selskabsretten vil altid kunne lovliggøres, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Falder lånet ind under en af undtagelserne, er det ikke et krav at betingelserne er opfyldt. Lån udstedt til danske og visse udenlandske moderselskaber vil ikke være ulovlige i selskabsretten. Det samme gælder lån ydet mellem kapitalselskaber inden for samme koncern og som er søsterselskaber, med mindre der er tale om omgåelsestilfælde. Skatteretligt vil lån til kapitalselskaber ikke være omfattet af LL § 16 E, da loven kun omfatter lån til fysiske personer.

Kapitalejerlån til et personselskab, hvor kapitalejeren i det långivende selskab også er deltager i personselskabet er en af problemstillingerne. Selskabsretligt skelnes der mellem om kapitalejeren hæfter ubegrænset eller har begrænset hæftelse i personselskabet. Hæfter en deltager ubegrænset, vil deltageren falde ind under begrebet særlig nær i SL § 210. Dette skyldes at deltagerens ubegrænset hæftelse i personselskabet gør, at deltageren i selskabsretlig henseende står personselskabet særlig nært, hvilket

medfører at lånet til denne deltager vil være omfattet af SL § 210. Er der derimod tale om et lån til en deltager i personselskabet, der hæfter begrænset, og som er kapitalejer i det långivende kapitalselskab, vil der ikke være tale om et lån omfattet af SL § 210. I skatteretten skelnes der ikke mellem hæftelsesform. Skatteministeren har udtalt at fordi personselskaber er skattetransparente, ses der igennem selskaberne skatteretligt og lånet vil være omfattet af LL § 16 E. Derfor vil et lån til et personselskab, hvor kapitalejeren i det långivende selskab også er deltager være omfattet af LL § 16 E. Denne fortolkning er vi ikke enige i, da ordlyden af LL § 16 E ikke omfatter juridiske enheder. Personselskaber er juridiske personer og dermed ikke en fysisk person, hvorfor vores konklusion er at der mangler hjemmel til beskatning af lån til personselskaber.

Kapitalejerlån er både selskabs- og skatteretligt tilladt såfremt lånet opstår som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Baseret på de seneste bindende svar fra SKAT, er egentlige pengeudlån udelukket fra at kunne være en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Dette er en stramning i forhold til den selskabsretlige fortolkning af begrebet, da en sådan regel ikke ses at blive anvendt af Erhvervsankenævnet eller Erhvervsstyrelsen. Bortset fra denne forskel er det vores vurdering, at begrebet fortolkes og anvendes stort set identisk selskabsretligt og skatteretligt.

En anden forskel på selskabsretten og skatteretten er behandlingen af sikkerhedsstillelser. Sikkerhedsstillelser kan i selskabsretten lovliggøres. Ved en sikkerhedsstillelse sker der ingen overførelse af likvider, med mindre sikkerhedsstillelsen bliver aktuel. Skatteretligt vil en sikkerhedsstillelse stillet over for en hovedkapitalejer blive beskattet på tidspunktet for indgåelse af aftalen. Ud fra vores vurdering hænger denne beskatning ikke sammen med formålet med LL § 16 E. Det bør i den forbindelse overvejes om ikke dispositioner mellem et kapitalselskab og en hovedkapitalejer er tilstrækkelig reguleret i LL § 2, og om beskatning først skal finde sted såfremt sikkerhedsstillelsen bliver aktuel.

Kapitel 5 Handlinger ved et kapitalejerlån

5.1 Lovliggørelse af kapitalejerlån

5.1.1 Lån optaget før 2012

Lån der er optaget før den 14. august 2012 er ikke omfattet af LL § 16 E og dermed er lånet ikke skattepligtigt. Kapitalselskabet vil, efter de nye regler, kunne lovliggøre lånet jf. SL § 210, stk. 2.

Udfordringen ved at lovliggøre sådan et ulovligt kapitalejerlån kan opstå, da det efter betingelserne i SL § 210, stk. 2, 1. pkt. er en betingelse, at lånet skal ydes på sædvanlig markedsvilkår.

Der kan være mange "gamle" kapitalejerlån, der ikke er blevet forrentet eller kun er forrentet med en meget lav rente, hvor der ingen afviklingsaftale er, og hvor der næsten ikke eller slet ikke er afdraget på gælden. For at kunne lovliggøre kapitalejerlån, hvor forholdene er som ovenstående, vil det kræve, at der bliver ændret på vilkårene for det ulovlige kapitalejerlån, så lånet kommer til at opfylde betingelsen om markedsvilkår.

Der står i betænkningen til L 23¹⁹¹, at såfremt vilkårene for ulovlig kapitalejerlån, der ikke er omfattet af LL § 16 E ændres væsentligt, vil få den betydning, at lånet skattemæssigt vil blive betragtet som indfriet/afstået og etablering af et nyt kapitalejerlån, der hermed kan være omfattet af LL § 16 E og dermed udløse beskatning.

Af høringssvar til FSR fra skatteministeren fremgår det, at en ændring af vilkårene for et lån ikke medfører, at LL § 16 E får tilbagevirkende kraft og rammer "gamle" kapitalejerlån.¹⁹² Dog henvises der samtidig til, at en væsentlig ændring i vilkårene vil kunne medføre skattepligt for låntageren. Dette vil betyde, at hvis et selskab lovliggør et lån, der ikke er omfattet af LL § 16 E, fordi lånet er optaget før den 14. august 2012 og i den forbindelse ændrer væsentligt på vilkårene, for at det er ydet på markedsvilkår, kan dette medføre at lånet bliver omfattet af LL § 16 E hvilket medfører beskatning.¹⁹³ Denne problemstilling vil kunne få selskaber til ikke at lovliggøre kapitalejerlånene uagtet, at lovliggørelse må vurderes at have positiv effekt for selskabet, da den medfølgende beskatning har den modsatte effekt.

¹⁹¹ Lovforslag nr. L23, af 5. oktober 2016, s. 19

¹⁹² L 23 2016-2017 bilag 1

¹⁹³ L 23 2016-2017 bilag 1

5.1.2 Lån optaget mellem 2012 og 2017

For kapitalejerlån, der er optaget efter den 14. august 2012 og frem til 1. januar 2017, vil lovgivning betyde, at selskabet ikke længere har et ulovligt kapitalejerlån. Det ændrer ikke på det faktum, at der er tilbagebetalingspligt jf. SL § 215 selvom lånet allerede er beskattet.

5.1.3 Lån optaget efter 2017

Optages et kapitalejerlån efter 1. januar 2017, hvor lånet er lovliggjort efter SL § 210, stk. 2. betyder det, at der selskabsretligt er tale om et lovligt kapitalejerlån. Uagtet at lånet er lovliggjort selskabsretligt vil kapitalejeren, der er omfattet af LL § 16 E, skulle beskattes af lånet som udbytte eller løn, da reglerne skatteretligt er de samme som før. Ligesom lånet skal tilbagebetales jf. den låneaftale, der er indgået mellem selskabet og kapitalejeren.

Optagelse af et lovligt kapitalejerlån medfører ikke en bøde. Indførelsen af L 23 har dermed den virkning, at bøden er sparet, men det vil stadig koste kapitalejeren dyrt at låne penge i sit eget selskab, da lånet ikke blot skal tilbagebetales, det skal også beskattes.

5.2 Afhjælpning af et konstateret kapitalejerlån

Er der konstateret et kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E, skal lånet beskattes hos kapitalejeren jf. kapitel 3. Kapitalejeren skal beskattes af lånet på hævnings tidspunktet.

Som udgangspunkt er det ikke muligt at reparere på et kapitalejerlån, men SKAT har i deres styresignal fra december 2014,¹⁹⁴ åbnet op for visse muligheder for at reparere et kapitalejerlån. I styresignalet lægges der op til to muligheder, hvorpå en kapitalejer vil kunne undgå dobbeltbeskatning. Muligheden er at selskabet kan udlodde den selskabsretlige fordring til kapitalejeren.

Disse reparationsmuligheder må nødvendigvis kun være mulige at benytte på selskabsretlige ulovlige lån. Såfremt lånet er selskabsretligt lovligt, vil lånebeløbet være bundet på egenkapitalen og en udlodning vil ikke være mulig.

Vælger kapitalselskabet derimod at udbetale udbytte eller løn til hovedkapitalejeren, med henblik på at denne kan anvende det udbetalte beløb til at indfri det ulovlige lån, vil udbetalingen af løn eller udbytte medføre yderligere beskatning af hovedkapitalejeren. Dette skyldes, at SKAT vil opfatte den oprindelige

¹⁹⁴ SKM2014.825.SKAT

hævning og den efterfølgende hævning som to separate dispositioner.¹⁹⁵ Dette vil medføre dobbeltbeskatning, hvorfor det skal være selve fordringen, det ulovlige lån, der udloddes. På denne måde undgås dobbeltbeskatning.

Skattemæssigt anses lånet for at være en hævning uden tilbagebetalingspligt og fordringen ophører med at bestå i skatteretlig forstand, når kapitalejeren er blevet beskattet af hævningen.¹⁹⁶ Dette betyder, at efter beskatningen, findes fordringen kun i selskabsretlig forstand og derfor vil en udlodning til kapitalejeren ingen skattemæssige konsekvenser have.

Udloddes fordringen som enten løn eller udbytte, kan det ulovlige lån i form af den oprindelige hævning og de lovpligtige renter der er tilskrevet jf. SL § 215, udloddes uden at dette får skattemæssige konsekvenser for kapitalejeren. En kapitalejer vil derfor ikke blive beskattet af renterne når de udloddes sammen med fordringen.¹⁹⁷

5.2.1 Udlodning af en fordring som udbytte

For at selskabet kan udlodde det ulovlige kapitalejerlån som udbytte, er det en forudsætning at reglerne for udlodning af selskabets aktiver "i andre værdier end kontanter" er opfyldt og at selskabet kan udlodde udbytte, i henhold til de selskabsretlige regler.

Udlodningen kan ske som både ordinært og ekstraordinært udbytte. Udlodning af en fordring er en udbytteudbetaling i andre værdier end kontanter. Reglerne herfor findes i SL § 183 for ekstraordinært udbytte og SL § 182 for ordinært udbytte. I forbindelse med denne udlodning skal der udarbejdes en vurderingsberetning, jf. SL §§ 36 og 37. I vurderingsberetningen erklæres det, at fordringen mindst svarer til værdien af udlodningen. Er der gået mere end seks måneder fra balancedagen, skal der aflægges en mellembalance, jf. SL § 183, stk. 2 og stk. 3, der viser at udlodningen er forsvarlig.

Det er ligeledes et krav, at generalforsamlingen har truffet beslutning om udlodningen jf. SL §§ 180, stk. 1 og 182, stk. 1 og at fordringen kan rummes i selskabets frie reserver. Kan udlodningen ikke rummes i de frie reserver, kan fordringen som alternativt overføres til løn jf. afsnit. 5.2.2.

¹⁹⁵ SKM08.2014.SKAT

¹⁹⁶ Se afsnit 3.6.1

¹⁹⁷ SKM08.2014.SKAT

Er renterne ikke udloddet sammen med fordringen, skal renterne indbetales til kapitalselskabet, da lånet ikke er indfriet før både hovedstolen samt renter er tilbagebetalt. Det er vigtigt, at det klart fremgår, at det er selve fordringen, det ulovlige kapitalejerlån, som udloddes, eventuelt sammen med renterne. Fremgår dette ikke, vil udlodningen ikke kunne reparere på det ulovlige kapitalejerlån.¹⁹⁸

Kan kapitalejeren ikke indbetale den udbytteskat selskabet har pligt til at indeholde, jf. SL § 65, på 27 %, kan kapitalselskabet evt. udlodde yderligere midler til at dække denne skat. Dette medfører, at det udloddede udbytte skal kunne rumme kildeskatten på 27 %, samt hovedstolen på lånet.

Her vil vi se på et tænkt eksempel:

A har et lån omfattet af LL § 16 E på 100 t.kr. i selskabet A A/S og lånet skal beskattes som udbytte, og dermed som aktieindkomst, jf. PSL § 8 a. Det antages, at A A/S opfylder betingelserne for at kunne udlodde fordringen på 100 t.kr. som ekstraordinært udbytte. Udbytteskatten udgør 27 t.kr., og er en ikke indeholdt udbytteskat, som selskabet hæfter for. Har A ikke mulighed for at indbetale udbytteskatten på de 27 t.kr. må selskabet udlodde yderligere midler til A samtidig med udlodningen af fordringen.

• Fordringen som udloddes (oprindelige lån)	100 t.kr.
• Ekstra udbytteudlodning	37 t.kr.
• Kildeskat af ekstra udbytteudlodning	10 t.kr.
• Nettoudbytte (der skal dække A's skattegæld)	27. t.kr.

