

Iværksættelseskabet i en komparativ sammenhæng

Armin Mujacic & Steffen Pedersen

Vejleder: Erik Werlauff

Anslag: 200.630

Cand.merc.aud. speciale 2016



AALBORG UNIVERSITET

Indholdsfortegnelse

Executive summary	5
Kapitel 1 Emne og metode	6
1.1 Indledning	6
1.2 Problemformulering.....	6
1.3 Afgrænsning.....	7
1.4 Metode	8
Kapitel 2 Baggrund for Iværksætterselskabets opståen – etableringsfrihed, kapitalens frie bevægelighed og komparativ ret	9
2.2 Det engelske system – det første lavkapital-selskab.....	9
2.2.1 Private limited company	10
2.2.2 Public limited company.....	10
2.2.3 Indskud og hæftelse.....	10
2.2.4 Regnskabskrav og klassificering	12
2.2.5 Selskabsledelse	13
2.2.6 Skattemæssige forhold	13
2.2.7 Penge ud	14
2.2.8 Skift af form.....	14
2.2.9 Opsamling: Forskellige/ligheder mellem England og Danmark.....	14
2.3 Den EU-retlige udvikling inden for etableringsfrihed.....	15
2.3.2 Præjudicielle spørgsmål	15
2.3.3 Forbud mod diskrimination og restriktion samt proportionalitetsprincippet	17
2.3.4 Artikel 49 TEUF og 54 TEUF.....	18
2.3.5 Analyse af domme – fortolkning af etableringsfriheden.....	20
2.3.5.1 Centros C-212/97:.....	20
2.3.5.2 Überseering C-208/00.....	22
2.3.5.3 Inspire Art C-167/01.....	23
2.3.5.4 SEVIC C-411/03	25
2.3.5.5 Cartesio Bt C-210/06.....	26
2.3.5.6 VALE C-378/10	27
2.3.6 Stigende konkurrence grundet engelske Limiteds	28
2.4 Tysk selskabsret – første reaktion på konkurrencen fra England.....	30
2.4.1 GmbH.....	30
2.4.2 AG	31

2.4.3 Indskud og hæftelse	31
2.4.4 Regnskabskrav og klassificering	32
2.4.5 Selskabsledelse	32
2.4.6 Skattemæssige forhold	33
2.4.7 Penge ud	34
2.4.8 Skift af form.....	34
2.4.9 Opsamling – forskelle mellem Limiteds og GmbH.....	34
2.4.9 Indførsel af Unternehmergeellschaft i 2008.....	34
2.5 Dansk ret – reaktion på udvikling i EU, samt indførslen af Iværksætterselskab	35
2.5.2 S.m.b.a - selskabsformens udfasning	35
2.5.2.1 Indledning	35
2.5.2.2 Indskud og hæftelse	36
2.5.2.3 Regnskabskrav og klassificering	37
2.5.2.4 Selskabsledelse	37
2.5.2.5 Skattemæssige forhold	37
2.5.2.6 Penge ud	38
2.5.2.7 Skift af form.....	38
2.5.2.8 Udfasning af S.m.b.a.	38
2.6 Iværksætterselskab – opgør med S.m.b.a. og tilpasning til EU	44
2.6.2 Indskud og hæftelse.....	45
2.6.3 Regnskabskrav og klassificering	45
2.6.4 Selskabsledelse	47
2.6.5 Skattemæssige forhold	48
2.6.6 Penge ud	49
2.6.7 Skift af form.....	49
2.7 LL § 16E – skattemæssig restriktion for danske bosiddende med udenlandsk selskab.....	50
2.7.1 LL § 16E – formål.....	50
2.7.2 LL § 16E – EU-ret og konsekvenser af restriktionen.....	51
2.8 Central skatteretlig dom om skattepligt.....	53
Kapitel 3 IVS'ets anvendelsesmuligheder – IVS'et i forskellige roller	54
3.1 Iværksætterselskabet som holdingselskab.....	54
3.2 Iværksætterselskabets rolle i et kommanditselskab	56
3.3 Iværksætterselskabets rolle i et partnerselskab	59

Kapitel 4 Selskabs, regnskabs- og skatteforhold – en sammenligning landene imellem	63
Indskud/hæftelse	63
Regnskabsmæssige forhold.....	64
Selskabsledelse	64
Skattemæssige forhold	64
Penge ud	64
Skift af form	65
Opsamling – tabel med sammenligning af hovedpunkter	65
Kapitel 5 Diskussion og konklusion.....	66
Den Europæiske Unions påvirkning og dansk tilpasning.....	66
Etablering i England, Tyskland eller Danmark?	67
Danmark tilpasser sig.....	68
S.m.b.a. som forløber for IVS'et.....	69
Unødvendig restriktion fra dansk side	69
Harmoniserede regnskabskrav	71
Selskabsstrukturers påvirkning på kreditorbeskyttelse og image	71
Iværksætterselskabets påvirkning på nuværende muligheder og selskabsformer	73
Den begrænsede hæftelse er ikke ubetinget.....	75
Nye selskabsretlige strukturer med Iværksætterselskabet	76
Udenlandsk selskab som alternativ.....	77
Konklusion.....	78
Litteraturliste	80

Forkortelser

- Aktiengesellschaft	=	AG
- Aktieselskab	=	A/S
- Anpartsselskab	=	ApS
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung	=	GmbH
- Iværksætterselskab	=	IVS
- Private Limited company	=	Ltd.
- Public Limited company	=	Plc
- Unternehmergeellschaft	=	UG
- Umwandlungsgesetz	=	UmwG
- Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen	=	WFBV

Executive summary

In 2014, a new company form, the entrepreneurial company, was introduced in Denmark. The entrepreneurial company, the 'Iværksætterselskab', shortened the 'IVS', was a new and easier way to establish a company with share capital. The start capital demand was only 1 DKK, and it was meant to attract a lot of new entrepreneurs to increase the competition in Denmark and increase the attractiveness of starting a limited company in Denmark. This was a problem in the past, which led to the new changes.

The establishments of Private Limited (Ltd.) companies from the UK had increased, as many foreigners saw their opportunity to make use of the advantages this company form had: low start capital, a few demands and a lot of freedom for the owner. Especially the German made use of this and chose to establish new Ltd. companies in the UK, rather than establishing a company in Germany. So this resulted in a new company form in Germany, which emerged in 2008. The 'Unternehmergeellschaft', shortened 'UG', was introduced and the start capital demand was only € 1, as opposed to the 'Gesellschaft mit beschränkter Haftung', which was a limited company with a start capital demand of € 25.000. The implementation of 'UG' companies was a success with many new start-ups, and slowly the German entrepreneurs chose this instead of the Ltd. companies from the UK.

This development emerged from various rulings from the European Union, as different issues came up through time regarding the freedom of establishment for companies between the countries. The sentences especially regarding Centros, Überseering and Inspire Art opened up for establishment for the companies in the European Union, which increased the possibilities for e.g. activity through branch offices. This development led to a higher equality between domestic and foreign companies, and therefore made it possible to make use of foreign companies, which increased the competition between the member states in the European Union regarding having the most beneficial and favorable legislation.

With this development came new changes, as Denmark first decreased the start capital demand to their limited company, the 'Anpartsselskab', from 125.000 DKK to 80.000 DKK in 2010. In addition to this, a new law change in 2014 meant, that the start capital demand to the limited company decreased additionally to 50.000 DKK – and furthermore the new entrepreneurial company, the IVS was introduced.

The purpose of the paper aims to examine the reason behind the introduction of the IVS in Denmark, and how this changed the possibilities of establishment for entrepreneurs, furthermore looking at the possibilities of establishment in foreign countries and which factors, that are significant in this matter.

Hereby it analyzes and concludes, whether the Danish possibilities for establishment are the most optimal, and if it has made it more unattractive to establish a company in for example the UK.

Kapitel 1

Emne og metode

1.1 Indledning

Denne afhandling har sit fokus på det danske Iværksætterselskab, IVS'et, der kom til i januar 2014. Med baggrund i den europæiske selskabsret – først og fremmest den engelske, og sidenhen den tyske, kom denne selskabsform til verden. Der var stigende konkurrence landene imellem, og den stigende etableringsfrihed i Europa på baggrund af centrale domme gjorde, at landenes selskabslovgivninger kunne konkurrere, om hvem der var mest attraktiv for de nystartende virksomheder.

EU-rettens udvikling har medført en stor kapital- og etableringsfrihed for deres medlemsstater. Dommene Centros, Überseering og Inspire Art medførte, at borgere i EU frit kunne vælge, hvorledes de ville etablere sig, og derved frit kunne vælge, hvilken selskabslovgivning de ville drage fordel af. Dette gjorde, at man frit kunne vælge mellem f.eks. at stifte et dansk anpartsselskab med 125.000 kr. i selskabskapital eller et engelsk Private Limited til £ 1.

Det engelske Private Limited anses af mange som værende den mest attraktive selskabsform, grundet den meget liberale tankegang i England. Dette er begrundet i bl.a. lave krav til indskudskapital og lav selskabsbeskatning, samt frie lånemuligheder fra selskabet til ejeren privat, som ikke er tilladt i Danmark.

De EU-retlige domskonklusioner har sat gang i en spændende udvikling af den nationale selskabsret rundt i hele Europa, hvor medlemsstaterne har måttet tilpasse sig den EU-retlige udvikling. Det er EU's etableringsregler, som har ført til, at et udenlandsk selskab bliver betragtet som ligeværdigt med et indenlandsk, og at man derved frit kan bruge konkurrerende udenlandske selskabsformer – dette betyder, at staterne kan konkurrere på gunstige lovgivninger. Denne opgave vil med baggrund i dette sætte fokus på den efterfølgende udvikling i først Tyskland og primært Danmark.

Hvordan har Danmark så tilpasset sig, og kan Iværksætterselskabet konkurrere med det originale lavkapitalselskab i form af det engelske Private Limited? Det vil denne opgave undersøge til bunds, og give indblik i de væsentligste faktorer ved det danske Iværksætterselskab i forhold til de udenlandske alternativer.

1.2 Problemformulering

Afhandlingen har til formål at belyse Iværksætterselskabets oprettelse, med udgangspunkt i en komparativ tilgang med henblik på engelsk og tysk selskabsret. Dette leder frem til en problemformulering, der søger at besvare følgende:

***Hvorfor har Danmark indført Iværksætterselskabet som reelt kapitalløs selskabsform,
og hvordan har Danmark reageret på det forhold, at engelske Limited's
stadigvæk er selskabsretligt mere attraktive?***

Undervejs under besvarelsen af ovenstående "problemer" der er stillet, vil bl.a. følgende delelementer blive søgt besvaret:

- Hvordan er den engelske og tyske selskabsret opbygget?
- Hvilke ligheder og forskelle er der mellem engelsk/tysk og dansk selskabsret?
- Hvorledes har EU påvirket den nationale selskabsret i de enkelte medlemsstater?
- Hvordan har den danske selskabsret udviklet sig, og hvad har indførslen af IVS'et betydet?
- Hvilke problemstillinger er der som dansk bosiddende, i forbindelse med valget af udenlandsk kapitalselskab, med henblik på især engelsk/tysk?

1.3 Afgrænsning

Der er i opgaven afgrænset med fokus på selskabsretten i England, Tyskland og primært Danmark. Herved er EU-retten ligeledes anvendt. Hovedemnerne er den engelske selskabsret, den tyske selskabsret, den europæiske etableringsfrihed og kapitalens frie bevægelighed, som i sidste ende bringer fokus på indførslen af Iværksætterselskabet. Behandlingen af disse emner søger at besvare ovenstående problemformulering.

I diskussionen tages væsentlige punkter fra de behandlede emner op, for at give et dybere indblik samt give forfatterens fortolkning af dette. I sidste ende vil konklusionen opsummere og svare på den opstillede problemformulering.

Der afgrænses fra en dybdegående behandling af de skattemæssige forhold i de tre lande, især den personlige indkomstbeskatning, da der grundlæggende fokuseres på det selskabsretlige område. De udenlandske personlige skatteforhold er ikke i ligeså høj grad relevant, da vi begrænser os til den danske bosiddende iværksætter, og hvilke faktorer der har indflydelse på dennes valg af etableringsform. Det anses for omfattende i rådgivningssituationen at bede en person om at flytte bopæl, og derfor er det de danske regler, der er det primære fokus.

Derudover afgrænses der fra en detaljeret behandling af aktieselskabsformerne i de tre lande, da disse ikke er i fokus – men nærmere lavkapitalselskabsformerne, samt anpartsselskabsformerne. Ligeledes tager vi udgangspunkt i kapitalselskaber med begrænset hæftelse, og derved afgrænses der i høj grad fra personlig virksomhed med ubegrænset hæftelse. Personlig virksomhed vil dog blive inddraget som perspektivering til enkelte problemstillinger.