Ved at anvende denne metode, er der i alt udloddet 137 t.kr., hvoraf der til SKAT er indbetalt 37 t.kr., svarende til den indeholdte udbytteskat på 27 % og A har i alt fået 100 t.kr., der er modregnet i det ulovlige lån. Udbytteindberetningen på fordringen (lånet) skal indberettes på det tidspunkt hvor hævnningen blev foretaget. Den ekstra udbytteudlodning skal indberettes når denne udlodning foretages, oftest først i det nye regnskabsår. Dette skyldes, at den oprindelige hævning og udlodningen til at betale kildeskatten, er to forskellige transaktioner. Renterne der er tilskrevet lånet efter SL §215, kan udloddes sammen med fordringen.

Er der flere kapitalejere, kan der ikke kun udloddes udbytte ud til den ene kapitalejere. I dette tilfælde vil alle kapitalejere skulle have udbytte svarende til deres ejerandel.

¹⁹⁸ SKM2014.825.SKAT

Vælges det, at udlodde fordringen som udbytte er der omkostninger forbundet hermed, da selskabet skal have udarbejdet en vurderingsberetning og selskabet muligvis skal have udarbejdet en mellembalance. Derfor kan det være økonomisk fordelagtigt for selskabet, at anvende muligheden for at overføre lånet som løn, hvis muligt.

5.2.2 Konvertering af fordring til løn

Den anden mulighed som SKAT opstiller for at undgå dobbeltbeskatning er at overføre fordringen til løn. For at dette er muligt skal beløbet kunne rummes indenfor, hvad der er passende aflønning af kapitalejeren og der skal foreligge en aftale mellem kapitalselskabet og kapitalejeren, for eksempel via et tillæg til kapitalejerens ansættelseskontrakt. Det er derfor ikke muligt at foretage en regulering med tilbagevirkende kraft, hvilket betyder, at overførslen af løn først kan ske når aftalen mellem kapitalejeren og selskabet er indgået. Det er vigtigt at det også her klart fremgår, at det er fordringen (lånet) der overføres til løn. Ved at anvende denne metode har selskabet fradrag for lønudgifterne.

Her vil vi se på et tænkt eksempel:

A har et lån omfattet af LL § 16 E på 100 t.kr. i selskabet A A/S og lånet skal beskattes som løn, dermed som personlig indkomst, jf. PSL § 3. Det antages at A opfylder betingelserne for at kunne udbetale løn på 100 t.kr. A's skatteprocent er sat til 40. Kildeskatten udgør 40 t.kr. som A skylder og selskabet har fradrag for 100 t.kr. Hvis A ikke kan betale kildeskatten på 40 t.kr., må kapitalselskabet udbetale yderligere løn til A.

- | | |
|--|------------|
| • Ulovligt kapitalejerlån | 100 t.kr. |
| • Ekstra løn | 66,7 t.kr. |
| • Kildeskat som A skylder | 40 t.kr. |
| • Kildeskat af ekstra løn | 26,7 t.kr. |
| • Nettoløn (der skal dække A's skattegæld) | 40 t.kr. |

Der er i alt i kapitalselskabet givet A løn for 166,7 t.kr. og heraf skal 66,7 t.kr. indbetales til SKAT, svarende til en trækprocent på 40%. A har netto fået 100 t.kr., der modregnes i den oprindelige hævnning samt 66,7 t.kr. til at dække kildeskatten. Det er kun disse to udbetalinger, der giver fradrag i selskabet. De lovpligtige renter efter SL § 215, er ikke skattemæssigt fradragsberettiget for kapitalejeren, og renterne er skattepligtige for selskabet. Renterne kunne være udloddet sammen med det ulovlige lån.

Selskabet vil skattemæssigt have fradrag for lønomkostninger i de år, hvor hævningsne er foretaget, uagtet at der regnskabsmæssigt først kan ske omkostningsføring i resultatopgørelsen i de efterfølgende år. Dette medfører, at der kan ske en forskydning mellem den regnskabsmæssige omkostning og det skattemæssige fradrag.

5.2.3 Indberetning til SKAT

Udlodning af fordringen som enten udbytte eller løn medfører, at selskabet ikke har indeholdt korrekt kildeskat på hævningsstidspunktet.

Skatteretligt vil den manglende kildeskat ikke være et nyt kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E, såfremt den manglende kildeskat, som selskabet har pligt til at indberette og indbetale til SKAT, bliver indbetalt til kapitalselskabet inden selskabets selvangivelsesfrist for det indkomstår, hvor kapitalejerlånet opstod.¹⁹⁹ Bliver kildeskatten ikke indbetalt til selskabet i tide, vil der være tale om et nyt lån omfattet af LL § 16 E.

Selskabsretligt vil den manglende kildeskat, som udgangspunkt, ikke blive anset som et nyt ulovligt lån. Der vil dog opstå et nyt kapitalejerlån, hvis selskabet betaler kapitalejerens skattegæld. Derfor skal kapitalejeren indbetale kildeskatten til selskabet inden selskabet afregner kildeskatten over for SKAT. Sker dette ikke, vil et beløb svarende til kildeskatten være et nyt ulovligt kapitalejerlån selskabsretligt, hvoraf der skal ske renteberegning efter SL § 215.

SKAT opstiller i styresignalet tre situationer, hvor det beskrives hvilke konsekvenser, det vil have alt efter hvornår indberetningen og indbetalingen af kapitalejerlånet sker.

Situation 1,²⁰⁰ er hvor lånet indberettes til SKAT inden udløbet af kapitalselskabets selvangivelsesfrist i det år kapitalejerlånet er opstået. Her vil kapitalselskabet skulle lave en efterangivelse af enten løn eller udbytte samt indbetale kildeskatten. Indbetaler kapitalejeren kildeskatten til kapitalselskabet inden udløbet af selskabets selvangivelsesfrist, vil kildeskatten ikke blive et nyt ulovligt kapitalejerlån, jf. styresignalet fra SKAT.

¹⁹⁹ SKM2014.825.SKAT

²⁰⁰ SKM2014.825.SKAT

Situation 2,²⁰¹ er hvor lånet indberettes til SKAT senest 30. juni i det andet kalenderår efter udbetalingen af lånet. Her vil kapitalselskabet skulle indberette en efterangivelse af enten løn eller udbytte samt indbetale kildeskatten som i situation 1. Kapitalselskabet skal i denne situation bede om genoptagelse af udbetalingsårets selvangivelse, da fradraget for lønudgiften gives i det år hvor udbetalingen er sket. Da det ulovlige kapitalejerlån først er opdaget efter selvangivelsesfristen for udbetalingsåret, vil kildeskatten af det oprindelige lån blive anset som et nyt ulovligt kapitalejerlån, da kapitalejeren ikke har indbetalt kildeskatten til selskabet inden udløbet selvangivelsesfristen.²⁰²

Situation 3,²⁰³ er hvor lånet indberettes til SKAT efter 30. juni i det andet kalenderår efter udbetalingen af lånet. I denne situation skal selskabet ikke indeholde kildeskat eller indberette efterangivelse. Beskatningen af det ulovlige kapitalejerlån vil ske som en personlig beskatning hos kapitalejeren. Er beskatningen sket som løn vil selskabet have fradrag for lønudgiften, ved genoptagelse af selskabets selvangivelse.

5.3 Holder reparationsmulighederne selskabsretligt?

I afsnit 5.2 er SKATs reparationsmuligheder gennemgået. Ifølge SKAT er det muligt at udlodde det ulovlige kapitalejerlån som løn eller udbytte, og derved fjerne det ulovlige kapitalejerlån selskabsretligt. Skatteretligt er der efter beskatning ikke noget lån, jf. LL § 16 E, da et kapitalejerlån skatteretligt anses som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Ifølge SKAT vil denne udlodning kunne ske skattefrit, da fordringen ikke består skatteretligt. Ved at anvende denne metode undgår kapitalejeren dobbeltbeskatning, men spørgsmålet er blot om denne metode også holder selskabsretligt?

Reglerne om tilbagebetalingspligt for lån omfattet af SL § 210 findes i SL § 215. I SL § 215 står der skrevet, at et kapitalejerlån i strid med SL § 210 skal tilbageføres til selskabet sammen med en årlig rente. For at kunne finde ud af om SKATs metode kan anvendes selskabsretligt, må vi se nærmere på hvordan SL § 215 skal fortolkes.

Som beskrevet under afsnit 1.7.1, er et lån karakteriseret ved, at låntageren har pligt til at tilbagebetale det udstedte lån. Hvis der derimod er overført midler til en kapitalejer, uden at der påhviler kapitalejeren en tilbagebetalingspligt, vil der ikke være tale om et lån, med derimod en ulovlig udbytteudlodning, der kan medføre tilbagebetalingspligt jf. SL § 194.²⁰⁴

²⁰¹ SKM2014.825.SKAT

²⁰² SKM2014.825.SKAT

²⁰³ SKM2014.825.SKAT

²⁰⁴ Hansen & Krenchel (2014), s. 402

For at forstå hvordan lovene skal fortolkes, må vi se på bemærkningerne til de oprindelige love. SL § 215 er en videreførelse af ASL § 115, og ApSL § 49 og SL § 194 er en videreførelse af ASL § 113 og ApSL § 48. ASL § 115 er en skærpelse af ASL § 113. Derfor vil vi først se på, hvor denne skærpelse ligger.

Kan en kapitalejer ikke tilbagebetale et ulovligt kapitalejerlån, hæfter de personer, der har truffet eller opretholdt den ulovlige disposition for selskabets tab jf. SL § 215, stk. 2. I bemærkningerne til ASL § 115, stk. 5, nu SL § 215, stk. 2 står der at der hæftes *”Ubetinget for de ulovlige dispositioner bringes til ophør.”*²⁰⁵ Hvor ubetinget må betyde at dette ikke kan fraviges og at hæftelsen først ophører når lånet er tilbagebetalt. Om tilbagebetalingspligten indtræder på objektiv grundlag eller er afhængig af om de omfattede personer ved deres dispositioner har handlet culpøst, er blevet afgjort ved dommen UfR.1998.1172H. Her konkluderede Højesteret, at eneanpartshaveren S, ved de foretagne dispositioner havde stillet selskabets midler til rådighed for køberen, og at tilbagebetaling af de ulovligt overførte midler ikke kunne finde sted. Da ApSL § 49, stk. 5, nu SL § 215, stk. 2, må forstås, som en regel om hæftelse på objektiv grundlag, hæftede S for betaling af selskabets udækkede skattekrav. Dermed er det slået fast, at ifølge SL § 215, stk. 2 er hæftelsen på objektiv grundlag.

SL § 194 omhandler også tilbagebetalingspligt af vederlagsfri midler, der er udbetalt til kapitalejeren fra kapitalselskabet i strid med selskabslovens præceptive bestemmelser herom. I SL § 194, stk. 2, står der: *”Kan beløbet ikke inddrives, eller har kapitalejeren ikke tilbagebetalingspligt, er de, som har medvirket til beslutningen om udbetalingen eller gennemførelsen af denne eller til opstillingen eller godkendelsen af den urigtige regnskabsopgørelse, ansvarlige efter de almindelige erstatningsregler”*. Denne lov bygger på, at der skal være foretaget en culpøs handling.²⁰⁶ Skærpelsen ligger i, at i SL § 215, stk. 2 sker hæftelsen på objektiv grundlag og i SL § 194, stk. 2 kræver hæftelsen en culpøs handling.

SL § 215 er som sagt en videreførelse af ASL § 115. I bemærkningerne til 1973²⁰⁷ og 1982²⁰⁸ lovene, står der ikke noget i bemærkningerne til ASL § 115 om tilbagebetaling, hvorfor det fortsat må være reglerne fra ASL § 113 der gælder. Det fremgår af forarbejderne, at det ikke er hensigten med den nye SL § 194, at der skal ske indholdsmæssige ændringer i forhold til de tidligere bestemmelser i ASL og ApSL.²⁰⁹ I bemærkningerne til ASL § 113 står der *”... andre udbetalinger, det vil navnlig sige kapitaludlodninger i strid med lovens regler, er aktionæren derimod ubetinget forpligtet til at tilbagebetale. Denne absolutte regel er nødvendig af*

²⁰⁵ jf. TF 1981-82, tillæg A sp. 2884

²⁰⁶ Hansen & Krenchel (2014), s. 389

²⁰⁷ Græsvænge, Larsen & Roelsen (1973), s. 258-262

²⁰⁸ Græsvænge, Larsen & Thomsen (1983), s. 366-370

²⁰⁹ Lovforslag nr. L 170 af 25. marts 2009, § 194

hensyn til kreditorenes beskyttelse."²¹⁰ At aktionæren er ubetinget forpligtet til at tilbagebetale, må fortsat betyde, at dette ikke kan fraviges og at en tilbagebetaling først er fuldført når der er ført likvider tilbage til kapitalselskabet. At reglen er absolut må betyde, at reglen ikke kan fraviges, idet reglen er en absolut nødvendighed i forhold til kreditorbeskyttelse. Dette vil betyde, at det ikke vil være muligt at anvende SKATs metode, da en udlodning af fordringen medfører, at der ikke bliver indbetalt likvider tilbage til kapitalselskabet, men derimod at selskabet mister egenkapital som konsekvens af udlodningen.