1.4 Metode

Specialets problemformulering vil blive behandlet gennem besvarelse af delementer, der søger at give et dybdegående svar på det opstillede. Der tages udgangspunkt i komparativ ret, hvori der sammenlignes mellem hhv. den engelske, tyske og danske selskabsret og deres opbygning. Generelt i fremstillingen af fremmed ret gennem komparativ analyse, kan der vælges mellem enten *Länderberichtmetoden*, hvori landenes lovgivning beskrives land for land, eller *den analytiske metode*, hvor problemstillinger sammenlignes på tværs af landene (Lando: Komparativ ret, 2009).

For at kunne forstå IVS'ets tilblivelse, har det været nødvendigt at Länderberichtmetoden i forhold til at forstå kronologien og tidshorizonten bag udviklingen i europæisk selskabsret. Det er nødvendigt at forstå den engelske selskabsret for sig, for fuldt ud at forstå hvordan den tyske selskabsret er blevet til, hvorefter man kommer frem til forståelsen af den danske selskabsret. Det kronologiske forløb samt EU-rettens udvikling har haft en stor indflydelse på bevæggrundene bag IVS'et og tankegangen derved. Til dette formål ville den analytiske metode ikke kunne anvendes, da man har brug for tidshorizonten og kronologien, for at forstå sammenhængen i forhold til IVS'ets indførelse.

Efter skildringen af udviklingen bag IVS'et, gøres der derefter brug af den analytiske metode, hvor der tages fat på visse hovedemner, som analyseres på tværs af landene – dette giver en forståelse af ligheder og forskelle mellem landene. Vi arbejder med at analysere på, hvorledes de forskellige lande løser væsentlige problemstillinger for at finde frem til, hvilken selskabsform er den mest fordelagtige – herunder med henblik på den danske bosiddendes muligheder for etablering.

Derved bruger vi den analytiske metode til at analysere selskabsformerne i et statisk tidsperspektiv, modsat Länderberichtmetoden, som vi bruger til at sætte fokus på udviklingen gennem tid.

Kapitel 2

Baggrund for Iværksætterselskabets opståen – etableringsfrihed, kapitalens frie bevægelighed og komparativ ret

2.1 Indledning

Iværksætterselskabet, som kom til i 2014, blev skabt ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt, med henblik på at gøre etableringsmulighederne i Danmark mere attraktive, så det i mindre grad blev gunstigt at flytte aktiviteten til andre lande, såsom England, der i tiden op til var meget attraktivt. For at forstå bevæggrundene bag denne indførelse af IVS'et, er det derfor vigtigt at kigge på baggrunden og inspirationen fra andre lande. Derfor tages der først og fremmest udgangspunkt i den engelske selskabsretlige opbygning, der grundlagde en stor del af den europæiske selskabsret. Derudover belyses den EU-retlige etableringsfrihed og kapitalens frie bevægelighed, der gennem tiden har udviklet sig og åbnet op for en højere konkurrence landene imellem. Især dommene fra Centros, Überseering og Inspire Art gjorde, at grænserne herved blev åbnet for selskaberne, og at landene kunne konkurrere i forhold til selskabslovgivning. Dette vil blive set nærmere på senere.

Ud fra dette er det ligeledes interessant at fokusere på opbygningen af selskabsretten i Tyskland, der som direkte konsekvens af den øgede konkurrence og truslen fra Limited selskaberne i England, gjorde det muligt at etablere en slags iværksætterselskabsform, nemlig *Unternehmersgesellschaft*, i 2008. Med denne tankegang, fik Danmark incitament til at implementere noget lignende, og derved blev IVS'et skabt. Dette vil herunder blive bearbejdet.

2.2 Det engelske system – det første lavkapital-selskab

Den engelske selskabsret danner grundlag for en stor del af Europas selskabsretlige systemer og har ageret inspiration til det tyske lavkapitalselskab UG og senere danske IVS-form, hvilket gør det interessant at belyse, hvorledes dette er sammensat. Generelt reguleres de engelske selskaber af the Companies Act (herefter forkortet CA 2006) fra 2006. Kapitalselskaberne i Storbritannien opdeles i *private companies* og *public companies* herunder *private limited*, *private unlimited* og *public limited companies*, hvor de såkaldte *limited* defineres som begrænsede mht. hæftelse (CA 2006). De tre følgende karakteristikker definerer, hvilken type selskab der er defineret (Mayson, French & Ryan: Company Law, 2007, s. 47):

- 1) Hvorvidt medlemmerne har **begrænset eller ubegrænset hæftelse**
- 2) Hvorvidt selskabet er **private eller public**

- Her gælder, at selskaber, hvor medlemmerne har ubegrænset hæftelse, defineres som værende private companies
- 3) Hvorvidt selskabet har eller ikke **har aktiekapital**
 - Her gælder, at et selskab uden aktiekapital defineres som et private company

Ud fra ovenstående kan der derved dannes følgende typer af selskaber:

- ⇒ Public limited company med aktiekapital (plc)
- ⇒ Private limited company med aktiekapital (herefter betegnet Private Ltd.)
- ⇒ Private limited company uden aktiekapital – dvs. *limited by guarantee*
- ⇒ Private unlimited company med aktiekapital
- ⇒ Private unlimited company uden aktiekapital

Hertil tages der udgangspunkt i, at langt størstedelen af selskaberne i Storbritannien er limited, hvorfor der sættes størst fokus på disse, og derved afgrænses der fra unlimited selskaber.

2.2.1 Private limited company

Denne selskabsform er udtryk for det private selskab med begrænset hæftelse. Dvs. at selskabet ikke er til offentlig disposition i form af eksempelvis børsnotering, men derimod kan handles gennem virksomheds-overdragelse eller salg af privat karakter. Definitionen *limited* angiver, at selskabet enten kan være *limited by shares*, dvs. at aktionærer/anpartshavere er begrænset hæftende for den værdi, aktiekapitalen indeholder, eller at selskabet kan være *limited by guarantee*, dvs. at aktionærer/anpartshavere kun hæfter for den garanti, som vedkommende har stillet for selskabets kapital (CA 2006, s. 3).

2.2.2 Public limited company

Den anden selskabsform defineres som det offentlige selskab med begrænset hæftelse (*public limited company*, forkortet *plc*), i form af den aktiekapital selskabet råder over. Denne selskabstype er public, altså offentlig, og derfor kan den udbydes offentligt og sælge aktier, samt lade sig børsnotere på de nationale eller internationale børsmarkeder – dette indebærer, at der som 'offentligt' udbud menes personer/personkredse, der ikke allerede er forbundet med virksomheden eller er nærtstående med virksomheden (CA 2006, s. 756).

De kommende afsnit vil uddybe ovenstående og behandle de forskellige selskabsformer, med udgangspunkt i områderne: **indskud og hæftelse, regnskabskrav og klassificering, selskabsledelse, skattemæssige forhold, penge ud** samt **skift af form**.

2.2.3 Indskud og hæftelse

I forhold til indskud af selskabskapitalen i et private limited company kan denne være tæt på nul. Et private Ltd. kan således stiftes med ethvert antal aktier til enhver værdi, fx kan det være 1.000 aktier med en

nominel værdi på £ 0,1. Dog anses selskabskapitalen som minimum at ligge på £ 1, for at selskabet på den måde kan være begrænset ved garanti, som kapitalejerne stiller – hvilket da også burde være muligt med så minimal en indskudskapital. Det er ved lov forbudt, at aktier i et Private Ltd. udstedes til offentligheden.

Indskuddet i et public limited company derimod skal udgøre et minimum på £ 50.000, eller tilsvarende beløb i € – derved fås aktionærernes hæftelse, som er den nominelle værdi af aktierne, som de ejer (CA 2006, s. 763). Dog er det ikke et krav for et plc at have en tilført kapital på £ 50.000 – kravet er derimod, at selskabet skal tildele dets medlemmer aktier med en nominel værdi på £ 50.000, men det er tilladt for medlemmerne blot at indbetale 25 % af den nominelle værdi af hver aktie, de tildeles. Derved kan aktiekapitalen i et plc i princippet udgøre £ 12.500, men dog med et krav fra selskabet om, at medlemmerne indbetaler de resterende £ 37.500.

Der skal, som ovenfor nævnt, ved registreringen af et Ltd. selskab, træffes et valg, om der er hæftelse ved aktiekapital eller ved garanti – stort set alle Ltd. selskaber er begrænset ved aktiekapitalen (Mayson, French & Ryan: Company Law, 2007, s. 48). Her udgøres aktiekapitalen af aktier udstedt til medlemmerne til en nominel værdi, hvilket repræsenterer medlemmernes hæftelse.

Forskellen mellem de to hæftelsestyper ligger i den forpligtelse, som selskabsmedlemmerne har. I et selskab *limited by guarantee*, er medlemmerne kun forpligtet til at betale det beløb, de er begrænset med, og da kun er forpligtede ved en eventuel afvikling af selskabet – hvorimod medlemmerne i et selskab *limited by shares* forpligtes at tilføre selskabet kapital, undervejs når selskabet er going concern, som så vil udgøre aktiekapitalen. Dog er det kun med en begrænset hæftelse – dvs. at medlemmernes tilførte kapital udgør aktiekapitalen under going concern, for at medlemmerne ved en eventuel afvikling ikke har yderligere forpligtelser over for selskabet og dets kreditorer, der da udelukkende vil bære risikoen over for selskabet. Medlemmerne kan ikke, hvis de er limited, blive forpligtet til at hæfte for yderligere, end det beløb de har begrænset sig til. Kun i det tilfælde, hvor selskabet er under afvikling, og et medlem ikke har betalt sine aktiers fulde værdi, kan et medlem blive påkrævet at indbetale sin resterende skyldige aktiekapital (Mayson, French & Ryan: Company Law, 2007, s. 49).

Ved eventuelle vedtægtsændringer, hvori der efterfølgende tilføjes en yderligere hæftelse for selskabsmedlemmet (ud over det, som medlemmet har begrænset sin hæftelse til), er denne ikke gældende, medmindre medlemmet selv skriftligt vedkender sig dette og binder sig til den yderligere hæftelse for selskabet (CA 2006, s. 25).

Idet selskaber *limited by guarantee* er sjældent fremkommende og oftest blot er selskaber med velgørende eller non-kommercielle formål, fokuseres der derfor ikke på disse i den resterende del af opgaven.

2.2.4 Regnskabskrav og klassificering

I forhold til regnskabskrav, er klassificeringen af virksomheden afgørende, dvs. hvorvidt den betegnes som lille, mellem eller stor, herunder hvorvidt den er noteret (public) eller ej (private) – mere om dette nedenfor.

Det er et krav for alle virksomheder, bl.a. at:

- 1) Virksomheden bogfører, dokumenterer og forklarer dets transaktioner og regnskabsmæssige poster
- 2) Bogføringen skal indeholde dokumentation for virksomhedens daglige transaktioner samt vise indtægter og udgifter
- 3) Dertil skal balancemæssige poster i form af virksomhedens aktiver og passiver mv. kunne opgøres
- 4) Direktionen skal sikre, at ovenstående overholdes for at kunne give det mest retmæssige billede af virksomhedens regnskab og status
(CA 2006, s. 386)

Hvis ovenstående ikke overholdes, foreligger der en lovovertrædelse, der straffes efter omstændighederne og forbrydelsens grovhed (CA 2006, s. 387). Yderligere gælder det, at dokumentation i form af bilag skal opbevares enten i virksomhedens lokaler, eller hvor direktionen mener det er passende – hvis dokumentationen opbevares uden for Storbritannien, skal det være muligt at få det fremsendt, så det altid er tilgængeligt i forhold til kontrol og evt. revision. Dokumentationen skal for Ltd. selskaber opbevares i tre år fra den dato, transaktionen er skabt, mens det for plc gælder, at det skal opbevares i seks år. Hertil gælder der, at der ved koncernforhold skal opnås indsigt i moderselskabets datterselskab(er) i form af balance- og resultatmæssige poster, samt foreligge en sammenlægning af disse regnskabsmæssige poster mellem moder og dens datter – så der på den måde skabes et overblik over koncernens samlede økonomiske udvikling i årene (CA 2006, s. 390).

Der gælder nogle forskellige krav i forhold til virksomhedernes størrelse – om de klassificeres som lille, mellemstort eller stort. For at blive klassificeret som et lille selskab, må følgende to grænser ikke overskrides i løbet af året: omsætning på £ 6,5 mio., en balance på £ 3,26 mio. samt et gennemsnitligt antal medarbejdere på 50 (CA 2006, s. 382). Klassificeringen som et 'lille' selskab kan dog ikke være gældende for et plc, hvorfor de da heller ikke kan være undtaget for ovenstående regnskabskrav (CA 2006, s. 384).