Er en disposition omfattet af SL § 210, vil der være tale om et lån og som skrevet tidligere medfører et lån en tilbagebetalingspligt. Det ulovlige lån kan derfor ud fra ovenstående kun ophøre igennem en tilbagebetaling af likvider, og spørgsmålet er om en modregning opfylder dette. Der foreligger ikke mange afgørelser på dette område, men Mette Neville har i bogen "Selskabets kapital"²¹¹ rejst spørgsmålet, om en modtager af et ulovligt kapitalejerlån, der også har en fordring på kapitalselskabet, kan opfylde sin tilbagebetalingspligt ved at afgive en modregningserklæring over for selskabet, og kommer frem til at det kan kapitalejeren ikke. Dette har sin oprindelse i, at et ulovligt kapitalejerlån ikke bør kunne bruges til at skaffe kapitalejer en bedre stilling end de øvrige kreditorer i selskabet, og derfor bør tilbagebetalingspligten ikke kunne opfyldes ved modregning. Dertil refereres der til en finsk højesteretsdom ND 1993.550, hvor det blev afgjort, at en direktør ikke kunne opfylde tilbagebetalingspligten på det ulovlige kapitalejerlån, ved at afgive modregningserklæring for sit tilgodehavende i det konkursramte selskab.²¹²

Den samme konklusion nås i UfR.2009.2056Ø hvor to kapitalejere havde hver deres ulovlige lån i deres fællesanpartsselskab. Her kom Landsretten frem til, at der ikke kunne ske modregning af det beløb de to kapitalejere havde lagt ud, da bogføringen af de foretagne betalinger først skete efter, at kurator havde krævet de ulovlige lån indfriet, og først derefter gjorde kapitalejerne modregning gældende. Dertil fandt Landsretten, at kapitalejerne var afskåret fra at tilbagebetale kapitalejerlånene ved at modregne deres tilgodehavender i det konkursramte selskab i deres ulovlige kapitalejerlån, da det ville kunne medføre en forskydning af kreditorenes stilling, hvilket ville være i strid med det konkursretlige lighedsprincip. I begge afgørelser opnås den konklusion, at der ikke kan ske modregning.

Modsat konklusion nås der i UfR.2003.673H, hvor Højesteret kom frem til, at der godt kunne ske modregning. Sagen omhandlede to kapitalejere A og B, hvor direktøren D udbetalte i alt 2,4 millioner til A og B fra deres selskab S, der senere gik konkurs. Konkursboet anlagde sag mod D, om at han hæftede for

²¹⁰ FT 1972-73 tillæg A Spalte 4521

²¹¹ Langsted (1999), s. 87

²¹² Langsted (1999), s. 87

overførslerne til A og B. Dette gav Højesteret ikke konkursboet ret i. Højesteret lagde til grund, at de beløb, der figurerede i S, var blevet fremskaffet ved overførsler fra A og B, og at de 2,4 mio. kr. ikke var blevet ydet som lån eller lignende, men derimod var en tilbagebetaling af indskud A og B havde foretaget. Der var derfor ikke grundlag for at anse udbetalingerne for at være omfattet af ASL § 115, stk. 1, nu SL § 210, og derfor hæftede D ikke for tilbageførslen efter ASL § 115, stk. 5, nu SL § 215, stk. 2.

I den finske dom kunne der ikke ske modregning på grund af, at modregning ikke ville opfylde tilbagebetalingspligten. I UfR.2009.2056Ø kunne der ikke ske modregning da konkursen var indtrådt, da modregning blev gjort gældende, hvilket ville medføre en forskydning af kreditorenes stilling. I UfR.2003.673H, kunne der godt ske modregning, da udbetalingerne ikke var omfattet af SL § 210, da der var tale om tilbageførsel af et tilgodehavende kapitalejerne havde i kapitalselskabet, og derfor blev SL § 215 ikke aktuel, da dispositionen i første omgang ikke var omfattet af SL § 210.

Da tilbagebetalingspligten i SL § 194 først er fuldført ved tilbagebetaling af likvider, må dette også gælde for SL § 215, da ASL § 115 nu SL § 215 er en skærpelse af ASL § 113, nu SL § 194. Hvorved kan modregning ikke kan opfylde tilbagebetalingspligten i SL § 215, da tilbagebetalingspligten ligesom i SL § 194 først er fuldført ved tilbagebetaling af likvider. Det ville heller ikke hænge sammen, at modregning kunne opfylde tilbagebetalingspligten i SL § 215, når modregning ikke kan i SL § 194, jf. ovenstående.

Ud fra ovenstående gennemgang, vil det betyde, at SKATs metode ikke vil holde selskabsretligt, da en modregning ikke opfylder tilbagebetalingspligten, og derfor vil en kapitalejer ikke kunne undgå dobbeltbeskatning. Udover beskatning efter LL § 16 E, hvis lånet er omfattet, skal kapitalejeren også betale lånet tilbage til kapitalselskabet ved indbetaling af likvider. Hvis kapitalejeren hæver løn eller udbytte, for at kunne tilbagebetale lånet eller kildeskatten, vil kapitalejeren blive beskattet igen.

Der er ingen afsagte domme på dette, men det kunne være interessant at se hvordan en kurator, i et konkursbo, vil behandle en udlodning af en fordring, der er i strid med SL § 215. Hvis kurator ikke anser udlodningen af fordringen som en tilbagebetaling i forhold til SL § 215, vil kurator kunne kræve lånet tilbagebetalt til selskabet ved indbetalinger af likvider.

Det er ikke muligt at komme med en endelig konklusion på, hvorvidt SKATs forslag til reparation er i overensstemmelse med de selskabsretlige bestemmelser, da endnu ingen domstole har taget stilling til dette. At lånet vil kunne udloddes som en fordring eller løn, hænger ikke sammen med formålet i SL § 210,

da det primære formål med forbuddet af kapitalejerlån ligger i kreditorbeskyttelsen. En kreditor er bedre stillet ved at kapitalselskabet har et udlån til en kapitalejer, end ved at selskabet har udloddet udbytte til kapitalejerne. Dette skyldes, at et udlån skal tilbagebetales til selskabet inklusiv renter og udbyttet vil forsvinde ud af selskabet. Det er først på det tidspunkt hvor et lån ikke kan tilbagebetales, at selskabet vil lide et tab, der kan ramme kreditorerne. For selskabet og dens kreditorer er et udlån bedre, da soliditeten i selskabet forbliver den samme.

5.4 Ligningsloven § 2 kontra ligningsloven § 16 E

Som skrevet i afsnit 3.1 blev LL § 2 vedtaget i 1998. Loven blev indført delvis som følge af dommen fra Højesteret beskrevet i Tfs 1998.199. I dommen konkluderer Højesteret, at der i statsskattelovens § 4 ikke er hjemmel til at skattemyndighederne kan pålægge skatteyderne en fikseret rente på rentefrie lån. Frem til vedtagelsen af LL § 2 blev rentekorrektion benyttet af skattemyndighederne til at korrigere forrentningen på lån mellem interesseforbundne parter, i tilfælde hvor forrentningen ikke blev anset for at være på markedsvilkår. Med vedtagelsen af LL § 2 var denne mulighed for skattemyndighederne nu hjemlet direkte i lovens ordlyd.

Det anvendte princip i loven, hvor selve låneprovenuet beskattes som var det en indkomst, strider klart imod de skattemæssige regler for lån som vi normalt tager for givet. Vi tager det for givet, at kun afkast i form af renter samt eventuel(t) gevinst eller tab på lånet beskattes som indkomst. Den nugældende beskatning af kapitalejerlån svarer egentlig til at blive beskattet af at have optaget et lån i banken, som alternativ til at have udloddet udbytte fra sit kapitalselskab.

Med dette siger vi ikke, at vi ikke forstår lovgivers motiver bag bestemmelsen, eller at der ikke kan være behov for ændringer i forhold til situationen som den var før vedtagelsen af LL § 16 E. Vi har et system hvor kapitalejere opnår nogle særlige fordele ved at drive deres virksomhed i selskabsform, herunder at kapitalejeren som fysisk person er adskilt fra kapitalselskabet som den juridiske person og dets kreditorer. Denne konstruktion må nødvendigvis kræve, at udbetalinger fra selskab til kapitalejer pålægges en skat, når der er tale om midler som definitivt har forladt selskabet. Efter vores opfattelse må det være muligt at imødekomme lovgivernes ønske om at dæmme op for lån som alternativ til lån og udbytte på anden vis. Spørgsmålet er om ikke løsningen allerede findes i LL § 2. Det fremgår fuldstændig klart af denne bestemmelse, at transaktioner mellem interesseforbundne parter skal ske ved anvendelse af priser og vilkår, i overensstemmelse med hvad der kunne være afsluttet mellem uafhængige parter.

Det er spørgsmålet om lån fra selskab til kapitalejer overhovedet ville være et problem, hvis blot reglerne i LL § 2 blev efterlevet. Hvis kapitalejere reelt betalte en rente svarende til hvad de skulle betale i rente for en tilsvarende kassekredit, og hvis der skulle stilles reel sikkerhed svarende til hvad en bank ville kræve, er det vores vurdering at kapitalejerne i langt mindre grad ville foretage kapitalejerlån. Hertil vil der være incitament til, at kapitalejere vil foretage lovlige lån, der kommer kapitalselskabet til gode, hvis LL § 16 E ikke stod i vejen for dette. Hvis der blev taget udgangspunkt i at LL § 2 og LL § 16 E først kom i spil, når det blev konstateret, at lånet ikke blev tilbagebetalt, vil der være sammenhæng mellem beskatning af en indkomst og behandlingen af et lån.

Herudover er det spørgsmålet hvad problemet reelt er, hvis lån fra selskab til kapitalejer sker på markedsvilkår. Hvem er det der bliver snydt hvis lånene reelt foretages på markedsvilkår? Tabsrisikoen for selskabet kan være et element der skal betragtes. Men hvis der foreligger en reel risiko for, at selskabet kan realisere et tab på udlånet til dets kapitalejer skal dette jo afspejles i renten, eller præmien for sikkerhedsstillelsen, således at den svarer til hvad en bank ville kræve for at acceptere et risikofyldt engagement. Og så er vi tilbage ved at det blot mangler at LL § 2 bliver fulgt og håndhævet.

5.5 Delkonklusion

I dette afsnit af afhandlingen, har vi set nærmere på hvilke handlinger der kan foretages, når der er opstået et ulovligt kapitalejerlån. For at et lån optaget før 2012, hvor reglerne om beskatning jf. LL § 16 E blev vedtaget, kan lovliggøres, skal lånet være på sædvanlige markedsvilkår. Kapitalejeren skal være opmærksom på, at såfremt vilkårene for et ulovligt kapitalejerlån, som ikke er omfattet af LL § 16 E, ændres væsentligt, vil lånet skattemæssigt kunne blive betragtet som indfriet/afstået og etablering af et nyt kapitalejerlån. Dette nye lån vil være omfattet af LL § 16 E og vil dermed være skattepligtigt.

Er et selskabsretligt ulovligt kapitalejerlån konstateret, og der foreligger et skattepligtigt lån efter LL § 16 E, foreslår SKAT²¹³ to reparationsmuligheder for at en kapitalejer kan undgå dobbeltbeskatning. Reparationsmulighederne kan ikke benyttes for selskabsretlige lovlige lån. Dette kan gøres ved at kapitalselskabet udlodder fordringen som løn eller udbytte. Om disse reparationsmuligheder opfylder det selskabsretlige krav i SL § 215 om tilbagebetalingspligt, har vi ikke kunne komme med en endelig konklusion på, men det kan forekomme at en kurator ikke godtager en udlodning og vil kræve lånet tilbagebetalt til selskabet. I de afsagte domme i konkursramte selskaber har dommen været, at modregning ikke har kunne opfylde tilbagebetalingspligten. I de tidligere forarbejder står der skrevet, at en kapitalejer er ubetinget

²¹³ SKM2014.825.SKAT

forpligtet til at tilbagebetale og at reglen er absolut. Dette krav vil en modregning ikke opfylde, da der ved en modregning ikke sker tilbagebetaling af likvider til kapitalselskabet. Ligeledes hæfter de der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i strid med SL § 210 på objektivet grundlag.