Til opgørelsen af året (annual accounts), skal det lille selskab indlevere en balanceopgørelse med status på regnskabsårets sidste dag, samt en revisorpåtegning, medmindre selskabet er fritaget for revision (CA 2006, s. 444). For at blive fritaget for revisionen gælder tærsklen vedr. antal medarbejdere på 50 ikke, hvorfor et selskab der har klassificeret sig som lille ud fra denne tærskel, ikke kan blive fritaget. Selskabet kan også indlevere en såkaldt director's report, dvs. en ledelsesberetning vedr. virksomhedens finansielle forhold samt CSR.

For at blive klassificeret som et mellemstort selskab, må følgende to grænser ikke overskrides i løbet af året: omsætning på £ 25,9 mio., en balance på £ 12,9 mio. samt et gennemsnitligt antal medarbejdere på 250. Her skal der foreligge et revideret årsregnskab samt en directors report, ligeledes revideret. Derved fås definitionen ligeledes for det store selskab, da det er tilfældet, når selskabet ikke kan klassificeres som hverken lille eller mellemstort, og derfor ligger over disse grænser.

2.2.5 Selskabsledelse

I engelsk ret, er der et generelt krav mht. ledelseskonstruktionen af selskaberne, der baserer sig på en enkeltstregenget model, hvor ledelsen udgøres af et såkaldt 'board of directors', dvs. en bestyrelse. Derudover er kravene, at et Ltd. skal have min. en direktør, mens et plc skal have min. to direktører – hertil kræves det, at selskabet som minimum har en direktør, som er en fysisk person (CA 2006, s.154-155). Dette board of directors står for ledelsen af virksomheden og kan ligeledes føre tilsyn, samt sikre at driften foregår på en forsvarlig måde, så aktionærernes interesser kan blive tilgodeset.

Directors bliver i både private og public companies udpeget af selskabets members og eksisterende directors, jf. draft model articles (Mayson, French & Ryan: Company Law, 2007, s. 409). Hertil er det et krav for en director i et plc, at denne skal fratæde ved næste generalforsamling, dog med mulighed for at de kan tilbyde at blive genansat af medlemmerne. I forhold til beslutningerne i selskabet, skal direktørerne handle kollektivt med henblik på at fremme virksomhedens interesser.

Beslutningerne drøftes og træffes af 'board of directors', der kollektivt træffer og tager del i beslutningerne. Hvis der er flere directors i selskabet, og medmindre der er fuldstændig enighed og enstemmighed vedr. større beslutninger, så skal disse drøftes og træffes til 'directors meetings' (dog ikke, hvis selskabet blot har én director, hvor denne kan træffe beslutningerne alene).

Der kan af 'board of directors' udpeges en 'executive director', en administrerende direktør, der f.eks. kan varetage daglig ledelse samt være ansvarlig for en del større beslutninger på selskabets vegne. I nogle tilfælde udpeges ligeledes én person til at være administrerende direktør samt bestyrelsesformand (chairman), hvilket dog ikke altid er hensigtsmæssigt, da der i selskabet burde være en opdeling mellem på den ene side ledelse af bestyrelsen og disse opgaver, og på den anden side den daglige ledelse af driften (Mayson, French & Ryan: Company Law, 2007, s. 426).

2.2.6 Skattemæssige forhold

For alle Limited companies gælder det, at der skal betales selskabsskat af overskuddet – dvs. det som selskabet tjener gennem at drive forretningen, investeringer samt fortjeneste ved salg af aktiver (GOV.UK, Corporation tax, april 2016). Derved skal et selskab, der er baseret i England (eller nærmere hele UK) betale

selskabsskat på alt overskud fra UK og resten af verden – mens et selskab, der ikke er baseret i England (UK) men har kontor eller filial der, kun skal betale selskabsskat på overskuddet, som henhører fra aktiviteter i UK. Selskabsskatteraten i England ligger på 20 %, som den har gjort siden april 2015 (Eurostat: Taxation trends in the European Union, 2015, s. 128). Denne reduceres yderligere til 17 % i 2020 (GOV.UK, Rates and allowances: Corporation Tax, april 2016). Ud fra dette, må man sige, at England er et selskabsretligt særdeles attraktivt land.

2.2.7 Penge ud

Ud over løn fra selskabet, kan der være tale om udlodning af udbytte. Ejer man aktier i et selskab i England, skal der betales udbytteskat af dette. Fra 6. april 2016 skal der ikke betales udbytteskat af de første £ 5.000, man får i udbytte (GOV.UK, Tax on dividends, april 2016). Er der derimod udbytte over de £ 5.000, skal der betales udbytteskat, som afhænger af ens indkomst. Dette opgøres efter hvilken indkomstgruppe, man tilhører, og er opdelt i de tre følgende grupper med dertilhørende skattesatser:

Indkomstgruppe	Skattepligtig indkomst	Skatterate på udbytte over £ 5.000
Basic rate	£ 11.000 – 43.000	7,5 %
Higher rate	£ 43.001 – 150.000	32,5 %
Additional rate	Over £ 150.000	38,1 %

TABEL 1: Egen tilvirkning (GOV.UK, Tax on dividends, april 2016)

Der er mulighed for at låne fra selskabet, hvor lån til aktionærer, anpartshavere, ledelsesmedlemmer og deres nærtstående er tilladt (Kellmer & Seehausen: Kapitalejerlån, R&R nr. 6, 2012).

2.2.8 Skift af form

I England er kapitalselskaberne, som ovenfor beskrevet, delt op i private og public formerne. Der kan skiftes fra den ene til den anden selskabsform, såfremt kravet til kapitalen er opfyldt, hvorved et Ltd. kan skifte til et plc, når selskabskapitalen er over de £ 50.000. I modsætning til Danmark, hvor der fra IVS kan skiftes til ApS og derefter A/S.

2.2.9 Opsamling: Forskellige/ligheder mellem England og Danmark

Ud fra ovenstående afsnit med fokus på områderne i den engelske selskabsret, kan der drages paralleller til selskabsretten i Danmark. Nedenstående tabel viser forskelle/ligheder mellem det engelske Ltd. selskab og det danske Anpartsselskab. Der opsummeres og sammenlignes mellem disse to typer med henblik på en kort gennemgang af ovenstående hovedemner, hvorefter der senere vil blive sat fokus på IVS'et. Der fokuseres på disse selskabstyper, da de ligner hinanden mest, og aktieselskabet er her ikke relevant.

	Ltd.	ApS
Minimum kapitalkrav	≈ £ 1 (2016)	DKK 50.000 (2016)
Hæftelse	Begrænset til selskabskapital	Begrænset til selskabskapital
Regelsæt	Companies Act	Selskabsloven
Ledelse/beslutninger	Bestyrelse + direktion	Bestyrelse + direktion (+ evt. tilsynsråd)
Revision	Ja – såfremt selskabet har en vis størrelse	Ja – såfremt selskabet har en vis størrelse - Mulighed for udvidet gennemgang
Beskatning	Selskabsskat: 20 % (2016)	Selskabsskat: 22 % (2016)
Penge ud	Lån fra selskab er tilladt Udbyttebeskatning: Ingen af de første £ 5.000 – derefter afhængig af indkomstgruppe (2016)	Lån fra selskab udløser beskatning, jf. LL § 16E Udbyttebeskatning: 27 % af de første 50.600 kr., og 42 % af resten (2016)
Skift af form	Ltd. => plc	IVS => ApS => A/S

TABEL 2: Egen tilvirkning

2.3 Den EU-retlige udvikling inden for etableringsfrihed

2.3.1 Indledning

I dette kapitel vil en lang række betydningsfulde EU-domme blive behandlet. Dommene har alle haft en væsentlig betydning for etableringsfriheden inden for EU. Derfor er disse domme yderst interessante, da de deraf ligeledes fik betydning for den danske selskabsret. Den danske lovgivning blev nødt til at tilpasse sig og handle efter, hvorledes EU-dommenes udfald blev. Dommene har været med til at sætte gang i udviklingen i selskabsretten, ikke blot i Danmark, men også Tyskland, som vil blive behandlet senere i denne opgave.

Dommene, som vil blive behandlet er: Centros C-212/97, Überseering C-208/00, Inspire Art C-167/01, SEVIC C-411/03, Cartesio C-210/06 og VALE 378/10.

For at kunne forstå disse domme fuldt ud, er det nødvendigt at forstå baggrunden for dommene og forstå nogle af funktionerne i det EU-retlige system, som dommene bliver behandlet i.

2.3.2 Præjudicielle spørgsmål

For at forstå de kommende domme, er det vigtigt at få defineret et præjudicielt spørgsmål og forstå, hvad det kan medføre. Artikel 267 TEUF giver den nationale ret i en medlemsstat mulighed for, og i visse tilfælde også pligt til, at foretage præjudicielle forelæggelser. Her til er der flere muligheder for, hvorledes et problem eller et fortolkningsspørgsmål kan blive behandlet ved EU-domstolen.

For det første, har en borger, herunder også selskaber, mulighed for at skrive til EU-kommissionen, typisk med en klage, hvorefter EU-kommission kan vælge at tage problemstillingen op til behandling.

For det andet, har EU-kommissionen selv mulighed for at tage en problemstilling op til behandling, som de finder relevant.

For det tredje, kan den nationale ret i en medlemsstat indbringe spørgsmålet for EU-domstolen, hvis der ved den verserende sag opstår problemer vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af de EU-retlige bestemmelser, som er nødvendige at få afklaret for at kunne afvise dom i den verserede retssag. Den nationale ret har pligt til at indgive et præjudicielt spørgsmål til EU-domstolen, hvis der ved den verserende retssag, efter den nationale ret, ikke er mulighed for at appellere dommen efter domsafsigelsen.

Som det kommer til at fremgå af de kommende afsnit, har disse præjudicielle spørgsmål stor indflydelse på EU-retten, og om de domme, som bliver afsat på baggrund af disse præjudicielle spørgsmål, får direkte og konkret virkning på virksomheder i EU's rettigheder. Et eksempel er Centros C-212/97, som kort beskrevet åbner helt nye muligheder for etablering på kort sigt. På lang sigt har det præjudicielle spørgsmål, sammen med en række andre, givet anledning til indførelsen af nye virksomhedsformer i både Tyskland og Danmark.

EU-domstolen har kompetencer til at afgøre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EU-traktaterne samt gyldighed og fortolkning af EU-retsakterne.

I artikel 267 TEUF beskrives det, hvorledes et præjudicielt spørgsmål opstår. Skulle der under en retssag ved en national retsinstant opstå tvivl om fortolkning af EU-retten kan, og i nogle tilfælde skal, retsinstanten udsætte sagen, og forelægge tvivlsspørgsmålet for EU-domstolen. Hertil besvarer EU-domstolen spørgsmålet ved at afsige en dom, hvorefter den oprindelige sag kan fortsætte, nu med en klar fortolkning af EU-domstolen af den pågældende EU-artikel (Kure: EU-ret kompendium, 2010, s. 109).

Betragter man nu de seks domme, som i kommende afsnit vil blive behandlet i kommende afsnit, har de alle det til fælles, at det præjudicielle som er blevet stillet til EU-domstolen, er kommet i forbindelse med en verserende retssag – det er altså ikke blevet stillet af en borger eller selv blevet stillet af EU-kommissionen selv. Der er derfor retssagerne, som har været med til at ændre EU's fortolkning af deres traktater, og derved også disse retssager, som har været medvirkende til, at den nationale selskabsretslovgivning.

Derudover tyder præjudicielle spørgsmåls forelæggelse på, at skal man fremover have indgivet præjudicielle spørgsmål, vil det skulle ske igennem retssager, og ikke ved indgivelse af spørgsmål til EU-kommissionen eller afventning på, at EU-kommissionen selv rejser dette spørgsmål. Der vil i senere afsnit blive behandlet flere spørgsmål, vores der fra disse forfatteres side vil blive argumenteret for, at der foreligger en restriktion. Hertil vil en eventuel forelæggelse af disse spørgsmål med stor sandsynlighed også blive stillet igennem en verserende retssag.

2.3.3 Forbud mod diskrimination og restriktion samt proportionalitetsprincippet

En central bestanddel af etableringsfriheden og den generelle frie bevægelighed er forbuddet mod diskrimination og restriktioner.

Diskrimination defineres ved enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Hertil er der flere forskellige former for diskrimination:

Direkte diskrimination; er forskelsbehandling, som foretages på baggrund af hvilken nationalitet eller oprindelse, som borgeren eller selskabet har. Denne form for diskrimination kaldes også åbenbar eller åbenlys diskrimination, og af den grund er den heller ikke særlig udbredt. Et eksempel herpå er C-375/92, hvor Spanien kræver, at det udelukkende er spanske statsborgere, som må drive erhverv som turistfører (Kure: EU-ret kompendium, 2010, s. 38).