SKATs reparationsmuligheder hænger heller ikke sammen med formålet i SL § 210, nemlig kreditorbeskyttelsen. En kreditor er bedre stillet ved, at kapitalselskabet har et udlån til en kapitalejer, end ved at selskabet har udloddet en fordring. Lånet skal tilbagebetales inklusiv renter, hvorimod udlodningen vil forsvinde ud af selskabet. Ved et lån vil kreditorerne først kunne blive ramt på det tidspunkt, hvor lånet ikke tilbagebetales til selskabet og selskabet derved vil lide et tab. For selskabet og dets kreditorer vil et udlån være bedre end en udlodning, da soliditeten i selskabet forbliver den samme.

Afsluttende kan der stilles spørgsmålstegn ved, om den skattemæssige behandling af kapitalejerlån ikke, allerede er reguleret i LL § 2, der siger at transaktioner mellem interesseforbundne partnere skal ske på markedsvilkår. Det er vores vurdering, at kapitalejerlån ikke ville være udbredte i samme omfang hvis blot LL § 2 blev fulgt og håndhævet. Herudover mener vi, at LL § 16 E først burde træde i kraft, når det konstateres, at lånet ikke vil blive tilbagebetalt.

Kapitel 6 EU retten

6.1 Indledning

Som vi beskriver ovenfor i afsnit 3.4.1, berøres også ejere af udenlandske kapitalselskaber af LL § 16 E. Disse ejere af udenlandske kapitalselskaber rammes af bestemmelsen ved, at kapitalejere, som er fuldt skattepligtige til Danmark efter KSL § 1, stk. 1, nr. 1, beskattes af lån fra udenlandske kapitalselskaber, som var det et lån fra et dansk kapitalselskab.

Bestemmelsen er herved ikke længere alene et anliggende mellem danske kapitalejere og danskeres danskejede selskaber med hjemsted i Danmark. Som følge heraf, er bestemmelsen i LL § 16 E i en position, hvor den muligvis vil blive testet ved EU-Domstolen, og baseret på den diskussion der findes omkring bestemmelsen, virker det i hvert fald ikke usandsynligt, at bestemmelsen kommer til at undergå denne prøvelse. Lovgiver skriver i bemærkningerne til lovforslaget, at bestemmelsen ikke indeholder nogen EU-retlige aspekter.²¹⁴ Dette udsagn mener vi ikke er korrekt. Som vi diskuterer nedenfor omkring restriktioner, er der elementer i denne lov som i høj grad indeholder EU-retlige aspekter. Af samme årsag finder vi det relevant at undersøge og diskutere hvorvidt bestemmelsen vil overleve en eventuel prøvelse ved EU-Domstolen.

Hvor rammerne for de indirekte skatter som moms og afgifter i høj grad er harmoniseret for medlemslandene, er der inden for EU-retten sket meget begrænset harmonisering af rammerne og reglerne for direkte skatter. Indirekte skatter er i høj grad harmoniseret i EU-retten ved positiv integration, altså ved EU-regulering og direktiver. Derimod er direkte skatter, i det omfang de er reguleret, reguleret af negativ integration i form af EU-Domstolens afgørelser. Herved bærer positiv integration kun en lille del af æren for at fjerne forhindringerne relateret til området for direkte skatter, i forhold til et velfungerende indre marked.²¹⁵ I tråd med denne stilling, anser medlemmerne af EU direkte skatter, som ét af de reelle tilbageværende områder, hvor medlemslandene hver for sig har suveræn indflydelse, og medlemslandene vil som følge heraf, nødtigt afgive denne suverænitæt ved indførelsen af positiv integration på området for direkte skatter.²¹⁶

²¹⁴ Lovforslag nr. L 199 af 14. august 2012, s. 24

²¹⁵ Terra, B. & Wattel, P. (2012) s. 4

²¹⁶ Terra, B. & Wattel, P. (2012) s. 4 – Forfatterne bringer dette synspunkt uden henvisning eller dokumentation og denne mening kan virke meget generel, og er sandsynligvis også afhængig af hvem der sidder i regering i medlemslandene. Vi fremfører dog synspunktet alligevel, da vi, baseret på vores kendskab til dansk politik, og særligt som den generelle holdning er til EU på nuværende tidspunkt, er vi enige i, at EU-regulering af direkte skatter i Danmark i form af vedtagelse af forordningen eller direktiver, på nuværende tidspunkt virker fjernt.

6.2 Lovgrundlag

Som nævnt ovenfor, er direkte skatter kun meget begrænset reguleret ved positiv integration. Herved må EU-Domstolen basere sig på bestemmelserne i de mere overordnet formulerede bestemmelser i EU-traktaterne.

I henhold til Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) artikel 18, er det indenfor traktatens anvendelsesområde, forbudt at udøve forskelsbehandling alene på baggrund af nationalitet. Denne artikel er relevant i forhold til diskussionen af hvorvidt skattetiltag kan diskvalificeres som værende diskriminerende.

Med hjemmel i artikel 49, må medlemslandene ikke opstille restriktioner, som forhindrer statsborgere i en medlemsstat, i frit at kunne etablere sig på en anden medlemsstats område. Heri medfølger retten til at oprette og lede selvstændig erhvervsvirksomhed, på samme vilkår som er gældende for etableringslandets statsborgere. Forbuddet mod sådanne restriktioner gælder også i forhold til statsborgeres oprettelse af selskaber, filialer, selvstændig erhvervsvirksomhed mv i en anden medlemsstat.

I henhold til artikel 54, ligestilles selskaber, der er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted er beliggende i EU, med personer, der er statsborgere i EU. Ifølge artikel 63, er alle restriktioner imod kapitalens fri bevægelighed mellem medlemslandene og mellem et medlemsland og et tredjeland, forbudt.

Baseret på ovenstående lovgrundlag vil vi diskutere, hvorvidt bestemmelsen i LL § 16 E, af EU-Domstolen vil blive anset som en restriktion mod at kunne etablere sig frit og på samme forhold som i etableringslandet, eller som en restriktion mod kapitalens fri bevægelighed. Herudover om bestemmelsen må karakteriseres som diskrimination jf. artikel 18 ovenfor.

6.3 Diskrimination

Som vi beskriver ovenfor, er der forbud mod at forskelsbehandle EU-statsborgere alene på baggrund af nationalitet, hvilket er direkte hjemlet i TFEU artikel 18. Endvidere er forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet gældende for tiltag rettet mod selskaber.²¹⁷ Som nævnt i indledningen af dette afsnit, gælder LL § 16 E for alle der er fuldt skattepligtige til Danmark og skattepligt fastsættes på baggrund af bestemmelserne i KSL § 1 og 7, og ikke på baggrund af nationalitet. I lovbemærkningerne fremgår det

²¹⁷ Hansen & Krenchel (2014), Dansk selskabsret 1, s. 95-96

udtrykkeligt, at bestemmelsen anvendes nøjagtig ens på lån fra selskaber med hjemsted i Danmark og på lån fra selskaber med hjemsted i øvrige lande.²¹⁸

Baseret på dette må konklusionen være, at LL § 16 E ikke kan karakteriseres som en diskrimination, der forskelsbehandler alene på baggrund af nationalitet. Ifølge bestemmelsen skal der ske beskatning af kapitalejerlån, uanset om lånet ydes fra et dansk eller udenlandsk kapitalselskab og det afgørende for modtageren er ikke nationalitet, men hvorvidt kapitalejeren er fuldt skattepligtig til Danmark.

6.4 Restriktion

Selvom bestemmelsen i LL § 16 E ikke skulle blive anset som diskriminerende, vil den stadig kunne underkendes af EU-Domstolen, som værende en restriktion i forhold til de traktatsikrede friheder, jf. artikel 49 og 63. Der er nemlig ikke alene forbud imod at diskriminere på baggrund af nationalitet, men også forbud imod at opstille *restriktioner*, som indskrænker borgernes og selskabernes frihedsrettigheder. Det faktum, at restriktioner – og ikke udelukkende diskrimination – kan underkendes, som værende i strid med de traktatsikrede friheder, blev endeligt slået fast med EU-Domstolens afgørelsen i Centros-sagen.²¹⁹

Centros-afgørelsen omhandler sagen mellem det britiske kapitalselskab Centros Ltd og Erhvervsstyrelsen (i Danmark). Centros var stiftet af to danske kapitalejere, havde hjemsted i Storbritannien og var stiftet med det britiske minimumskrav på 100 britiske pund i indskudskapital. Centros drev igennem en oprettet filial erhvervsmæssig virksomhed i Danmark, og Erhvervsstyrelsen afviste at registrere den danske filial med henvisning til, at Centros reelt var hovedetableret i Danmark og dermed burde være underlagt de danske bestemmelser om indskudskapital for kapitalselskaber på dengang minimum 200.000 kr. Centros appellerede denne afgørelse hele vejen til Højesteret, som forelagde sagen for EU-Domstolen og EU-Domstolen afgjorde, at Erhvervsstyrelsens afvisning var i strid med etableringsfriheden jf. nu TFEU artikel 49.

EU-Domstolen konkluderede indledende at, objektivt set, er en andens stats nægtelse af registrering af en filial af et selskab, der har hjemsted i et andet EU-land, en restriktion imod den fri etableringsret. Dernæst kunne der stadig være konkrete forhold, som kunne retfærdiggøre en afvisning af registrering af filialen, såfremt konstruktionen som Centros benyttede sig af kunne karakteriseres som misbrug af reglerne. EU-Domstolen afviste dog at denne konstruktion kunne anses som misbrug, da traktatens bestemmelser om etableringsfrihed netop har til formål at sætte et selskab, som er oprettet og har hjemsted i et EU-land, i

²¹⁸ L199 som fremsat, s. 7, 8, 21.

²¹⁹ Hansen & Krenchel (2014), Dansk selskabsret 1, s. 242.

stand til at udøve erhvervsmæssig virksomhed i et andet EU-land jf. præmis 27. Erhvervsstyrelsens argumenter omkring kreditorbeskyttelse og påståelse af svig, da Centros udelukkende drev erhvervsmæssig virksomhed i Danmark og ikke havde aktivitet i Storbritannien, blev af EU-Domstolen ikke anset for at opfylde de fire kriterier jf. Gebhard-afgørelsen²²⁰. Man kan herefter sige, at det Erhvervsstyrelsen anser som misbrug, bliver af EU-Domstolen anset som en traktatgaranteret frihedsret og EU-Domstolen sætter ekstra trumf på i præmis 28, med en bemærkning om at det står medlemslandene frit for at harmonisere reglerne yderligere.

I afgørelsen C-55/94, Gebhard afgør EU-Domstolen, at restriktioner kan retfærdiggøres såfremt denne restriktion opfylder en række kriterier. EU-Domstolen udtaler at: *"Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser:*

- *De skal anvendes uden forskelsbehandling,*
- *de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn,*
- *de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger,*
- *og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet."*

Dette er endvidere understreget i en skrivelse fra EU-Kommissionen, omkring direkte investeringer indenfor EU, hvor det er anført at *"Foranstaltninger, der ikke indebærer nogen forskelsbehandling (og altså gælder for såvel indenlandske som udenlandske investorer), vil kun kunne accepteres, hvis de bygger på en række objektive, stabile og offentligt kendte kriterier, der kan berettiges ud fra tvingende nødvendige samfundsmæssige hensyn. Under alle omstændigheder skal proportionalitetsprincippet altid respekteres."*²²¹

Det er altså slået fast, at såfremt LL § 16 E er en restriktion mod én af friheds-artiklerne, vil bestemmelsen stadig være i stand til kunne overleve EU-Domstolen, såfremt de ovennævnte betingelser er opfyldt. På engelsk er prøvelsen defineret som den såkaldte Rule of Reason.

Før det overhovedet er relevant at se på disse fire kriterier, må det være nødvendigt at se på, om bestemmelsen i LL § 16 E hæmmer den fri etablering, kapitalens fri bevægelighed eller lignende. Det indledende spørgsmål må derfor være, om LL § 16 E udgør en restriktion i forhold til enten artikel 49 eller 63.

²²⁰ C-212/97, Centros, præmis 35-38

²²¹ EF-Tidende nr. C 220 af 19/07/1997 s. 0015 – 0018, afsnit 9.

Set fra et overordnet synspunkt, er alle restriktioner eller "measures" imod kapitalens fri bevægelighed forbudt jf. artikel 63. Herudover er alle restriktioner imod fri etablering forbudt jf. artikel 49. Det er baseret alene på dette, svært at svare på, om LL § 16 E er en sådan restriktion. Først og fremmest er årsagen til at bestemmelsen kan være en restriktion, at andre lande inden for EU, som f.eks. Irland og Holland, ikke beskatter lån til kapitalejere med bestemmende indflydelse. Eller i hvert fald ikke beskatter kapitalejerlån så hurtigt, eller så hårdt, som Danmark med vedtagelsen af LL § 16 E gør.²²² Dermed er det ikke udelukket, at en person, der er fuldt skattepligtig til Danmark, vil ændre sin beslutning om etablering af et kapitalselskab i f.eks. Irland, eftersom han i Irland nu – modsat inden vedtagelsen af LL § 16 E – vil blive beskattet af lån fra det irske selskab.

Hvis man ser denne situation i forhold til ordlyden fra EU-Domstolen jf. ovenfor, "*Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende (..)*", lægger ordlyden umiddelbart op til en forholdsvis bred fortolkning. Ikke alene lyder det, "nationale foranstaltninger, som kan hæmme udøvelsen af frihedsrettighederne" – i stedet for f.eks. "nationale foranstaltninger, der hæmmer udøvelsen" - som umiddelbart indikerer en bred fortolkning af hvad der kan siges at være en restriktion, sammenlignet med det sidste alternativ. Der står endvidere i formuleringen herefter at "eller gøre udøvelsen heraf (udøvelsen af frihedsrettighederne) mindre tiltrækkende", hvilket indikerer, at et nationalt tiltag end ikke må gøre det mindre tiltrækkende at etablere sig i en anden medlemsstat, eller mindre tiltrækkende at flytte kapital til en anden medlemsstat.

Baseret på ordlyden i de relevante artikler i traktaten, og EU-Domstolens afgørelse og formulering i Gebhard-afgørelsen, er det vores vurdering, at LL § 16 E udgør en restriktion i forhold til retten til fri etablering og kapitalens fri bevægelighed. Det kan ikke udelukkes, at danske statsborgere vil vælge anderledes end de ville have gjort inden vedtagelsen af LL § 16, f.eks. ved at stifte kapitalselskab og drive erhvervsmæssig virksomhed i et EU-land med lempeligere regler for kapitalejerlån end i Danmark. Hvis dette er tilfældet, må det være at gøre "udøvelsen af de traktatsikrede rettigheder mindre tiltrækkende", og herved er der tale om en restriktion jf. Gebhard-afgørelsen.

Rønfeldt og Werlauff diskuterer i deres artikel "LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning", hvorvidt bestemmelsen er en restriktion imod en eller flere af friheds-artiklerne.²²³

²²² Rønfeldt, T. & Werlauff E. (2013) s. 273

²²³ Forfatterne konkluderer i artiklen, at der ikke er tale om diskrimination og diskuterer i stedet om der er tale om en restriktion.

Forfatterne konkluderer, at der foreligger en restriktion, og at bestemmelsen i LL § 16 E er en restriktion fordi danske og udenlandske selskaber ganske vist behandles ens, men bliver behandlet så dårligt, at der er tale om en restriktion imod de grundlæggende friheder. Mere konkret argumenterer forfatterne med, at bestemmelsen udgør en restriktion imod en dansk kapitalejers valg af udenlandsk selskab med hjemsted i et andet EU-land med lempeligere lovgivning på området.²²⁴ Det er endvidere argumentet, at det på områder hvor EU-retten ikke er harmoniseret medlemslandene imellem, står medlemslandene frit for at konkurrere indbyrdes. Af relevans for dette område, kan der konkurreres på området for selskabslovgivning, hvilket understreges af Centros-afgørelsen.²²⁵

Såfremt LL § 16 E vil blive anset som en restriktion, vil bestemmelsen dog stadig kunne overleve prøvelse ved EU-Domstolen. Som vi nævner ovenfor, fremgår dette udtrykkeligt af Gebhard-afgørelsen, og senere af Centros-afgørelsen, at såfremt et nationalt tiltag opfylder visse kriterier, vil dette tiltag ikke blive underkendt af EU-Domstolen. Jf. Gebhard-afgørelsen skal de fire nedenstående betingelser være opfyldt:

- Tiltaget skal anvendes uden forskelsbehandling,
- Tiltaget skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn,
- Tiltaget skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, det forfølger,
- Tiltaget må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

Det pågældende land skal altså påvise overfor EU-retten, at det pågældende tiltag møder alle disse kriterier og landet skal fremvise behørig dokumentation herfor.²²⁶

For at kunne fastslå hvorvidt bestemmelsen i LL § 16 E overholder disse fire bestemmelser, er det nødvendigt at fastslå formålet med bestemmelsen, eftersom formålet prøves i de sidste tre kriterier. Da det er lovgivers vurdering at LL § 16 E ikke indeholder EU-retlige aspekter, og lovgiver dermed ikke har påberåbt hvad de tvingende hensyn måtte være, må vi finde ud af hvad der kan være tale om på anden vis. Som vi nævner i afsnit 3.2, er formålet med LL § 16 E *”at fjerne de eksisterende skattemæssige incitamenter til at optage aktionærlån som skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte i selskabet.”* Herefter nævnes SKATs undersøgelse, der viser, at kapitalejerlån ofte bliver brugt til finansiering af privatforbrug, hvorfor kapitalejerlån skal beskattes allerede ved låneoptagelsen. Det ovennævnte formål kan reelt opsummeres til at være et middel imod at dæmme op for skatteunddragelse eller -udskydelse, og det må

²²⁴ Rønfelt, T. & Werlauff E. (2013) s. 271

²²⁵ Rønfelt, T. & Werlauff E. (2013) s. 272

²²⁶ Hansen & Krenchel (2014), Dansk selskabsret 1, s. 243.

derfor undersøges om formålet med at dæmme op for denne påståede skatteunddragelse eller – udskydelse kan opfylde de fire kriterier.

6.5 Skatteretligt formål - skatteunddragelse

6.5.1 Forskelsbehandling

LL § 16 E forskelsbehandler ikke på baggrund af nationalitet eller på baggrund af hjemstedet for det låneudstedende selskab. Såvel lån fra kapitalselskaber med hjemsted i Danmark og lån fra kapitalselskaber med hjemsted i et andet EU-medlemsland, beskattes ved låneoptagelsen. Endvidere tages der ikke hensyn til nationaliteten på kapitalejeren, da det afgørende er den skattemæssige tilknytning til Danmark. Der er heller ikke forskel på hvorvidt lånet er lovligt eller ulovligt i henhold til bestemmelserne i selskabsloven. Baseret herpå overholder bestemmelsen kriteriet om forbud mod forskelsbehandling.

6.5.2 Tvingende alment hensyn

Rønfeldt og Werlauff konkluderer i deres artikel, at der under dette formål ikke kan være tale om et tvingende alment hensyn, da *"det fremgår af Domstolens faste praksis, at hensynet til en stats beskatningsret og modtagelse af provenu ikke kan udgøre et alment hensyn."*²²⁷ Omvendt anfører Kingston, at EU-Domstolen historisk har tilladt fem almene hensyn, som retfærdiggørelse for et "measure" omkring direkte skatter, heriblandt bekæmpelse af "abuse of law", som vi oversætter til skattesvig, hensynet til inddrivelse af skatter samt hensynet bag en balanceret fordeling af skattekompencen (territorial-princippet).²²⁸ Det bemærkes herunder, at skatteudskydelse ikke kan benyttes som et alment hensyn. Nærværende formål omkring skattesvig har dermed tidligere været accepteret af EU-Domstolen som et tvingende alment hensyn.²²⁹

I Betænkning 1498, bliver Skatteministeriet bedt om at kommentere på en eventuel liberalisering af det selskabsretlige forbud imod kapitalejerlån. Hertil svarer Skatteministeriet, at de umiddelbart ikke har indvendinger imod en liberalisering af kapitalejerlån, så længe de nuværende skatteretlige regler opretholdes.²³⁰ Dette må siges at gøre det sværere for SKAT nu at argumentere for, at kapitalejerlån er et problem og et værn herimod skulle være et tvingende alment hensyn. Endvidere blev LL § 16 E til dels indført som et værn imod den ifølge SKAT manglende overholdelse af SL § 210. Vedtagelsen af SL 210, stk.

²²⁷ Rønfelt, T. & Werlauff E. (2013) s. 274

²²⁸ Kingston, S. (2007) s. 1347

²²⁹ Se f.eks. C-196/04, Cadbury Schweppes, præmis 51 og C-324/00, Lankhorst-Hohorst, præmis 37

²³⁰ Betænkning 1498 (2008), side 491

2 omkring mulighed for lovliggørelse af kapitalejerlån må derfor også siges at gøre det sværere at argumentere for, at LL § 16 E tjener et tvingende alment hensyn.

6.5.3 Egnethed og proportionalitet

I forhold til formålet, at stoppe udlån fra kapitalselskaber til dets kapitalejer, virker LL § 16 E egnet til at imødegå dette. Som vi diskuterer tidligere i afhandlingen, rammes kapitalejere af en hård beskatning ved at optage disse lån, og herved må bestemmelsen i LL § 16 E være egnet til nedbringe antallet af disse lån. Det er dog ikke nok at bestemmelsen er egnet – den må heller ikke gå videre end hvad der er nødvendigt for, at opnå formålet. I forhold til hensynet omkring skattesvig eller skatteunddragelse, har EU-Domstolen ført et særligt tilsyn med, hvorvidt disse hensyn overholder kravet om proportionalitet.²³¹

Det virker for os usandsynligt, at EU-Domstolen vil godkende en bestemmelse hvor et lån fra selskab til kapitalejer bliver beskattet allerede på dagen for optagelsen af lånet, og hvor der ikke er mulighed for at ophæve beskatningen ved tilbagebetaling til selskabet. I Danmark findes allerede LL § 2, som foreskriver, at transaktioner mellem nærtstående parter skal foregå på markedsvilkår og bestemmelsen i LL § 16 A omkring maskeret udbytte. Dette taler for, at Domstolen vil se LL § 16 E som et uforholdsmæssigt hårdt tiltag, da der allerede findes lovgivning på området.

Som vi nævner i afsnit 3.1, blev der allerede i 2010 fremsat lovforslag omkring beskatning af kapitalejerlån. Denne form, hvor beskatningen blev ophævet ved tilbagebetaling til selskabet, blev jf. bemærkningerne til lovforslaget anset som tilstrækkelig i forhold til at nedbringe og begrænse antallet af kapitalejerlån. Dette taler også for, at den vedtagne form af LL § 16 E vil blive anset for at gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde formålet.

Summeret op har vi ovenfor taget stilling til hvorvidt LL § 16 E kan gennemstå de fire kriterier jf. Gebhard-Dommen. Skatteministeriet tilkendegav tilbage i 2008, at de ikke umiddelbart havde indvendinger imod en liberalisering af kapitalejerlån, og derudover blev LL § 16 E til dels indført som værn imod den manglende overholdelse af det daværende forbud mod kapitalejerlån. Som følge heraf finder vi det tvivlsomt om formålet med LL § 16 E kan siges at være et tvingende alment hensyn. Bestemmelsen falder endvidere på proportionalitetsprincippet. Det er vores vurdering, at EU-Domstolen vil afgøre, at LL § 16 går udover hvad der er nødvendigt for at nedbringe antallet af kapitalejerlån. Ved denne vurdering henser vi til, at der

²³¹ Kingston, S. (2007) s. 1349

allerede findes lovgivning, der tilsiger at transaktioner mellem nærtstående parter skal ske på markedsvilkår og herudover at beskatningen opretholdes selvom lånet tilbagebetales.

6.6 Selskabsretligt formål - kreditorbeskyttelse

Hvis ikke formålet omkring forhindring af skatteunddragelse er i stand til at gennemstå prøvelse ved EU-Domstolen, kan man se på hvorvidt øvrige formål kan bære LL § 16 igennem prøvelse hos Domstolen. Det er nærliggende at diskutere kreditorbeskyttelse som formål, da dette historisk har været benyttet som argument for at lovgive imod kapitalejerlån jf. også afsnit 2.1. Som vi skriver ovenfor i afsnit 6.4 er hensynet til selskabets kreditorer ikke før set accepteret af EU-Domstolen som et tvingende alment hensyn i forhold til et skattetiltag (hensynet til kreditorerne er ikke et af dem fem hensyn nævnt af Kingston). Generelt i forhold til etableringsfriheden har der derimod været afgørelser, der viser at EU-Domstolen vil acceptere kreditorbeskyttelse som et tvingende alment hensyn²³², men der er også eksempler på at kreditorbeskyttelse underkendes af EU-Domstolen som et tvingende alment hensyn.²³³

6.6.1 Forskelsbehandling

Der henvises til det tilsvarende afsnit 6.5.1 for det skatteretlige formål. Bestemmelsen overholder dette kriterie.

6.6.2 Tvingende alment hensyn

Det taler for at LL § 16 E er et tvingende alment hensyn i forhold til kreditorbeskyttelse, såfremt Danmark kan argumentere stærkt for, at det er et stort problem, at kreditorer ikke kan få deres tilgodehavender indfriet fordi kapitalejere trækker pengene ud af selskabet, uden at betale dem tilbage igen. Vi tvivler dog på, at dette er et så tilpas stort problem, og lovgiver nævner jf. lovbemærkningerne da heller ikke kreditorbeskyttelse som et grundlag for indførelsen af LL § 16 E. Endvidere taler det væsentlig imod kreditorbeskyttelse som et tvingende alment hensyn, at det i Danmark nu er muligt selskabsretligt at lovliggøre kapitalejerlån. Herved må lovgiver have vurderet, at kapitalejerlån ikke væsentligt belaster hensynet til selskabets kreditorer.