Indirekte diskrimination; er forskelsbehandling, som foretages på andet grundlag end direkte diskrimination, men reelt giver det samme resultat som direkte diskrimination. Det kaldes også for skjult diskrimination, da der her blot bliver opstillet kriterier, som fører til diskrimination. Eksempelvis i Ciola C-224/97, hvor sagen byggede på, at der var et forbud mod at udleje bådpladser i en lystbådshavn til bådejere, som var bosat andre steder i EU (Kure: EU-ret kompendium, 2010, s. 38).

Omvendt diskrimination; er forskelsbehandling, hvor medlemsstatens egne borgere, stilles dårligere end borgere fra andre medlemsstater. Hertil ligeledes hvis varer fra medlemsstaten stilles dårligere end varer fra andre medlemslande. Eksempel Mathot 98/86, hvor der var krav om mærkning på smør udelukkende for belgiske producenter, og ikke producenter fra andre medlemsstater (Kure: EU-ret kompendium, 2010, s. 38).

En restriktion defineres som enhver hindring for den frie bevægelighed i EU. EU-domstolen definerer selv en restriktion i Gebhard C-55/94, præmis 37:

“Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gør udøvelsen heraf mindre tiltrækkende”

Et eksempel herpå er Rau C-261/81:

Det tyske selskab Rau, havde indgået en kontrakt med det belgiske selskab De Smedt vedrørende levering af 15.000 kg margarine. Margarinen blev produceret i et skålformet bæger. Rau havde garanteret, at margarinen kunne omsættes i Belgien, og derved levede op til belgisk lovgivning. Dog havde Belgien en lov om, at margarine skulle have form som en terning for, at de belgiske borgere ikke skulle forveksle margarine og smør. Grundet denne lov ønskede belgiske De Smedt ikke at aftage margarinen. Derfor anlagde Rau sag

ved Landesgericht Hamburg, da Rau efter egen mening havde opfyldt deres kontrakt. Rau argumenterede med, at den belgiske lovgivning var i strid med artikel 34 TEUF (Kure: EU-ret kompendium, 2010, s. 235).

Hertil anerkendte EU-domstolen dog, at det er uundgåeligt, at der skal tages hensyn til forbrugerbeskyttelse, og at der derfor kan være nationale forpligtelser, som gør det vanskeligere at sælge indførte produkter (Rau C-261/81, præmis 12). Her går den belgiske lovgivning dog for vidt. Hensynet til forbrugerbeskyttelse kunne der være taget højde for med mindre indgribende bestemmelser end bestemmelser om form af produktet, og derved brød denne restriktion med proportionalitetsprincippet. EU-domstolen fastslog, at forbrugerbeskyttelsen kunne være sikret blot ved mærkater på produkterne (Rau C-261/81, præmis 13). Konklusion på dommen blev, at den belgiske lov udgjorde en restriktion i henhold til artikel 34 TEUF.

Forbuddet mod diskrimination og restriktioner er ikke fast og ufravigeligt, men saglige hensyn kan retfærdiggøre diskrimination. De saglige hensyn kan opdeles i to; traktatfæstede hensyn og tvingende almene hensyn. Kun traktatfæstede hensyn kan retfærdiggøre direkte diskrimination, hvor indirekte diskrimination og restriktioner kan retfærdiggøres af både traktatfæstede- og tvingende almene hensyn.

Altså er det her blevet slået fast, at der generelt er forbud mod at diskriminere eller opstille restriktioner, som er til hinder for etableringsfriheden. Dog er det muligt at foretage undtagelser, såfremt der enten er et traktathjemlet eller tvingende alment hensyn – men hvordan vurderes dette? Til dette anvendes proportionalitetsprincippet.

For at begge saglige hensyn kan være gyldige, skal proportionalitetsprincippet være opfyldt, og hertil er der følgende krav:

- De opstillede regler, som foretager diskrimination eller restriktion, skal være egnet til sikre virkeliggørelsen af det formål, reglerne sigter efter.
- De opstillede regler må kun gå ud over dem, som reglerne tilsigter.

(Kure: EU-ret kompendium, 2010, s. 40)

Det er i mange tilfælde proportionalitetsprincippet, som er med til at afgøre EU-dommene, hvilket også er tilfældet i flere af de kommende EU-domme, som vil blive behandlet. Derfor er det vigtigt at forstå proportionalitetsprincippet og dens betydning.

2.3.4 Artikel 49 TEUF og 54 TEUF

Lovhjemmelen til forbuddet mod diskrimination og restriktion findes i artikel 49 TEUF og artikel 54 TEUF. Derfor vil disse to artikler blive behandlet for at give et indblik i deres direkte betydning.

Artikel 49 TEUF

Artiklen lyder således:

”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber. Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.”

Betragter man artikel 49's første del, er et nøgleord i artiklen 'restriktioner'. Der er ikke blot forbud mod at diskriminere overfor, hvilket land statsborgeren kommer fra, men der er forbud mod restriktioner, som begrænser etableringsvalgfriheden. Derudover beskrives det i første del, at en statsborger i EU har etableringsvalgfrihed ved, at det er tilladt valgfrit at oprette agentur, filial eller datterselskab.

I anden del af artikel 49 gives retten til at optage og udøve selvstændig virksomhed, altså ret til at have aktivitet i landet – herudover retten til at oprette og lede virksomheder, hvilket igen sikrer etableringsvalgfriheden. Hertil nævnes, at det navnlig er selskaber, som har ret til at oprette filialer, i artikel 54's fortolkning, hvilket både kan være ejeren eller ledelsen af selskabet.

Hele artikel 49 sammenfattes ved, at statsborgere fra andre EU-medlemsstater har etableringsfrihed uden restriktioner, med fri mulighed for etableringsvalgfrihed på samme vilkår, som statsborgere i det pågældende land.

Artikel 54 TEUF

Artiklen er udformet således:

”Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.”

Betragter man første del af artikel 54, gives retten til selskaber, at de ligestilles med personer – altså må et selskab det samme, som personer må efter artikel 49. Dét må selskaber også, når selskabet er oprettet efter

et EU-lands selskabslovgivning og har vedtægtsmæssigt/registreret hjemsted eller faktisk hovedsæde i et EU-land.

Betragtes anden del af artikel 54 defineres, hvilke selskaber der bliver givet rettighederne efter artikel 49. Det er alle typer af selskaber samt alle juridiske personer, som er omfattet, såfremt der er profit for øje, hvilket gør, at non-profit organisationer heri ikke er omfattet.

2.3.5 Analyse af domme – fortolkning af etableringsfriheden

2.3.5.1 Centros C-212/97:

Sagen om Centros påbegyndte en bølge af ændringer i strukturen af selskabsretten i EU. Som beskrevet i tidligere afsnit har man i en lang periode i England kunnet stifte selskaber med begrænset hæftelse med meget lave kapitalkrav – stik modsat i Danmark, hvor mindste kapitalkrav til et selskab var 200.000 kr. på det tidspunkt Centros Ltd. blev stiftet (Centros, C-212/97, præmis 7).

Derfor har det været meget tiltrækkende at stifte selskaber i England, hvor kapitalkravene på daværende tidspunkt var markant lavere. Det havde Tonny og Marianne Bryde også fundet tiltrækkende d. 18. maj 1992, da de registrerede Centros Ltd. i England. Selskabet havde en indskudskapital på £ 100, som ifølge Storbritanniens lovgivning ikke er noget krav om, hvorvidt det skal være indbetalt (Centros, C-212/97, præmis 3).

Centros Ltd. havde ikke drevet erhvervmæssig virksomhed i England, men ønskede at oprette en filial i Danmark, hvilket jf. på daværende tidspunkt gældende anpartsselskabslov § 117, stk. 1, var muligt. Loven sagde, at udenlandske anpartsselskaber og selskaber med tilsvarende retsform, hjemmehørende i EU's medlemslande kan drive virksomhed igennem filial i Danmark. Da Centros Ltd. var registreret i Storbritannien, havde virksomheden gennem den danske lovgivning ret til at oprette en filial i Danmark (Centros, C-212/97, præmis 5).

Derfor anmodede Marianne Bryde, som var direktør for Centros Ltd., Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om registrering af en filial af Centros Ltd. i Danmark. Dette afviste Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med baggrund i den manglede erhvervsaktivitet i Centros Ltd.'s egentlige hjemland, England. Hertil anså Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at denne etableringskæde var en omgåelse af det på daværende tidspunkt gældende mindste krav for selskabskapital i Danmark på 200.000 kr. (Centros, C-212/97, præmis 7).

Altså var problemstillingen, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremstillede den, hvorvidt der havde været erhvervmæssig aktivitet i selskabets hjemland – og dermed var det eneste formål efter deres mening at omgå den danske lovgivning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjorde det gældende, at der ikke var tale om

forhindring i etablering i Danmark ved oprettelse af en filial, og dermed var det ikke i strid med daværende artikel 52 og 58 i EF-traktaten, men det ansås at være omgåelse af den danske lovgivning om krav til indskudskapital. Dette anså Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for en nødvendighed for at beskytte diverse kreditorer og for at bekæmpe, hvad de selv kaldte for konkursrytteri (Centros, C-212/97, præmis 12).

I første omgang fik Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medhold i afvisningen af registreringen af filialen i Danmark ved Østre Landsret, hvortil Centros Ltd. ankede til Højesteret, hvor sagen blev stillet som et præjudicielt spørgsmål (Centros, C-212/97, præmis 9).

Her stod Højesteret tilbage med problemstillingen, om det var i strid med artikel 52, 56 og 58 at nægte et selskab med hjemsted i en medlemsstat at oprette en filial i en anden medlemsstat, blot fordi det ikke havde erhvervsmæssig aktivitet i den hjemhørende medlemsstat.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anerkendte disse artikler i den daværende EF-traktat – dog mente de, at ægteparret Bryde ikke kunne beråbe sig disse artikler, da deres etableringskæde var en omgåelse af de nationale danske regler, og derfor burde artiklerne ikke være gældende i dette tilfælde (Centros, C-212/97, præmis 23).

Dette anerkendte EU-domstolen også for at være gældende, såfremt at proportionalitetsprincippet var opfyldt – altså at restriktionen skulle være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, at sikre det almene tvingende hensyn samt, at det ikke måtte begrænse flere end de tilsigtede (Centros, C-212/97, præmis 34). Hertil faldt de danske myndigheders argument allerede ved spørgsmål om, hvorvidt restriktionen var egnet til at sikre det alment tvingende hensyn. Grunden til dette var, at den danske lovgivning kun ramte selskaber fra en anden medlemsstat uden faktisk aktivitet i deres registrerede hjemland – altså for at kunne oprette en filial i Danmark, skulle man have aktivitet i sit registrerede hjemland, hvilket typisk var ensbetydende med yderligere kreditorer i hjemlandet. Derfor ville der generelt ved et konkursbo med et udenlandsk selskab, med faktisk aktivitet i hjemlandet, være flere kreditorer til fordeling af konkursboets tilbageværende værdier end ved et udenlandsk selskab udelukkende med aktivitet i Danmark.

For at skære ind til dommens pointe, så fandt EU-domstolen, at de på, daværende tidspunkt gældende artikler 52 og 58 i EF-traktaten, forhindrede en medlemsstat, i dette tilfælde Danmark, i at foretage en generel restriktion mod selskaber fra andre medlemsstater uden aktivitet i det pågældende land i, at oprette filialer i Danmark. Den altovervejende grund hertil var, at proportionalitetsprincippet ikke var opfyldt, da restriktionen ikke var egnet til at sikre det alment tvingende hensyn.

Hertil åbnede dommen op til, at man nu frit kunne vælge, hvorledes man havde lyst til at etablere sig inden for EU, og det var en legitim grund til ens valg af etablering, at kapitalkravene var lavere i England end i

Danmark. Derfor var det herefter muligt at anvende "billige" engelske Ltd. selskaber, til at drive virksomhed i EU igennem filial, agentur eller datterselskaber, hvilket satte gang i udviklingen af selskabsretten nationalt – herunder Tyskland og Danmark, hvilket vil blive behandlet i de kommende afsnit.

2.3.5.2 Überseering C-208/00

Efter Centros-sagens dom, som var grundlæggende for etableringsfriheden og den frie bevægelighed, kom der flere sager efterfølgende, der fokuserede på dette.

I sag C-208/00 om det hollandske selskab Überseering BV mod Nordic Construction Company, hvis dom blev afsagt den 5. oktober 2002, afkom en præcisering af Centros-dommen og belyste den såkaldte 'hovedsæde-teori' – mere om dette nedenfor.