6.6.3 Egnethed og proportionalitet

Vi ser i afsnit 5.3 nærmere på, hvordan LL § 16 E harmonerer med kreditorbeskyttelse som et selskabsretligt formål. Vi finder det tvivlsomt, at EU-Domstolen vil vurdere LL § 16 E egnet i forhold til at

²³² C-208/00, Überseering

²³³ C-167/01, Inspire Art

beskytte kapitalselskabers kreditorer. Endvidere finder vi det også usandsynligt, at Domstolen vil vurdere effekterne af LL § 16 E proportionale i forhold til beskyttelsen af kreditorer som formål. I forhold til proportionalitet er det de samme forhold som vi beskriver under det skatteretlige hensyn, der gør sig gældende.

Effekten af et kapitalejerlån efter vedtagelsen af LL § 16 E er, at pengene forlader selskabet. SKAT lægger selv op til, at der efter beskatning ikke længere eksisterer et skatteretligt lån, og hvis denne praksis følges har pengene selvsagt forladt selskabet, hvilket ikke kan siges at gavne kreditorerne. Hvis praksis bliver, at lånet rent faktisk skal betales tilbage kommer disse penge tilbage til selskabet, men i dette tilfælde vil kapitalejeren sandsynligvis i mange tilfælde, være tvunget til at foretage en yderligere udlodning fra selskabet for at kunne afregne skatten. Dette ses heller ikke at være til gavn for kreditorerne.

Omvendt kan der argumenteres for, at man ved LL § 16 E mindsker antallet af ulovlige lån, hvilket er til gavn for kreditorerne. Dette argument hviler dog på, at kreditorernes stilling forringes i en sådan grad, ved at selskaberne har lov at have en fordring på kapitalejerne, at LL § 16 E kan retfærdiggøres. Man kan herunder nævne, at lovgiver ikke anser kreditorernes stilling for forringet mere i ovenstående situation, end at man har lovliggjort kapitalejerlån selskabsretligt.

På spørgsmålet omkring proportionalitet henviser vi til afsnit 6.5.3 om samme spørgsmål til skatteunddragelse som hensyn. Vores overvejelser er de samme på begge områder.

Summeret op finder vi ikke at LL § 16 E kan anses for at være et tvingende alment hensyn i forhold til kreditorbeskyttelse, hvilket vi bygger på at det nu selskabsretligt er muligt at yde kapitalejerlån lovligt. Herudover mener vi ikke, at LL § 16 opfylder kriteriet omkring at være egnet til at formålet omkring kreditorbeskyttelse da beskatning af kapitalejerlån medføre at midlerne forlader selskabet permanent. Endvidere finder vi det usandsynligt, at EU-Domstolen vil anse konsekvenserne af LL § 16 E som proportionale i forhold til formålet.

6.7 Delkonklusion

LL § 16 E gælder for personer, der er fuldt skattepligtige til Danmark, og lån beskattes hvad enten lånet ydes fra et dansk eller udenlandsk selskab.

Området for direkte skatter er meget begrænset harmoniseret inden for EU, og herved skal nationale tiltag vedrørende direkte skatter, holdes op imod de mere generelle traktatsikrede frihedsrettigheder, som retten til fri etablering og kapitalens fri bevægelighed (TFEU artikler). Foreligger der ved national skattelovgivning en restriktion imod en eller flere af disse frihedsrettigheder, kan EU-Domstolen underkende den pågældende lov.

Baseret på blandt andet ordlyden i disse artikler, en artikel af Rønfeldt og Werlauff omkring LL § 16 E's forenelighed med EU-retten samt Centros-afgørelsen, hvor EU-Domstolen fastlægger, at det er medlemslandenes ret at konkurrere på ikke-harmoniserede retsområder, er det vores vurdering, at LL § 16 E er en restriktion i forhold til i hvert fald den fri etableringsret og sandsynligvis også i forhold til kapitalens fri bevægelighed.

En lov kan, selvom den vurderes som en restriktion, opretholdes hvis den kan retfærdiggøres ud fra de fire kriterier jf. Gebhard-afgørelsen. Ses der på de to formål, skatteunddragelse og kreditorbeskyttelse i forhold til disse kriterier, ser vi ikke at LL § 16 E kan retfærdiggøres ud fra disse hensyn. I forhold til formålet omkring skatteunddragelse har EU-Domstolen hidtil holdt et skarpt øje med, at lovgivning relateret hertil er proportional med formålet. Baseret på at der allerede findes skattelovgivning, som regulerer lån mellem selskab og kapitalejer og da beskatningen af lånet opretholdes selvom lånet betales tilbage, ser vi ikke, at EU-Domstolen vil finde LL § 16 E proportional med formålet. Herudover finder vi det tvivlsomt om formålet kan accepteres som et tvingende alment hensyn, når der henses til, at LL § 16 dels blev foreslået som værnregel imod manglende overholdelse af det selskabsretlige forbud imod kapitalejerlån – et forbud der nu er liberaliseret.

I forhold til formålet omkring kreditorbeskyttelse, er vores vurdering omkring proportionalitet de samme som nævnt ovenfor. Herudover finder vi det tvivlsomt, at Domstolen vil finde LL § 16 E egnet til at beskytte selskabernes kreditorer, da LL § 16 medfører, at midler i højere grad vil forlade selskaberne, sammenlignet med en situation hvor kapitalejerlån ikke blev beskattet allerede på tidspunktet for optagelsen af lånet. Endvidere vil det være svært at argumentere for at kreditorbeskyttelse som et tvingende alment hensyn, eftersom det nu er selskabsretligt er muligt at udstede kapitalejerlån, og lovgiver i denne forbindelse har vurderet at der kan ydes kapitalejerlån uden at dette går udover kreditorbeskyttelsen.

Kapitel 7 Revisors erklæringsmæssige overvejelser

Dette kapitel har til formål at forklare, hvilke erklæringsmæssige overvejelser en revisor skal gøre sig, såfremt der er et kapitalejerlån i et kapitalselskab. Herunder hvorledes et kapitalejerlån skal præsenteres og klassificeres. Der vil i denne sammenhæng blive fokuseret på revisors erklæringer samt hvilke notekrav og skemakrav, der er ved et kapitalejerlån.

Den 17. juni 2016 udstedte Erhvervsstyrelsen en ny erklæringsbekendtgørelse, jf. bekendtgørelse nr. 737 af 17. juni 2016 om godkendte revisors erklæringer. Denne vil ikke blive gennemgået i dybden, men derimod blot de dele heraf, som vurderes at have relevans for afhandlingen.

For overordnet forståelse af den nye erklæringsbekendtgørelse, findes det relevant at nævne, at begreberne *"forbehold"* og *"supplerende oplysninger"* er bortfaldet som overbegreber. Det tidligere *"forbehold"* erstattes af samlebegrebet *"modifikationer af konklusionen"*, men dækker fortsat over samme tre underbegreb, nemlig konklusion med forbehold, afkræftende konklusion og manglende konklusion. Begrebet supplerende oplysning erstattes således af begrebet fremhævelse, så det fremadrettet eksempelvis vil hedde *"fremhævelse af forhold i regnskabet"*. *"Supplerende oplysninger vedrørende andre forhold"* vil fremadrettet skulle præsenteres under en overskrift tilpasset indholdet i bemærkningen.

En revisor har til opgave at gennemgå selskabers regnskaber, for at sikre, at de giver et retvisende billede af selskabets resultat og finansielle stilling. Herudover også kontrollere om ejerne og ledelsen overholder den relevante lovgivning, herunder kontrollere overholdelse af SL § 210, om kapitalejerlån. Ved revision opnår revisor høj grad af sikkerhed for, at selskabets aflagte regnskab er retvisende, dog opnås ikke 100 % sikkerhed, da det i praksis er for omfattende at skulle gennemgå alt bilagsmateriale. Ved udvidet gennemgang udfører revisor færre handlinger, hvilket betyder at risikoen for, at forhold i regnskabet ikke bliver opdaget forøges. Ved et review består revisors arbejdshandlinger hovedsageligt af forespørgsler, hvorfor opdagelsesrisikoen er højere end ved revision og udvidet gennemgang. Erklæring om assistance er uden sikkerhed, hvilket betyder at revisor blot assisterer selskabet med opstilling af årsregnskabet. Alt efter hvilken erklæringstype der er tale om, vil sandsynligheden for, at revisor opdager et ulovligt lån formindskes.

7.1 Årsregnskabsloven

I årsrapporten skal fremgå en særskilt note, hvis selskabet har et tilgodehavende hos medlemmer af ledelsen, jf. ÅRL § 73. Dette gør sig gældende uanset om der er tale om et lovligt eller ulovligt lån. I noten skal det anføres hvilke vilkår der er gældende for lånet, herunder renten og hvor meget der er tilbagebetalt i året. Tilgodehavender hos medlemmer af ledelsen skal vises per ledelseskategori, jf. ÅRL § 73. For sikkerhedsstillelser gælder samme notekrav ifølge ÅRL § 73, stk. 2.

Årsregnskabsloven indeholder ligeledes skemakrav til, hvordan årsrapporten skal opstilles, jf. ÅRL bilag 2. Ifølge disse bestemmelser skal kapitalejerlån præsenteres som "Tilgodehavender hos virksomhedsdeltagere og ledelse" i balancen, uanset om der er tale om et ulovligt eller lovligt lån efter SL § 210. Der er dog en præsentationsmæssig forskel på lovlige og ulovlige kapitalejerlån, da lovlige kapitalejerlån kan være både et anlægsaktiv og omsætningsaktiv, alt efter løbetiden på lånet. Et ulovligt kapitalejerlån skal derimod altid indregnes som et omsætningsaktiv, da lånet skal tilbagebetales straks, jf. SL § 215.

7.2 Revisors erklæringer

Ved afgivelse af erklæringer med sikkerhed, som kræves i henhold til lovgivning er revisor offentlighedens tillidsrepræsentant, jf. EBEK § 1. Dette indebærer, at revisor skal udforme sin erklæring efter hvilke kriterier modtageren forventes at tillægge betydning, og derfor skal erklæringen ikke udformes efter henvisning fra hvervgiveren, jf. EBEK § 1, stk. 2. Revisors erklæring henvender sig til de personer, virksomheder og offentlige myndigheder, hvis beslutningstagen påvirkes af erklæringens indhold.

Der er fire typer af erklæringer revisor kan afgive på et årsregnskab, de oplistes herunder i rækkefølge efter graden af sikkerhed revisor opnår for informationerne i regnskabet:

1. Erklæring om revision
2. Erklæring om udvidet gennemgang
3. Erklæring om review
4. Erklæring om assistance

De tre erklæringstyper med sikkerhed fremgår henholdsvis af EBEK § 3, § 9 og § 12. Erklæring om assistance med regnskabsopstilling fremgår af ISRS 4410. De forskellige erklæringstyper vil blive behandlet i relation til hvilken påvirkning ulovlige kapitalejerlån har på revisors erklæring. Herunder i hvilke situationer erklæringen skal modificeres eller forhold skal fremhæves.

7.2.1 Krav om modifikation

I henhold til EBK § 6, stk. 1, nr. 1, skal revisor modificere sin konklusion, såfremt der på baggrund af det opnåede revisionsbevis konkluderes, at regnskabet indeholder væsentlige fejl eller mangler. Dette medfører, at såfremt notekravet i ÅRL § 73 om ulovlige lån eller sikkerhedsstillelser ikke er opfyldt, vil det skulle anses som en væsentlig mangel, og revisor skal derfor modificere sin revisionspåtegning. Er et lån ikke målt eller nedskrevet korrekt, vil en modifikation af påtegningen afhænge af en konkret vurdering af om forholdet er væsentligt.²³⁴

Ved indikationer på værdiforringelse, vil der skulle foretages en nedskrivningstest og eventuelt nedskrives. Ved ulovlige kapitalejerlån vil det i mange tilfælde vurderes, at der er et nedskrivningsbehov, idet kapitalejeren formentlig ikke ville have haft hævet pengene, såfremt han havde tilstrækkeligt med likvider i privatsfæren.

7.2.2 Krav om fremhævelser

Revisor har pligt til at afgive oplysninger i revisionspåtegningen, om eventuelle forhold i regnskabet, som er vigtige for forståelsen, dog uden at modificere konklusionen. Disse oplysninger skal fremgå af påtegningen i et særskilt afsnit under overskriften "*Fremhævelse af forhold i regnskabet*", jf. EBK § 7, stk. 1. Hvis revisor under sit arbejde bliver opmærksom på, at medlemmer af ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for handlinger eller undladelser, som berører virksomheden, tilknyttede virksomheder, virksomhedsdeltagere, kreditorer eller medarbejdere, skal dette ligeledes oplyses i et særskilt afsnit i påtegningen med en overskrift tilpasset overtrædelsen, hvilket følger af EBK § 7, stk. 2 og 4. Dette er dog kun gældende, hvis forholdet ikke er af uvæsentlig karakter.