Sagen omhandlede det hollandske selskab Überseering BV, der i 1990 erhvervede en grund i Düsseldorf, hvori der var et motel og en garagebygning. Bygningerne skulle i 1992 renoveres, hvilket skulle udføres af entreprenørfirmaet Nordic Construction Company (NCC). I 1994 blev samtlige andele i selskabet Überseering opkøbt af to tyske statsborgere med bopæl i Düsseldorf – og eftersom disse to samtidig udgjorde ledelsen af selskabet, betød det, at selskabet i princippet var ledet fra Düsseldorf. I 1996 opstod en tvist mellem de to selskaber – Überseering påstod, at der var mangler ved NCC's arbejde, hvorefter de anlagde sag ved Landesgericht Düsseldorf mod NCC med krav på betaling af 1.163.657 DM, til at dække disse mangler og tab, som opstod ved NCC's arbejde (Engsig Sørensen, NTS 2002:4). Dette afslog NCC og henviste til, at såfremt Überseering kunne anlægge sag, skulle de have partsevne i landet, og dette forudsatte retsevne. Dette tager udgangspunkt i den tyske 'hovedsædet teori', hvorved et selskabs retsevne bliver bedømt efter loven på det sted, hvor selskabet har sit faktiske hovedsæde. Idet selskabet jo var stiftet i én medlemsstat (Holland), men senere havde flyttet sit faktiske hovedsæde til en anden medlemsstat (Tyskland), ville selskabet derfor ikke længere have hverken rets- eller partsevne. Landesgericht vurderede, at Überseering havde flyttet sit faktiske hovedsæde til Düsseldorf, hvorved selskabet ikke længere havde partsevne i Tyskland, og sagen blev derfor afvist.

Dette ville selskabet ikke lade ligge og tog sagen videre til Bundesgerichtshof (Højesteret i Tyskland), for at få en vurdering om afvisningen stemte overens med gældende EU-ret. Da valgte Bundesgerichtshof at forelægge spørgsmålet til EF-domstolen med udgangspunkt i EF-artiklerne 43 og 48, for at få svar på, om det var i strid med etableringsfriheden. Konklusionen på dommen endte med, jf. domskonklusionerne 1 og 2, at EF-domstolen fandt det som en restriktion for etableringsfriheden, ud fra artikel 43 og 48 EF, hvis en medlemsstat nægtede at anerkende et selskabs, som er stiftet i en anden medlemsstat, retsevne (Sag C-

208/00). Derfor måtte NCC anerkende den retsevne og dermed også partsevne, som Überseering havde i henhold til retten i den stat, hvor den var stiftet.

Denne konklusion på dommen, som blev afsagt i 2002, var med til at eliminere hovedsædeteorien gyldighed – fremover kunne man derfor via sit selskab med hovedsæde i én medlemsstat oprette en filial i en anden medlemsstat og anvende denne som hovedsæde, hvorved rets- og partsevne bibeholdtes, og derved holdt man på dette punkt fast i etableringsfriheden.

2.3.5.3 Inspire Art C-167/01

Efter sagen om Centros i 1999 og Überseering i 2002, kom endnu en væsentlig udvikling i etableringsfriheden i 2003, hvor dommen vedrørende Inspire Art blev afsagt.

Sagen vedrørerede det engelsk registrerede selskab Inspire Art Ltd. med hovedkontor i Folkestone i England, hvis eneste direktør i virksomheden var bosiddende i Holland. Inspire Art Ltd. beskæftigede sig med salg af kunstværker. Inspire Art Ltd. havde valgt en etableringskæde, som betød, at selskabet blot var registreret og havde hovedkontor i England, men havde en filial i Holland, hvor aktiviteten foregik. Altså lignede situationen Centros, blot at hollænderne havde udarbejdet en særlig lovgivning for denne form for etablering. Denne form for etablering havde hollænderne reguleret i lovgivningen 'Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen' (WFBV). Formelle udenlandske selskaber var, hvad hollænderne kaldte denne form for etablering. Nedenfor vil de vigtigste punkter fra denne WFBV blive gennemgået.

Selskaber, som var omfattet af WFBV'en var defineret i artikel 1 i WFBV: Et udenlandsk selskab uden personlig hæftelse, som var stiftet i et andet land end Holland, men reelt set ikke havde nogen tilknytning til det land, som selskabet var stiftet i, og havde sin aktivitet i Holland, blev anset som et formelt udenlandsk selskab (Inspire Art C-167/01, præmis 22).

I artikel 2 i WFBV'en blev det påkrævet, at det formelle udenlandske selskab skulle lade sig registrere i det hollandske handelsregister (Inspire Art C-167/01, præmis 24).

I artikel 3 blev formelle udenlandske selskaber pålagt at angive deres betegnelse som 'formelle udenlandske selskaber' på dokumenter fra selskaber, så omverdenen havde kendskab til deres strukturering (Inspire Art C-167/01, præmis 26).

Artikel 4 stillede kapitalmæssige krav til det formelle udenlandske selskab. I stk. 1 blev det formelle udenlandske selskab påkrævet at have en mindstekapital svarende til de hollandske krav til deres anpartsselskaber. Altså blev et formelt udenlandsk selskab ligestillet med et hollandsk anpartsselskab, når det kom til mindstekapital. Mindstekravet for kapital ved et hollandsk anpartsselskab var d. 1. september

2000 € 18.000, hvilket ville sige, at de formelle udenlandske selskaber skulle besidde en egenkapital på minimum € 18.000. Et af formålene ved dette kapitalkrav var, at de € 18.000 kunne dække en erklæring fra en autoriseret revisor, såfremt det hollandske handelsregister ønskede dette (Inspire Art C-167/01, præmis 27).

I stk. 4 blev det pålagt ledelsen i det formelle udenlandske selskab at hæfte ubegrænset og solidarisk, såfremt de ikke havde foretaget registrering i handelsregisteret, jf. artikel 2 (Inspire Art C-167/01, præmis 25).

I dette tilfælde med Inspire Art Ltd. var det hollandske industri- og handelskammer i Amsterdam overbevist om, at der var en overtrædelse af deres WFBV, da Inspire Art Ltd. passede på definitionen af et formelt udenlandsk selskab i artikel 1 i WFBV'en, men var ikke registreret som et sådant selskab. Det skal her bemærkes, at denne dom vedrørende Inspire Art kom efter dommen vedrørende Centros, og det var derfor fastslået, at de daværende artikler 43 og 48 i EF-traktaten, gav etableringsfrihed i EU. Inspire Art påberåbte sig den fri etablering og argumenterede for, at WFBV'en opstillede restriktioner for etableringsfriheden. Hertil argumenterede det hollandske handelsregister for, at deres lov for formelt udenlandske virksomheder ikke var i strid med etableringsfriheden, da loven kun var gældende for selskaber, som alligevel reelt var hollandske.

Denne problemstilling blev til to præjudicielle spørgsmål, fattet i korthed:

- 1) *Skal (daværende) artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at de er til hinder for den hollandske WFBV, når et selskab er oprettet i Storbritannien og lever op til pågældende selskabsretlig lovgivning i Storbritannien, men ikke har nogen reel tilknytning hertil?*
- 2) *Hvis WFBV er uforenelig med bestemmelserne i artikel 43 EF og 48 EF, skal artikel 46 EF fortolkes, således at WFBV alligevel kan anvendes, da hensynene i WFBV bygger på samme hensyn som artikel 46 EF?*

Altså var kernen i spørgsmålet, om artiklerne forhindrede WFBV'en, og hvis ja, kunne den så anvendes alligevel, da WFBV's formål er at sikre det alment tvingende hensyn.

Hertil besvarede EU-domstolen, at det var korrekt, at formålet med WFBV var af tvingende almene hensyn, altså at formålet var kreditorbeskyttelse, effektiv skattekontrol og forebyggelse af misbrug af etableringsfriheden (Inspire Art C-167/01, præmis 132).

Dog var kravene i WFBV ikke forenelige med etableringsfriheden, da WFBV krævede en mindstekapital. Ligeledes var det heller ikke foreneligt med etableringsfriheden, at hvis selskaberne ikke levede op til WFBV, så hæftede ledelsen for selskaberne personligt på selskabets vegne (Inspire Art C-167/01, præmis 141).

For at samle op på dommen blev konklusionen af første spørgsmål, at WFBV ikke var forenelig med det 11. selskabsdirektiv 89/666/EØF, grundet at filialer fra formelle udenlandske selskab blev pålagt de tidligere beskrevne forpligtelser.

Ved andet spørgsmål blev konklusionen, at det var korrekt, at WFBV havde det rigtige formål, men den levede ikke op til proportionalitetsprincippet, grundet at loven ramte alle formelle udenlandske selskaber, også selvom det ikke var godtgjort, at det drejede sig om misbrug af etableringsfriheden.

2.3.5.4 SEVIC C-411/03

Denne sag omhandlede grænseoverskridende fusion imellem to selskaber, som begge var placeret i EU. I 2002 indgik, det tyske selskab, SEVIC systems AG, og det luxembourgiske selskab, Security Vision Concept SA, en fusionsaftale. Aftalen gik ud på, at Security Vision Concept blev opløst uden at likvidere, og derefter blev overdraget til SEVIC (SEVIC C-411/03, præmis 6).

Denne anmodning om fusion blev afvist af de tyske myndigheder med den begrundelse, at deres lov om selskabsomdannelse Umwandlungsgesetz (UmwG) kun tillod indenlandsk fusion – altså kun tillod fusioner imellem selskaber registreret i Tyskland. UmwG § 1, stk. 1, nr. 1, begrænsede fusion til kun at være muligt imellem retssubjekter i indlandet, og at UmwG ikke fandt anvendelse på grænseoverskridende fusioner (SEVIC C-411/03, præmis 12).

Altså blev grænseoverskridende og interne indenlandske fusioner behandlet forskelligt i Tyskland (SEVIC C-411/03, præmis 14). Derfor påberåbte SEVIC, på daværende tidspunkt gældende, artikel 43 EF og 48 EF vedrørende etableringsfrihed i EU.

Denne problemstilling førte til dette præjudicielle spørgsmål:

- *Skal artikel 43 EF og 48 EF fortolkes således, at det er i strid med etableringsfriheden for selskaber at nægte et udenlandsk europæisk selskab at få registreret dets tilsigtede fusion med et tysk selskab i det tyske handelsregister i henhold til [UmwG's] §§ 16 ff., fordi UmwG's § 1, stk. 1, nr. 1, kun hjemler omdannelse af juridiske personer med hjemsted i Tyskland?*
(C-411/03)

Vurderingen i denne sag byggede på, i hvor høj grad denne foranstaltning tilgodeså et alment hensyn – altså hvorvidt UmwG's begrænsning af grænseoverskridende fusioner var med til at beskytte kreditorers,

minoritetsselskabsdeltageres og lønmodtagers interesser. Dette hensyn skulle sammenholdes med, hvor mange denne lov ramte, som loven ikke var til sigtet at skulle ramme (SEVIC C-411/03, præmis 29).

Det vurderedes i denne situation, at de tyske myndigheder generelt afslog grænseoverskridende fusioner, selvom de almene interesser ikke var truet (SEVIC C-411/03, præmis 30).

Derfor blev det fastslået, at artikel 43 EF og 48 EF var til hinder for den tyske UmwG's begrænsning af fusioner til indenlandske fusioner, da det var en restriktion for etableringen i EU.

2.3.5.5 Cartesio Bt C-210/06

En anden dom, der omhandlede etableringsfriheden i Europa, var fra Ungarn. Denne skabte usikkerhed hos domstolene og vedrørte spørgsmålet, om man som selskab måtte flytte sit registrerede (vedtægtsmæssige) hjemsted til en anden EU-medlemsstat.

Det ungarsk registrerede kommanditselskab Cartesio Bt ønskede at flytte sit hjemsted fra én medlemsstat, Ungarn, til en anden medlemsstat, Italien (Cartesio bt C-210/06). Herved spillede hovedsædeteorien ligeledes ind i forhold til Ungarns ret, da selskabet ved at flytte til Italien ville miste sin ret i Ungarn, og derved blive anset som opløst – selskabet flyttede jo sit hjemsted til Italien, men ønskede nemlig at beholde sin egenskab som selskab efter ungarsk ret (Kure: EU-ret Kompendium, 2010, s. 155).

Sagen tog udgangspunkt i flere spørgsmål, hvoraf følgende spørgsmål, der vedrørte EF-artiklerne 43 og 48, var afgørende vedr. etableringsfriheden:

- *Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om EF artikel 43 og 48 skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som forhindrer et selskab, der er stiftet i henhold til national ret i denne medlemsstat, i at flytte sit hjemsted til en anden medlemsstat og samtidig opretholde sin egenskab af et selskab, der henhører under national ret i den medlemsstat, efter hvis lovgivning det er blevet stiftet.*

(Cartesio bt C-210/06)

Ifølge ungarsk ret, havde et ungarsk selskab hjemsted på det sted, hvor det havde sit hovedkontor, og det eksisterede kun i kraft af den nationale lovgivning, som derved var bestemmende for dets stiftelse og funktion. Der blev, jf. dommens punkt 105 og 110, pointeret, at medlemsstaternes lovgivninger var meget forskellige, hvad angik tilknytning til det nationale område, og hvorvidt denne tilknytning senere kunne ændres. Det var op til medlemsstaten at definere denne tilknytning, og derfor også hvad der var krævet for at opretholde egenskaben, som værende under dette lands ret, og derved også hvis selskabet ville etablere

sig i en anden medlemsstat ved at flytte sit hjemsted til den anden medlemsstats område og på den måde bryde tilknytningen til stiftelseslandets nationale ret (Kure: EU-ret Kompendium, 2010, s. 155).

Derfor var det ikke tilladt, at selskabet ved flytning til Italien kunne være undergivet ungarsk lovgivning som et selskab. Denne flytning krævede, at selskabet først ophørte med at eksistere, og derefter stiftedes på ny i det land, hvor det ønskede at etablere sit nye hjemsted, i dette tilfælde Italien. EF-domstolen fandt, at de ungarske regler derved ikke var i strid med EF-artiklerne 43 og 48.

Dommens afgørelse i 2008 har skabt et hul i etableringsretten, som endnu ikke er afdækket, men vil om nogle år sandsynligvis blive det. Den grænseoverskridende aktivitet må derfor ikke stride imod den nationale lovgivning. Man kan altså kun flytte en juridisk persons registrerede hjemsted, hvis både fraflytningslandets lovgivning tillader det, samt tilflytningslandets lovgivning tillader det – da er det disse lovgivninger, der træder i kraft og derved ikke EU-retten.

2.3.5.6 VALE C-378/10

Ved dommen VALE C-378/10 drejede det sig om det italienske selskab VALE Costruzioni Srl, som var den italienske betegnelse for et selskab med begrænset ansvar. Selskabet var stiftet i Rom i 2000. Selskabet ansøgte i 2006 om at blive slettet i det italienske selskabsregister for at ophøre deres aktivitet i landet, og derefter flytte selskabet og aktiviteten til Ungarn (VALE C-378/10, afsnit 9). Selskabet hed herefter VALE Építési kft, og Építési kft er den ungarske betegnelse for et selskab med begrænset ansvar.

Denne flytning af selskab var der ikke hjemmel til i den ungarske lovgivning, og derfor endte denne problemstilling som et præjudicielt spørgsmål, da VALE Építési kft, påberåbte sig bestemmelserne i artikel 49 TEUF og 54 TEUF. Domstolen kom frem til denne domsafsigelse:

- 1) *Artikel 49 TEUF og 54 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning, som giver selskaber, der er underlagt national ret, mulighed for omdannelse, men som generelt ikke tillader, at et selskab, omfattet af en anden medlemsstats ret, omdannes til et selskab, der er underlagt national ret, ved at stifte et selskab som det sidstnævnte.*
- 2) *Artikel 49 TEUF og 54 TEUF skal i sammenhæng med et selskabs grænseoverskridende omdannelse fortolkes således, at værtsmedlemsstaten har ret til at fastlægge den relevante nationale ret for en sådan transaktion og således anvende bestemmelserne i dens nationale ret om nationale omdannelser, der regulerer stiftelsen og driften af et selskab, såsom kravene om udarbejdelse af en regnskabsopgørelse og en opgørelse over aktiver. Ikke desto mindre er ækvivalensprincippet, henholdsvis effektivitetsprincippet, til hinder for, at værtsmedlemsstaten*
 - *afviser ved grænseoverskridende omdannelser at gøre bemærkning om det selskab, der anmoder om omdannelsen, som den »retlige forgænger«, hvis en sådan bemærkning om forgængerselskabet skal gøres i selskabsregistreret ved nationale omdannelser, og*

- afviser at tage behørigt hensyn til dokumenter, der udgår fra oprindelsesmedlemsstatens myndigheder, under proceduren for registrering af selskabet.

(VALE C-378/10)

Altså var der ikke nogen hjemmel i 49 TEUF og 54 TEUF til at foretage en flytning af selskabet. Hertil var der mulighed for at foretage en flytning af selskaber, såfremt både lovgivning i landet, hvor selskabet oprindeligt var blevet stiftet, tillod det, og såfremt at landet, hvor selskabet flyttede til, tillod denne flytning.

2.3.6 Stigende konkurrence grundet engelske Limiteds

I de tidligere afsnit har væsentlige domme vedrørende etableringsfriheden i EU blevet bearbejdet. De har alle haft betydning for udviklingen i den lokale selskabsret. Dommene har nødvendiggjort ændringer i de enkelte medlemslande for at imødegå de muligheder, der er blevet mulige efter Centros, Überseering og Inspire Art. Her har både Tyskland og Danmark forsøgt at tilpasse sig det engelske Ltd. for at udligne forskellene imellem kravene til selskaberne i England med kravene i Tyskland eller Danmark. Formålet herved er at fastholde selskaberne i Danmark. Ud fra dommene kan man se, at de enkelte medlemslande er interesseret i hver især at fastholde selskaberne. Som i Inspire Art, hvor de hollandske myndigheder forsøger at gøre forholdene for udenlandske selskaber magen til de hollandske. Herved blev der forsøgt at gøre etableringen i udlandet således, at det ikke længere er fordelagtigt ved at tvinge de udenlandske selskaber til at tilpasse sig den hollandske lovgivning. Disse reguleringer blev afvist af EU-domstolen for restriktioner mod etableringsfriheden. Derved blev det slået fast, at det ikke er muligt at foretage restriktioner mod selskaber i andre medlemsstater.

Nedenfor vil dommene Centros, Überseering og Inspire Art blive visualiseret i tabelform med begrundelse for afvisning af de nationale myndigheders indsigelser. Formålet vil være at give et overblik over dommene og give et indblik i proportionalitetsprincippet, som ligger bag domsafsigelserne.

DOM	KONKLUSION	RESTRIKTION + AFVISNING
Centros	Etableringsfrihed i EU	Nægter filial – restriktionen er ikke egnet
Überseering		Nægter juridisk personlighed – det går udover, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet
Inspire Art		Bestyrelse hæfter for alle forpligtelser, samt minimumskrav til kapital – restriktioner skal kun ramme de nødvendige til at opnå formålet

TABEL 3: Egen tilvirkning

Det er disse tre domme, som har været med til at sikre etableringsfriheden inden for EU. Fælles for alle dommene har været, at myndighederne har anvendt for hårde restriktioner, som ikke stemmer overens med proportionalitetsprincippet.

Igennem analysen af de essentielle EU-domme, er det blevet fastslået, at der også er grænser for etableringsfriheden inden for EU. Dette viser dommene *Cartesio bt* og *VALE*. I begge domme bliver anmodning om flytning af et selskabs registrerede hovedsæde fra en EU-medlemsstat til en anden afvist. Dette bliver slået fast af EU-domstolen, at den enkelte EU-medlemsstat har friheden til at bestemme, om de vil modtage et eksisterende selskabs hovedsæde fra en anden EU-medlemsstat.

Cartesio bt og *VALE* begrænser umiddelbart selskaber til at bibeholde deres registrerede hovedsæde i det pågældende land, de har oprettet det i. Skulle et selskab dog være i den situation, at selskabet ønsker at flytte sit registrerede hovedsæde, har selskabet stadig mulighed for dette, grundet en EU-dom – dette vil fremkomme til sidst i afsnittet. Selskabet som ønsker at flytte sit registrerede hovedsæde har følgende muligheder:

- 1) Nøjes med kun at flytte sit faktiske hovedsæde, da selskaber har mulighed for at flytte sit faktiske hovedsæde.
- 2) Venter på, at EU-domstolen fortolker artikel 49 og 54 TEUF således, at det er tilladt at flytte sit registrerede hjemsted imellem medlemsstaterne.
- 3) Venter på, at EU's 14. selskabsdirektiv, vedrørende grænseoverskridende hjemstedsflytning, bliver indført.
- 4) Anvender den danske selskabslov § 318 a-n. Denne mulighed kan kun anvendes, såfremt at landet, hvortil det registrerede hjemsted flyttes til ligeledes har lovgivning, som tillader denne flytning.
- 5) Anvender grænseoverskridende fusion, også kendt som "sugekopmetoden".

Mulighed nr. 5 bliver sikret igennem *SEVIC*-dommen, som sikrer retten til grænseoverskridende fusion imellem selskaber registeret i EU. Sugekopmetoden fungerer således:

Et selskab, som ønsker at udføre denne grænseoverskridende fusion, skal først oprette et datterselskab i det pågældende land, som moderselskaber ønsker at flytte sit registrerede hovedsæde til. Derefter skal der gennemføres en omvendt lodret fusion mellem moderselskabet og datterselskabet, hvor datter bliver det fortsættende selskab, og moder bliver det ophørende selskab. Derved har man igennem en grænseoverskridende fusion "flyttet" sit registrerede hovedsæde fra et EU-land til et andet.

Som tidligere beskrevet findes den selskabsretlige hjemmel til at udføre denne grænseoverskridende fusion i SEVIC, men derudover findes der også en selskabsretlig hjemmel i 10. selskabsdirektiv. Den skatteretlige hjemmel til denne fusion findes ved fusionsskattedirektivet 90/434.

Sammenfattet for konklusionen af dommene, så er de med til at definere etableringsfriheden i EU, og de er også, her specielt Centros, Überseering og Inspire Art, med til at påvirke udviklingen inden for selskabsretten i de enkelte medlemslande. Det ligger til grund for udviklingen af selskabsretten i både Tyskland og Danmark, som de kommende kapitler vil omhandle.

Jf. ovenstående gennemgang af dommene, opstod der større konkurrence i Europa grundet den høje grad af etableringsfrihed på tværs af grænserne. Det lave kapitalkrav til engelske Ltd. selskaber spillede også en stor rolle for iværksættere, hvor man f.eks. i Tyskland og Norge oplevede, at antallet af filialer af engelske Ltd. selskaber steg – med en ejerkreds, der bestod af f.eks. tyskere (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s.31). Herved blev udviklingen i Tyskland bremset, da der var et stigende antal af selskaber, der valgte ikke at operere i Tyskland og anså det som mindre attraktivt at drive virksomhed i landet. Det gav anledning til forandringer, som vil blive diskuteret nedenfor i et senere afsnit – men først vil der blive kigget på den tyske selskabsret og dens opbygning. En del af det ligner den ovennævnte engelske selskabsret, men det er interessant at få belyst Tysklands selskabsret, for især at sætte fokus på de forskelle, der er i forhold til den engelske, og på hvilken måde den engelske selskabsrets opbygning differentierer sig og i nogle tilfælde har været mere attraktiv for andre.

2.4 Tysk selskabsret – første reaktion på konkurrencen fra England

I den tyske selskabsret findes personlige selskaber, såsom uregistrerede interessentskaber (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR), interessentskaber (offene Handelsgesellschaft, OHG) og kommanditselskaber (Kommanditgesellschaft, KG). Hertil opereres der ligeledes med kapitalselskaber; **de private selskaber**, som parallel til de engelske private companies, kaldet '*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*', forkortet 'GmbH', og aktieselskaber, som er en parallel til public companies, og kaldes '*Aktiengesellschaft*', forkortet 'AG'. Ud over disse former for kapitalselskaber, indførtes i 2008 en ny iværksætterselskabsform med lavere kapitalkrav, kaldet Unternehmergeellschaft, forkortet 'UG' – dette vil blive gennemgået nedenfor i et senere kapitel. Kapitalselskabsformerne i Tyskland vil herunder blive gennemgået.

2.4.1 GmbH

Det private selskab med begrænset hæftelse, GmbH, stammer tilbage fra 1892 og reguleres primært i '*GmbH Gesetz*', der svarer til den tyske Anpartsselskabslov (Andenas & Wooldridge: European Comparative Company Law, 2009, s. 115). Denne selskabsform er udformet til personer, og er nemt at anvende af

grupper af personer, der ønsker færre og mindre komplekse krav til deres selskab, som de selv kan tilpasse – og dette er den hyppigste kapitalselskabsform i Tyskland. GmbH kan anvendes til forskellige forretningsmæssige formål, der er tilladt ved lov, dog undtaget følgende formål: forsikring, lån samt realkreditinstitutter. Selskabet opnår status som selvstændig juridisk person efter registrering i det tyske handelsregister – forudsat, at der hertil indleveres vedtægter, som er bekræftet og oprettet for en notar.