Der er i den nye erklæringsbekendtgørelse kommet nye kriterier for, hvornår revisor kan undlade at give oplysninger om ledelsesansvar.²³⁵ I erklæringsbekendtgørelsen fra 2016 er kriteriet ændret til "*ikke uvæsentlige forhold*", mens det tidligere, jf. erklæringsvejledningen fra 2009 pkt. 5.6.2, fremgår, at "*forhold af så bagatelagtig karakter*", at det ikke har relevans for modtageren, ikke skal oplyses i erklæringen. Dette må skulle forstås som, at der fremadrettet kun skal gives oplysninger om væsentlige forhold. De almindelige væsentlighedsbetragtninger gør sig ikke gældende ved vurderingen af kapitalejerlån, hvorfor vurderingen heraf må lægges til grund på en konkret vurdering samt argumentation af det pågældende tilfælde. Der foreligger endnu ikke en opdateret erklæringsvejledning til specificering af dette begreb, og

²³⁴ Kruhl & Sørensen (2014) s. 85

²³⁵ R&R 2017.02.0054

der er endnu ikke foretaget nogle afgørelser i Revisornævnet ud fra den nye erklæringsbekendtgørelse på dette område.

Revisornævnet har prøvet bagatelgrænsen i sag nr. 90/2011-R, hvor revisor ikke havde taget en supplerende oplysning om et ulovligt lån. I denne sag fandt de, at et ulovligt kapitalejer lån på kr. 5.733 var af så "bagatelagtig" karakter set i forhold til selskabets økonomiske stilling, at forholdet blev frafaldet. I flere andre sager har formuleringen "bagatelagtige forhold" været prøvet, men i disse har Revisornævnet ikke fundet at dette gjorde sig gældende.

7.2.3 Lovliggjorte lån

Med ændringen i selskabsloven er der som tidligere nævnt indført en overgangsbestemmelse, som gør det muligt at lovliggøre et eksisterende ulovligt lån. Det vil sige, at et lån ydet før 1. januar 2017, kan lovliggøres på den førstkommende generalforsamling efter 31. december 2016.

Ifølge straffeloven § 3, bliver lovovertredelser straffet efter den senest gældende lovgivning, uagtet at overtrædelsen er foretaget før ikrafttrædelsen af den nye lov. Indføres der i så fald lempelser i lovgivningen, vil lovovertredelsen skulle straffes efter de lempede regler. Kan selskabets ledelse ifalde erstatnings- eller strafansvar, og der er tale om et "ikke uvæsentligt" forhold, så skal revisor oplyse om det i erklæringen. Er det ulovlige lån lovliggjort inden revisor afgiver sin erklæring, og det er gjort i overensstemmelse med overgangsbestemmelserne, da vil ledelsen ikke ifalde ansvar, og revisor skal derfor ikke rapportere om ledelsesansvar i erklæringen.²³⁶

7.2.4 Udvidet gennemgang, review og assistance

Konstateres der et ulovligt lån eller sikkerhedsstillelse ved udvidet gennemgang af et selskabs årsregnskab har revisor en forpligtelse til at fremhæve dette forhold i sin erklæring, på samme vis som ved revision, jf. EBK § 9, stk. 1, nr. 7.

Ved review skal revisor alene erklære sig om forhold i regnskabet i henhold til EBK §§ 14. Dette medfører, at der ikke skal erklæres om andre forhold, blandt andet ulovlige kapitalejerlån. Imidlertid vil der stadig skulle foretages en modifikation af konklusionen, såfremt et eventuelt ulovligt kapitalejerlån ikke er indregnet eller præsenteret korrekt i årsregnskabet.

²³⁶ REVU artikel – lovliggjorte lån til ledelse eller kapitalejere – rapportering om ledelsesansvar eller ej?

Ved en assistanceerklæring hjælper revisor ledelsen med opstilling af regnskabet. Revisors opgave er således at sikre, at oplysningerne er præsenteret korrekt. Der kan således ikke laves en modifikation eller fremhævelse, dog kan revisor indsætte et afsnit vedrørende væsentlige afvigelser fra den anvendte regnskabsmæssige begrebsramme, jf. ISRS 4410. Derfor afhænger det af hvilken erklæring årsrapporten forsynes med, hvorvidt forholdet bliver fremhævet eller ej i erklæringen.

7.3 Delkonklusion

I dette kapitel har vi set nærmere på hvordan revisor skal håndtere et kapitalejerlån, ved afgivelse af erklæring på et årsregnskab. Er der tale om et ulovligt kapitalejerlån skal revisor foretage forskellige handlinger, alt efter hvilken erklæring der anvendes. Ved revisors erklæring om revision, udvidet gennemgang og review skal konklusionen på erklæringen modificeres, såfremt et af følgende forhold gør sig gældende og ikke er af uvæsentlig karakter: Notekravet i ÅRL § 73 er ikke overholdt, revisor er uenig med ledelsen omkring værdiansættelsen af lånet eller lånet er klassificeret forkert.

Ved revision og udvidet gennemgang har revisor tillige mulighed for at fremhæve forhold i sin erklæring uden at modificere sin konklusion. I det tilfælde, hvor der konstateres et lån i strid med SL § 210, skal revisor fremhæve dette i sin erklæring. Denne mulighed har revisor ikke ved en reviewerklæring eller erklæring om assistance med opstilling af årsregnskabet.

Ens for alle erklæringstyper er som udgangspunkt, at notekravet ifølge ÅRL § 73 skal være opfyldt for at revisor kan afgive "blank" påtegning. Et kapitalejerlån skal præsenteres i noterne, herunder rentefoden og de beløb, som er tilbagebetalt i året. Hertil skal et kapitalejerlån altid præsenteres som et "tilgodehavende hos virksomhedsdeltagere og ledelse" i balancen.

Det kan konkluderes, at ved lovliggørelse af et eksisterende ulovligt kapitalejerlån efter de nye bestemmelser, vil ledelsen ikke ifalde ansvar, hvorfor revisor ikke vil skulle erklære sig herom.

I den "gamle" erklæringsbekendtgørelse fremgik det, at "forhold af bagatelagtig karakter" ikke skal fremgå af revisors erklæring. I den "nye" erklæringsbekendtgørelse er denne formulering ændret i opadgående retning til "ikke uvæsentlige forhold". Der er endnu ikke truffet afgørelser ud fra dette, hvorfor der endnu ikke kan konkluderes på betydningen af denne formulering. Det er imidlertid vurderingen, at den beløbsmæssige grænse er hævet sammenholdt med tidligere.

Kapitel 8 Konklusion

Den 1. december 2016 vedtog Folketinget L 23, hvorefter det er muligt at lovliggøre lån ydet fra kapitalselskabet til deres kapitalejere. I 2012 vedtog Folketinget L 199, hvorefter lån til kapitalejere med bestemmende indflydelse beskattes med det fulde lånebeløb på tidspunktet for udstedelsen af lånet. Med udgangspunkt i denne modsatrettede udvikling, er det formålet med afhandlingen at belyse henholdsvis de selskabsretlige og skatteretlige regler for kapitalejerlån og hvordan reglerne anvendes i praksis. Endvidere er formålet med afhandlingen at analysere hvordan denne lovgivning bliver fortolket og anvendt i praksis, samt at foretage en vurdering af hvorvidt den skatteretlige lovgivning på området er i overensstemmelse med EU-retten.

Selskabsretligt er det fra 1 januar 2017 lovliggjort at udstede kapitalejerlån såfremt visse forudsætninger er opfyldt. Lånet skal kunne indeholdes i selskabets frie reserver og lånet skal godkendes af generalforsamlingen. Reglerne for kapitalejerlån er reguleret i SL § 210 og skal fortsat ses som et forbud. Omfattet er som udgangspunkt lån til alle kapitalejere, både fysiske og juridiske personer. Omfattet er endvidere selskabets ledelse og nærtstående til kapitalejeren, samt personer, der står kapitalejeren særlig nær. Til hovedreglen findes visse undtagelser. Konsekvenserne af et ulovligt kapitalejerlån er at beløbet skal tilbagebetales til selskabet, forrentes med 10,05% fra lånet bliver optaget til lånet bliver indfriet, samt en bøde.

Med vedtagelsen af ligningslovens § 16 E i 2012 blev lån fra kapitalselskab til en kapitalejer med bestemmende indflydelse skattepligtigt. Udover lån er også sikkerheder stillet af et kapitalselskab overfor kapitalejernes kreditorer skattepligtige for kapitalejerne. Dispositionen skal skattemæssigt behandles som en hævning uden tilbagebetalingspligt og skal beskattes som løn eller udbytte. Loven omfatter udelukkende fysiske personer og omfatter lån fra kapitalselskaber i andre lande end Danmark så længe kapitalejeren er fuldt skattepligtig til Danmark. Ligesom der er undtagelser i selskabsretten, findes der ligeledes undtagelser til LL § 16 E. At et kapitalejerlån er lovliggjort selskabsretligt, ændrer ikke på de skattemæssige regler.

Overordnet har SL § 210 til hensigt at beskytte kreditorerne. Både SL § 210 og LL § 16 E har til hensigt at forhindre incitamentet til at hovedkapitalejeren hæver penge i selskabet i stedet for løn og udbytte for at undgå beskatning. Det blev vurderet ved ændringen af SL § 210, at hensynet til kreditorerne stadig er varetaget på betryggende vis. Er et kapitalejerlån lovliggjort, vil lånet kunne ydes med det samme beløb, som et selskab kan udlodde til kapitalejeren som udbytte. Lovændringen vil derfor ikke medføre, at en

kreditor vil blive dårligere stillet. Det må antages, at en kreditor hellere vil have at selskabet har ydet et lovligt kapitalejerlån, end at selskabet udlodder udbytte, da udlånet vil blive tilbagebetalt løbende, hvilket udbyttet ikke vil. At der ikke er sket en harmonisering mellem selskabsretten og skatteretten i forhold til lovgivning af lån og beskatning kan medføre, at de lovlige lån fravælges, da lånet vil blive dyrt for kapitalejeren.

Vi kan konkludere at kapitalejerlån bliver behandlet forskelligt i selskabsretten og skatteretten og at der er forskelle på hvornår et kapitalejerlån er ulovligt efter SL § 210 og skattepligtigt efter LL § 16 E. Vi har igennem opstillede eksempler belyst disse forskelle. Vi er kommet frem til, at det selskabsretlige forbud omfatter lån til både juridiske og fysiske personer, hvor den skatteretlige definition udelukkende omfatter fysiske personer. Vi er endvidere kommet til den konklusion, at der i selskabsretten og skatteretten er forskel på hvilke transaktioner der kan indeholdes i begrebet sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Vores analyse af praksis på området viser, at skattemyndighederne fortolker loven således at egentlige pengeudlån ikke kan omfattes af begrebet. Ud fra vores undersøgelser af praksis anvendes denne fortolkning ikke i selskabsretten.

Vores undersøgelser af den hidtidige praksis på det skatteretlige område viser os en særlig udfordring ved kapitalselskabers lån til personselskaber, hvor kapitalejeren i det långivende kapitalselskab ligeledes er deltager i personselskabet. Da personselskaber er skattetransparente er det SKATs opfattelse, at lån fra kapitalselskab til personselskab skal henføres til deltagerne i personselskabet hvorved der kan opstå et skattepligtigt lån efter LL § 16 E. I henhold til ordlyden i LL § 16 E er det udelukkende lån til fysiske personer der er omfattet af bestemmelsen. I vores analyse er det vores konklusion, at et personselskab er en juridisk person og et selvstændigt retssubjekt og dermed ikke en fysisk person. Baseret herpå finder vi ikke at der er hjemmel beskatning af disse lån fra kapitalselskaber til personselskaber og vi er ikke enige i den praksis SKAT har anlagt.

Vi har ikke kunne komme med en endelig konklusion på om SKATs reparationsmulighed for at undgå dobbeltbeskatning opfylder det selskabsretlige krav i SL § 215 om tilbagebetalingspligt. SKATs løsning går på at selskabet skal udlodde fordringen til kapitalejeren. I de tidligere forarbejder står der skrevet, at en kapitalejer er ubetinget forpligtet til at tilbagebetale et lån og at reglen er absolut. Dette krav vil reparationsmuligheden ikke opfylde, da der ikke sker en tilbagebetaling af likvider til kapitalselskabet. Set i forhold til formålet om kreditorbeskyttelse, vil en tilbagebetaling af lånet være bedre for en kreditor, frem for at fordringen bliver udloddet.

Reglerne på området er komplekse og de mange løbende ændringer og indførelse af nye love har ikke gjort området omkring kapitalejerlån nemmere. Der kan stilles spørgsmålstejn ved, om det skattemæssige værn mod dispositioner foretaget mellem kapitalselskab og kapitalejer ikke allerede er tilstrækkelig reguleret i LL § 2. LL § 2 siger at disse transaktioner skal ske efter armslængdeprincippet hvorfor LL § 16 E i den forbindelse bør være overflødig. Dertil kunne det efter vores opfattelse overvejes, om der ikke først skulle ske beskatning af et kapitalejerlån, når det konstateres, at kapitalejeren ikke kan tilbagebetale lånet, hvortil der også ville ske en bedre harmonisering mellem de selskabsretlige og skatteretlige regler.

Vi kan endvidere konkludere at hvis der er konstateret et ulovligt kapitalejerlån skal revisor foretage forskellige handlinger alt efter hvilken erklæring der afgives. Om erklæringen modificeres eller om der skal ske fremhævelse af forhold i erklæringen, afhænger ligeledes af hvilken type erklæring der afgives. Ens for alle erklæringstyper er, at notekravet ifølge ÅRL § 73 skal være opfyldt. Kapitalejerlånet skal præsenteres i noterne i balancen, sammen med rentefoden og de beløb, som er tilbagebetalt i året.

LL § 16 E gælder også for lån fra udenlandske selskaber. Da dansk skattelovgivning nu regulerer lån fra selskaber i andre europæiske lande, hvor kapitalejerlån ikke er skattepligtige, er det vores vurdering at LL § 16 E er en restriktion i forhold til artikel 49 TFEU omkring den fri etableringsret. Det er vores konklusion at LL § 16 E hverken retfærdiggøres af hensynet til imødegåelse af skatteunddragelse eller hensynet til selskabernes kreditorer. EU-Domstolen har historisk set ofte underkendt tiltag mod skatteunddragelse ved ikke at være proportionale med formålet. Endvidere blev LL § 16 E af lovgiver betegnet som en værnregel imod manglende overholdelse af SL § 210. Et hensyn der efter muligheden for at lovliggøre kapitalejerlån ikke længere ses at kræve den samme beskatning. Lovgiver har ved denne lovgivning endvidere vurderet at hensynet til kreditorerne ikke svækkes ved lovliggørelse af kapitalejerlån, hvorved vi konkluderer at kreditorbeskyttelse ikke kan tjene som et tvingende alment hensyn.

Kapitel 9 Perspektivering

Lovgivningen for kapitalejerlån er ændret flere gange igennem tiden, og ændringen i 2016 er med stor sandsynlighed heller ikke den sidste, taget den historiske udvikling i betragtning. Der er fortsat manglende harmonisering mellem skattelovgivningen og selskabslovgivningen, og spændet er kun blevet større efter den seneste selskabsretlige ændring. Det kan virke til, at muligheden for at kunne lovliggøre et kapitalejerlån, primært er af politisk signalværdi, fordi hovedparten af kapitalejerlånene alligevel skal beskattes.

Formålet med ændringen af SL § 210, stk. 2, var at give kapitalselskaberne mere fleksibilitet til at yde kapitalejerlån, samt at sikre bedre vilkår for at etablere driftssted i Danmark. Dette skulle realiseres igennem klar, enkel og effektiv erhvervslovgivning, hvilket dog ikke synes at være opnået endnu. Reglerne på området er derimod blevet mere komplekse og skaber fortsat stor forvirring blandt brugerne. Det er derfor svært at tolke om politikerne ønsker at give mulighed for, at kapitalejere kan låne lovligt (§ 210, stk. 2), eller om de ønsker at begrænse lysten til dette (LL § 16 E).

Om lovliggørelsen på sigt vil give færre ulovlige kapitalejerlån og flere lovlige kapitalejerlån, er svært at svare på da lovændringen er så ny. Ses der på Erhvervsstyrelsens tal for antallet af kapitalejerlån ses en faldende tendens. Der skal dog ses kritisk på disse tal, da Erhvervsstyrelsens tal bygger på de offentliggjorte årsrapporter fra selskaberne, hvoraf ikke alle er revideret. Ved fravalg af revision, er det ikke muligt for revisor, at give anmærkninger om kapitalejerlån. I 2015 var 51 % af de indsendte årsrapporter ikke revideret, hvilket er 3 gange så mange som i 2012. Det stigende fravalg skyldes, at der igennem de senere år er foretaget lempelser af revisionspligten.

FSR har udarbejdet en analyse af anmærkninger i årsregnskaberne fra 2012-2015.²³⁷ I 2012 var det 7,7 % af de offentliggjorte årsrapporter, som havde en anmærkning om ulovlige lån, i 2014 var det 4,3 % og i 2015 var dette tal faldet til 3,2 %. Dette indikerer som udgangspunkt, et markant fald i kapitalejerlånene. Tages der derimod højde for stigningen i antallet af selskaber, som fravælger revision, er faldet knap så stort. En stor del af de selskaber, der fik en anmærkning om ulovligt kapitalejerlån i 2014, har fravalgt revision i det efterfølgende år, således at revisor ikke længere kan give anmærkninger om ulovlige lån. Det kan derfor være svært at komme med en konklusion på, om der er sket et reelt fald i antallet af ulovlige kapitalejerlån, og om lovændringerne har haft den ønskede effekt. Derudover kan der stilles spørgsmålstejn ved, om muligheden for at fravælge revision, har været med til at skjule de ulovlige lån.

²³⁷ FSR Analyse, Omfanget af anmærkninger i revisors påtegninger, januar 2017

Kapitel 10 Litteraturliste

10.1 Bøger

- Andersen, P. K. (2013): *Aktie- og anpartsselskabsret - Kapitalselskaber*, (udg. 12). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Andersen, P. K. (2017): *Aktie- og anpartsselskabsret - Kapitalselskaber*, (udg. 13). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Bunch, L. & Rosenberg, I. (2014): *Selskabsloven med kommentarer*, (udg. 2). Karnov Group Denmark A/S.
- Bunch, L. & Rosenberg, I. (2010): *Selskabsloven med kommentarer*, (udg. 1). Karnov Group Denmark A/S.
- Græsvænge, B; Larsen, V. & Roelsen A. (1973): *Aktieselskabsloven med kommentarer*, (udg.1) G•E•C Gads forlag.
- Græsvænge, B; Larsen, V. & Thomsen N. (1983): *Aktieselskabsloven med kommentarer*, (udg.2) G•E•C Gads forlag.
- Hansen, S. F. & Krenchel, J. V. (2014): *Dansk Selskabsret 2*, (udg. 4). Karnov Group Denmark A/S.
- Kruhl, M. C. & Sørensen, O. (2014): *Kapitalejerlån & selvfinansiering*. Karnov Group Denmark A/S.
- Langsted, L. B. (1999): *Selskabers kapital*. Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Terra, B. & Wattel, P. (2012): *European Tax Law*, (udg. 6). Kluwer Law International.
- Tvarnø, C. D. & Nielsen, R. (2014): *Retskilder & retsteorier*, (udg. 4). Jurist- og Økonomforbundets forlag.

10.2 Artikler

- Bendtsen, M. Guldmann, C. Hove, J. (2014) *Aktionærlån – Selskabsretligt og skatteretligt*. Revision & Regnskabsvæsen 2014.08.0016
- Seehausen, J. (2017) *Betinget lovliggørelse af "af kapitalejerlån" – nye regler med praktiske udfordringer*. Revision & Regnskabsvæsen 2017.02.0054
- Rønfeldt, T. & Werlauff E. (2013) *LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning*, Skattepolitisk Oversigt 2013.267
- Kingston, S. (2007): *A light in the darkness: Recent developments in the ECJ's Direct tax jurisprudence*, Common Market Law Review 44: 1321-1359,
- Neville, M. & Werlauff, E. (2003) *Lovlige kapitalejerlån*, Revision & Regnskabsvæsen
- FSR (2017) *Revu mener: lovliggjorte lån til ledelse eller kapitalejere – rapportering om ledelsesansvar eller ej?* FSR hentet her:
http://www.fsr.dk/Faglige_informationer/Revision%20og%20andre%20erklæringsopgaver/REVU%20mener/Lovliggjorte%20laan%20til%20ledelse%20eller%20kapitalejere_rap%20el%20ej_150317

10.3 Afgørelser og bindende svar

UfR.1952.30H	SKM2014.15.SR
UfR. 1998.1172H	SKM2014.663.SR
UfR 1999.1140Ø	SKM2013.113.SR
U1978.414 ØL	SKM2014.107.SR
U1979.777 VL	SKM.2014.SR
UfR2003.2477H	Erhvervsankenævnet af 28. januar 2013 sagsnr. 2012-0026400
UfR.2009.2056Ø	Erhvervsankenævnet af 11. januar 2013 sagsnr. 2012-0026414
UfR.2003.673H	Erhvervsankenævnet af 5. november 2013 j.nr. 2013-0033908

Tfs 1998.199	C-55/94 – Gebhard
Tfs2003.98V	C-212/97 – Centros
ND 1993.550	C-196/04 – Cadbury Schweppes
ND 1993.550	C-324/00 – Lankhorst-Hohorst
SKM2014.657.LSR	C-208/00 – Überseering
SKM2014.657.LSR	C-167/01 – Inspire Art
SKM2014.14.SR	

10.4 Øvrige kilder

Lovforslag nr. L 170 af 25. marts 2009
 Lovforslag nr. L 171, af 25. marts 2009
 Lovforslag nr. 199, af 14. august 2012, Folketinget 2011-2012
 Lovforslag nr. L23, af 5. oktober 2016, Folketinget 2016/2017

Betænkning nr. 362 Om revision af aktieselskabslovgivningen (1964)
 Betænkning nr. 540 Om en fællesnordisk aktieselskabslovgivning (1969)
 Betænkning nr. 1498, Modernisering af selskabsloven (2008)
 Betænkning til L200 af 8. september 2014
 Betænkning til L199 af 6. september 2012

Bemærkning til L 407 af 12 juni 2009
 Bemærkning til L 116 af 22 marts 2006

L199 - bilag 2, Høringsskema og høringssvar, fra skatteministeren
 L199 - bilag 4, Henvendelse fra BDO Statsautoriseret revisionsaktieselskab d. 20.08.2012
 L199 - bilag 5, Henvendelse fra CORIT Advisory P/S d. 24.08.2012
 L199 - bilag 8, Henvendelse fra Danske Advokater d. 28.08.2012
 L199 - bilag 9, Henvendelse fra Deloitte d. 28.08.2012
 L199 - bilag 10, Henvendelse fra BDO d. 29.08.2012
 L199 - bilag 11, Skatteministerens kommentar til henvendelsen fra Danske Advokater d. 28.8.2012
 L199 - bilag 12, Henvendelse fra FSR - danske revisorer d. 29.08.2012
 L199 - bilag 13, Skatteministerens kommentar til henvendelsen fra Deloitte d. 28.08.2012
 L199 - bilag 14, Skatteministerens kommentar til henvendelsen fra CORIT Advisory P/S d. 24.08.2012
 L199 - bilag 15, Ændringsforslag 2. behandling
 L199 - bilag 16, Skatteministerens kommentar til henvendelsen fra BDO d. 29.08.2012
 L199 - bilag 18, Henvendelse fra BDO Statsautoriseret revisionsaktieselskab d. 31.08.2012
 L199 - bilag 21, Skatteministerens kommentar til henvendelsen fra FSR – danske revisorer d. 29.08.2012
 L199 - bilag 22, Skatteministerens kommentar til henvendelsen fra BDO d. 31.08.2012

Lov nr. 232 af 7. juni 1952
 Lov nr. 282 af 9. juni 1982
 Lov nr. 432 af 26. juni 1998
 Lov nr. 199 af 18. september 2012
 Lov nr. 1547 af 13. december 2016

Direktiv 2012/30/EU af 25. oktober 2012

- Hentet på: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/ALL/?uri=CELEX:32012L0030>

Styresignal om aktionærlån, SKM08.2014.825.SKAT

- Hentet på: <http://skat.dk/SKAT.aspx?old=2167885>

Udkast til styresignal om rentetilskrivninger til aktionærlån, Sagsnummer 16-1787547

- Hentet på: <http://www.skat.dk/SKAT.aspx?old=2246471&vld=0>

EF-Tidende nr. C 220 af 19/07/1997

- Hentet på: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:31997Y0719\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:31997Y0719(03))

FSR Analyse, *Omfanget af anmærkninger i revisors påtegninger*, januar 2017

- Hentet på: <http://www.fsr.dk/Nyheder%20og%20presse/Analyser/Analyser%202017>

Den Juridiske vejledning C.B.3.5.3.3 Aktionærlån, hentet på: www.skat.dk

Den Juridiske vejledning C.C.2.2.1.12 Interessenter og partredere, hentet på: www.skat.dk

<http://www.nationalbanken.dk/da/markedsinfo/officiellerentesatser/Sider/default.aspx>