2.4.2 AG

Som modstykke til GmbH, er der i Tyskland mulighed for at stifte aktieselskabet, AG, som er mere komplekst og er tiltænkt de større forretningsmæssige foretagender. AG reguleres primært i Aktiengesetz, som er den tyske Aktieselskabslov. Ligeledes gælder status som selvstændig juridisk person for AG'et også efter registrering. AG udbydes offentligt og kan derved børsnoteres på nationale og internationale aktiemarkeder.

De kommende afsnit vil uddybe ovenstående og behandle de forskellige selskabsformer, med udgangspunkt i områderne: indskud og hæftelse, regnskabskrav og klassificering, selskabsledelse, skattemæssige forhold, penge ud samt skift af form.

2.4.3 Indskud og hæftelse

Minimumskapitalkravet til et GmbH er € 25.000, hvorved en aktie/anpart udgør min. € 100, jf. GmbH Gesetz § 5. Hver kapitalejer kan tegne flere aktier/anparter i forbindelse med stiftelsen af selskabet. Kapitalejerne er ikke personligt hæftende over for kreditorerne. Den administrerende direktør (eller direktører, såfremt der er flere) kan blive personligt hæftende for selskabets foretagender, såfremt dennes pligter ikke overholdes. Jf. GmbH Gesetz § 43, skal direktøren *"forestå selskabets anliggender med den rette omhu og grundighed, som afspejler en fornuftig forretningsmand"*.

En direktør har ligeledes efter tysk ret, jf. GmbH Gesetz § 64, pligt til at indlevere konkursbegæring om akkordbehandling senest tre uger efter, at selskabet er blevet konstateret insolvent – ligesådan gælder dette, hvis regnskabet viser en underbalance. Udøver direktøren ikke denne pligt, kan der sanktioneres i form af straf, og derudover kan direktøren komme til at hæfte personligt for selskabets gæld.

Minimumskapitalkravet til et AG er € 50.000, der udgøres af aktier, jf. Aktiengesetz, § 7. Min. 25 % af kapitalen skal være indbetalt ved stiftelsen. Kapitalejerne er heller ikke her personligt ansvarlige over for kreditorerne – de er udelukkende ansvarlige for indskydelse af deres forpligtelser for selskabet. Ligeledes gælder det her for direktion samt tilsynsråd, der udgør ledelsen, at de skal tilgodese virksomhedens interesser, og såfremt dette ikke udføres på en behørig måde, kan disse blive personligt ansvarlige for den skade, der er forvoldt selskabet, jf. Aktiengesetz, § 48.

2.4.4 Regnskabskrav og klassificering

Alle tyske selskaber har bogføringspligt, og dette er direktionen ansvarlig for (Rettysk.dk: NJORD, februar 2016). Der skal være dokumentation for alle transaktioner og regnskabsmæssige forhold – og dette skal ligeledes opbevares i originalt bilag eller kopi i 6 år. Balancer, lageropgørelser og lign. dokumenter skal dog opbevares i 10 år.

Selskaber har i henhold til det tyske "Handelsgesetzbuch" samt den tyske skattelovgivning pligt til at indberette årsregnskab for det afsluttede regnskabsår. Dog er det blot omkring 2 % af alle selskaber, der har revisionspligt – denne er et krav for kapitalselskaber og personselskaber, hvor ingen fysisk person hæfter fuldt ud (Dantax: Revisionspligt i Tyskland, dec. 2015). For de fleste selskaber er det derfor tilstrækkeligt med en indgivelse af årsregnskabet til virksomhedsregisteret, "elektronischer Bundesanzeiger".

Herunder er der krav til revisionspligten, som opstår når to af følgende tærskler overskrides i to på hinanden følgende regnskabsår (gældende for regnskabsår, der begynder den 31/12/2014):

	Små selskaber	Mellemstore selskaber	Store selskaber
Balancesum	Under € 6 mio.	€ 6 – 20 mio.	Over € 20 mio.
Omsætning	Under € 12 mio.	€ 12 – 40 mio.	Over € 40 mio.
Antal medarbejdere	Under 50	50 – 250	Over 250

TABEL 4: Egen tilvirkning (Dantax: Revisionspligt i Tyskland, dec. 2015)

Revisionen i Tyskland er udviklet med avancerede elektroniske systemer, og det tyske Finanzamt udvikler en del automatiserede revisioner, der skal kunne konstatere uregelmæssigheder ved årsregnskabet.

2.4.5 Selskabsledelse

GmbH'et udgøres typisk af to organer; generalforsamlingen og hertil skal den have en eller flere direktører, jf. GmbH Gesetz, § 6. Generalforsamlingen er som selskabets øverste organ ansvarlig for at træffe større beslutninger vedr. selskabets anliggender, ansætte og afskedige direktion, godkende årsregnskab samt varetage overskudsfordeling mv. Direktørens opgave består i at drive virksomheden og sørge for, at dens interesser tilgodeses. I et GmbH kan der ligeledes opstilles et tilsynsråd, hvis dette er ønsket, for at holde tilsyn med ledelsen. Dog er tilsynsråd et krav i større GmbH, der har mellem 500-2.000 medarbejdere. En tredjedel af tilsynsrådet skal bestå af medarbejderrepræsentanter, og hvis antallet af medarbejdere er over 2.000, skal den ene halvdel af tilsynsrådet være bestående af medarbejdere (Hogan Lovells: Doing business in Germany, 2014).

For direktører i et GmbH, er der, som nævnt ovenfor, strenge forpligtelser i de tilfælde, hvor selskabet bliver insolvent, og såfremt denne ikke udøver sine pligter på en behørig måde, kan det i værste instans ende med sanktioner af erstatnings- og strafmæssig karakter.

Et AG's selskabsorganer er bestående af: generalforsamling, direktion og tilsynsråd (Hogan Lovells: Doing business in Germany, 2014). Generalforsamlingen afholdes som minimum én gang om året, og skal træffe større beslutninger, bl.a. i forhold til vedtægterne, årsregnskabet, fordeling af udbytte, direktionens arbejde, samt valg af revisor. Direktionen udpeges af bestyrelsen og skal varetage selskabets ledelse og drift, for maksimalt fem år ad gangen og kan genudpeges for yderligere fem år ad gangen. Direktionen skal bestå af en eller flere personer – dog skal selskaber med en aktiekapital på over € 3 mio. have mindst to direktører (såfremt denne regel ikke fraviges i vedtægterne). Som supplement til direktionen udpeges et tilsynsråd, der skal bestå af typisk aktionærernes og de ansattes repræsentanter, som vælges af generalforsamlingen. Som for ovenstående regler for større GmbH selskaber, gælder samme regler i forhold til medarbejderrepræsentation ligeledes for AG selskaber. Tilsynsrådet skal føre tilsyn med direktionen og dens pligter, der skal fremme virksomhedens interesser. Medlemmer af tilsynsrådet kan ikke samtidig være medlemmer af direktionen.

2.4.6 Skattemæssige forhold

Personer med domicil i Tyskland har skattepligt for deres indkomst, der hidrører fra landet. I Tyskland gælder det ligeledes, at samtlige kapital-selskaber skal betale selskabsskat af deres indtægter, såfremt enten deres ledelse eller registrerede hjemsted er inden for Tysklands grænser (Bundeszentralamt für Steuern, 2014). Derimod gælder det for f.eks. 'offene Handelsgesellschaft', som er en parallel til interessentskabet i Danmark, at der her ikke skal betales selskabsskat, men derimod at hver enkelt interessent betaler personskat af dennes indkomst.

Selskabsskatteraten i Tyskland ligger i 2015 på i alt 29,65 % (KPMG, Corporate tax rates table, april 2016). Denne udgøres af en selskabsskattesats på 15 %, en 'solidarity surcharge' (et solidaritetstillæg) på ca. 0,8 % samt en erhvervsskat på i gennemsnit 14 %. Grundlæggende gælder det, at alt det som selskabet har af indtjening for det pågældende år, skal selskabsbeskattes – dette udregnes på en bestemt måde. Udregningen bygger på en specifik model, der kalkulerer selskabets samlede skattegrundlag. Herudover skal virksomheder, der foretager momspligtige leverancer eller sælger momspligtige ydelser i Tyskland, lade sig momsregistrere (Rettysk.dk, NJORD, februar 2016). Momsregistreringen er dog undtaget, såfremt omsætningen i de tidligere år ikke overstiger € 17.500, eller det i indeværende år ikke forventes at overstige € 50.000. Momsen i Tyskland ligger på 19 %.

2.4.7 Penge ud

På dette punkt ligger det meget op af England. Der er mulighed for løn fra selskabet, samt udbytte. Der betales udbytteskat af aktier, som ejes i et tysk selskab – udbytteskatten er på 25 % (PWC: Germany corporate withholding taxes, april 2016). Yderligere som i England er det kapitalejerlån også tilladt (Kellmer & Seehausen: Kapitalejerlån, R&R nr. 6, 2012). Derved har kapitalejerne mulighed for at låne fra sit selskab.

2.4.8 Skift af form

I Tyskland er der som beskrevet to mulige former for kapitalselskaber, anpartsselskabet og aktieselskabet. Med udviklingen og ændringen i 2008, som vil blive gennemgået nedenfor, kom en ny iværksætterselskabsform, Unternehmergeellschaft, der gav mulighed for at stifte et kapitalselskab med minimal krav til startkapital. Der kan således skiftes fra den ene form til den anden, såfremt kapitalen er til stede og opfylder kravene for den næstkommende selskabsform.

2.4.9 Opsamling – forskelle mellem Limiteds og GmbH

For at samle op på ovenstående afsnit, der omhandler de selskabsretlige opbygninger af hhv. Limited selskaber i England og GmbH (og AG) selskaber i Tyskland, vil nedenstående tabel give en kort opsummering over enkelte fokusområder i de forskellige selskabstyper i landene. Der fokuseres her på Ltd. selskaber og GmbH selskaber, da deres egenskaber ligger tæt op ad hinanden og er en parallel til det danske Anpartsselskab.

	Ltd.	GmbH
Minimum kapitalkrav	≈ £ 1	€ 25.000
Hæftelse	Begrænset til selskabskapital	Begrænset til selskabskapital
Regelsæt	Companies Act	GmbH Gesetz
Ledelse/beslutninger	Bestyrelse + direktion	Bestyrelse + direktion (tilsynsråd i større GmbH)
Revision	Ja – såfremt selskabet har en vis størrelse	Ja – dog lettere, automatiserede processer
Beskatning	Selskabsskat: 20 % (2016)	Selskabsskat: 29,65 % (2016)
Penge ud	Lån fra selskab er tilladt Udbyttebeskatning: Ingen af de første £ 5.000 – derefter afhængig af indkomstgruppe	Lån fra selskab er tilladt Udbyttebeskatning: 25 %
Skift af form	Ltd. => plc	UG => GmbH => AG

TABEL 5: Egen tilvirkning

2.4.9 Indførsel af Unternehmergeellschaft i 2008

I takt med den øgede konkurrence i Europa, etableringsfriheden, der gjorde det lovligt at drive erhvervs-virksomhed gennem etableringskæder, og den stigende grad af engelske Ltd. med tyske ejere, var det på

tide, at der skete noget i Tyskland (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s.34). I 2008, efter især Centros-, Überseering- og Inspire Art-dommene indførtes en ny selskabsvariant i Tyskland, det såkaldte Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt), forkortet 'UG' og oversat iværksætterselskab med begrænset hæftelse. Dette var i høj grad tiltænkt iværksættere, især grundet det lave mindstekapitalkrav på € 1 – dette skulle give incitament til at stifte et tysk selskab, i stedet for at stifte et engelsk Ltd., og på den måde kunne Tyskland forøge sin konkurrenceevne på det europæiske selskabsretlige område.

Ud fra officielle statistikker, er der set en markant fremgang af stiftelser af UG-selskaber i Tyskland. Siden indførelsen af UG i 2008 og frem til 2014, er der i det tyske Handelsregister registreret følgende antal UG'er – som vist i tabellen nedenfor:

Stiftelsesdato:	01.11.2009	01.11.2010	01.11.2012	01.11.2013	01.11.2014
Antal UG:	19.563	41.014	76.377	91.104	103.686

TABEL 6: (Rechtswissenschaftliche Fakultät: Forschungsprojekt Unternehmergeellschaft, 2014)

Statistikken oven for viser, at antallet af UG-selskaber er steget fra 19.563 i 2009 til 103.686 i 2014, hvilket må siges at være en tydelig stigning. Det vidner om en succesfuld implementering, der blev taget godt imod af de tyske iværksættere, hvorved man fik udjævnet forskellene på de tyske og engelske selskabsretlige fordele. Den kraftige stigning i stiftelsen af UG'er må alt andet lige have haft en negativ påvirkning på stiftelsen af Ltd. selskaber med tyske bosiddende.

2.5 Dansk ret – reaktion på udvikling i EU, samt indførelsen af Iværksætterselskab

2.5.1 Indledning

Ovenstående analyse af hhv. den engelske selskabsretlige opbygning, dommene der bevilligede den høje grad af etableringsfrihed samt den tyske selskabsretlige opbygning, bringer os videre til opbygningen af selskabsretten i Danmark. Her vil fokus, ligesom ovenstående, blive sat på selve forløbet op til indførelsen af iværksætterselskabet i 2014. Først og fremmest kigges der på selskabsformen Selskab med begrænset ansvar 'S.m.b.a.', der med dets afskaffelse i 2014 netop blev startskuddet for indførelsen af IVS'et.

2.5.2 S.m.b.a - selskabsformens udfasning

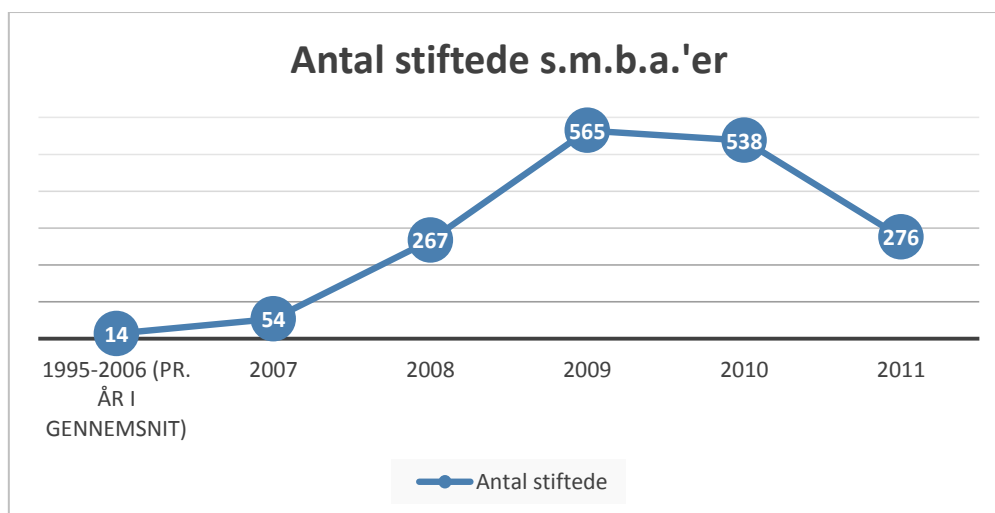
2.5.2.1 Indledning

De kommende afsnit vil omhandle S.m.b.a.'et, som på mange punkter har været forløberen til Iværksætterselskabet. Det var den eneste selskabsform, hvor man kunne købe et selskab for 1 kr., og ved statussen som et selskab medfører også, at et eventuelt overskud vil blive selskabsbeskattet. Det var dog myndighedernes intention, at IVS'et skulle være noget helt nyt hentet med kraftig inspiration fra udlandet.

Dette er også korrekt, at IVS'et er kraftigt inspireret af det tyske UG, men der er også rigtig mange ligheder med det foregående S.m.b.a. Hertil skal det også bemærkes, at der er nogle enkelte emner, hvor der er væsentlige forskelle på et S.m.b.a. og et IVS.

Fra 1. januar 2014 blev det ikke længere muligt at stifte nye S.m.b.a.'er (Erhvervsstyrelsen.dk: A.m.b.a., s.m.b.a., f.m.b.a.), og hvor det ikke længere var muligt at stifte S.m.b.a.'et, blev det derfor muligt at stifte IVS'et – så betragter man denne kronologi, så afløste IVS derved S.m.b.a.'et.

Op til afskaffelsen af S.m.b.a.'et var der et boom af nye registreringer af S.m.b.a.'er fra 2007 og frem.



FIGUR 1: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, Neville & Engsig Sørensen, 2012, s. 351)

Grunden til denne kraftige udvikling i nye stiftelser må antages at hænge sammen med, at opkrævningslovens § 11a blev ophævet ved lov nr. 408 af 8/5/2006. Ophævelsen af opkrævningslovens § 11a gjorde, at der ikke længere var krav om, at der blev stillet sikkerhed for op til 110.000 kr. for selskaber stiftet uden indskudskapital. Denne ophævelse kom som en reaktion på Centros C-212/97, som fastslog, at kravet om sikkerhedsstillelse var EU-stridigt (Festskrift til Erik Werlauff, 2012, s. 351). Dette gjorde selskabsformen yderst attraktiv, da man nu kunne få et selskab uden personlig hæftelse helt ned til 1 kr.

2.5.2.2 Indskud og hæftelse

Det er primært dette punkt, som har været med til at øge udviklingen af nye stiftelser af S.m.b.a.'er. Efter ophævelsen af opkrævningsloven § 11a, var der ikke længere krav om sikkerhedsstillelse for op til 110.000 kr. Derfor er der modsat både ApS og A/S ikke noget krav om indbetaling af en mindstekapital, og gør at et S.m.b.a. kan stiftes for 1 kr.

I mellemtiden har hele formålet med et S.m.b.a. været at opnå begrænset ansvar – dette ændrede ophævelsen af opkrævningslovens § 11a ikke på. Det gjorde det blot billigere at opnå den begrænsede

hæftelse. Som det indgår i navnet, er der ingen personlig hæftelse ved et selskab med begrænset hæftelse (Iværksætter.dk: Er det værd at overveje et S.M.B.A., 2008). Dette medfører, at kreditorer ved en eventuel konkurs kun kan gå efter selskabets aktiver, og derved holdes stifterne af selskabets personlige aktiver ude af konkursboet.

2.5.2.3 Regnskabskrav og klassificering

Et S.m.b.a. har som udgangspunkt pligt til at aflægge årsregnskab efter ÅRL § 3, stk. 1, nr. 4. Dog kan et S.m.b.a. undlade at udarbejde et årsregnskab såfremt, at selskabets størrelse giver mulighed for dette. For at slippe for at udarbejde årsregnskab skal selskabet opfylde følgende krav. Det skal ligge under to af disse tre tærskler på to på hinanden følgende år:

Balancesum	7 mio. kr.
Nettoomsætning	14 mio. kr.
Heltidsbeskæftigede gennemsnitligt	10

TABEL 7: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, 2012, s. 355)

Dette kan S.m.b.a.'et årligt bekræfte over for Erhvervsstyrelsen, og hertil kan S.m.b.a.'et fravælge revision, såfremt at selskabet ligger under to af disse tærskler.

2.5.2.4 Selskabsledelse

Modsat ApS og A/S er der krav om to aktive deltagere i S.m.b.a.'et. Det vil sige, at det ikke er nok kun at have en stifter, men det kræver to at stifte et S.m.b.a.

Det er ikke ubetydeligt, hvorvidt der er to deltagere. Såfremt der kun er en deltager, omkvalificerer Erhvervsstyrelsen S.m.b.a.'et til en personlig virksomhed, og derved går selskabet fra at have begrænset hæftelse til at have en personlig og ubegrænset hæftelse. Dette var antageligvis det stik modsatte af formålet med stiftelsen af S.m.b.a.'et.

Ved udarbejdelse af vedtægterne til S.m.b.a.'et skulle det holdes for øje, at der var et adskillelseskra. Dette betød, at man ikke kunne anvende vedtægter magen til et ApS eller A/S, da Erhvervsstyrelsen ville anse dette for at være en omgåelse af Anpartsselskabsloven. Der skulle være en adskillelse fra S.m.b.a.'et og ApS eller A/S, og denne adskillelse blev vurderet i den enkelte stiftelse i Erhvervsstyrelsen. Konsekvensen af manglende adskillelse var, at S.m.b.a.'et blev nægtet stiftelse.

2.5.2.5 Skattemæssige forhold

S.m.b.a.'et bliver beskattet som et kapitalselskab, altså på samme måde som et ApS eller et A/S. Derfor, såfremt et S.m.b.a. stadig eksisterer i dag, vil det blive selskabsbeskattes med 22 % af overskuddet.

På samme måde som andre kapitalselskaber kan et eventuelt underskud kun fremføres til fremtidig overskud i selskabet. Det kan ikke, som i tilfældet ved personlig virksomhed, fratrækkes i anden personlig indkomst (Iværksætteren.dk: Er det værd at overveje et S.M.B.A., 2008).

2.5.2.6 Penge ud

Udlodning vil, på samme vilkår som ApS og A/S, blive beskattet som udbytte. Der er ved S.m.b.a.'et dog ikke krav til opsparring af kapital – derfor kan hele overskuddet potentielt udloddes som udbytte, modsat et IVS.

Hertil er der også mulighed for at trække penge ud som vederlag for arbejde i selskabet.

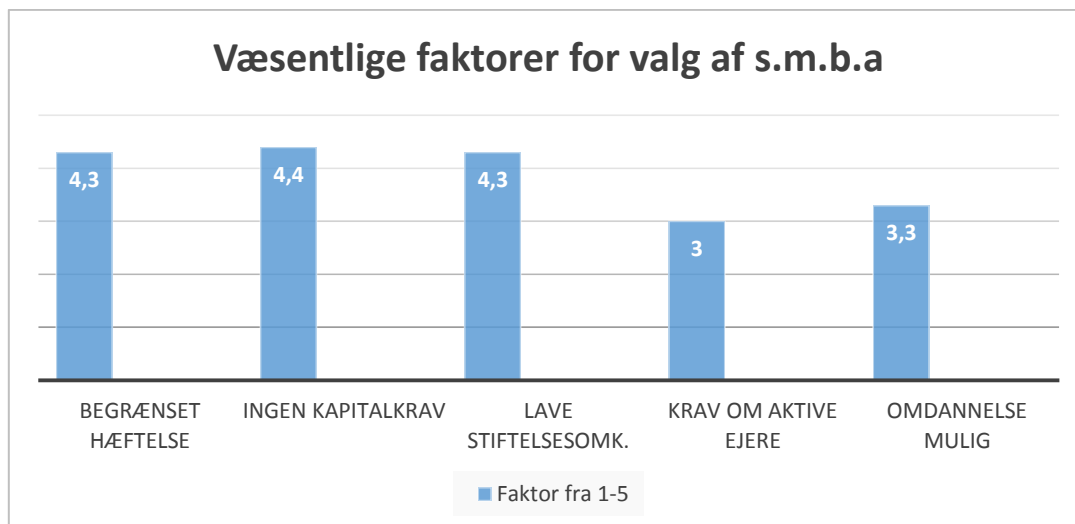
2.5.2.7 Skift af form

Når man ønsker at omdanne sit S.m.b.a. skal man være opmærksom på, at der gælder særlige regler herom. Det er nødvendigt at være opmærksom i forbindelse med omstrukturering. En omstrukturering ved et S.m.b.a. er ikke omfattet af de samme regler, som ved ApS og A/S. Ved et ApS og A/S er der mulighed for at foretage skattefrie omdannelser. Ved omdannelse af et S.m.b.a. kan dette udløse skat, grundet at der ikke er de samme gunstige regler. Et S.m.b.a. må ikke fusionere med et ApS eller A/S, men må kun fusionere med et F.m.b.a. eller et A.m.b.a. (Iværksætteren.dk: Er det værd at overveje et S.M.B.A., 2008). Derudover er det ikke længere muligt at fusionere eller spalte selskaber, således at det resulterer i et S.m.b.a. (Erhvervsstyrelsen.dk: A.m.b.a., s.m.b.a., f.m.b.a.), da det ikke længere er tilladt at stifte, og derfor må der heller ikke opstå et nyt S.m.b.a. via fusion.

2.5.2.8 Udfasning af S.m.b.a.

Dette afsnit vil samle op på kapitlet om S.m.b.a. og bearbejde bevæggrundene for afskaffelsen af S.m.b.a. – hertil vil de særlige krav til S.m.b.a. blive diskuteret. Det skal bemærkes, at dette afsnit blot analyserer forskellene og lighederne imellem IVS og S.m.b.a., og formålet med afsnittet er at belyse motivationen for afskaffelsen af S.m.b.a. – dette gøres for at skærpe opmærksomheden på specifikke punkter i det kommende kapitel, hvor reguleringerne for IVS vil blive beskrevet mere dybdegående.

Indskud og hæftelse: Efter ophævelsen af opkrævningsloven § 11 a i 2006 blev indskuddet reelt 1 kr. ved S.m.b.a., og stadig med begrænset hæftelse. Derfor er det, det samme som ved IVS'et. Dette er også de vigtigste faktorer for disse selskabsformer, både IVS og S.m.b.a.



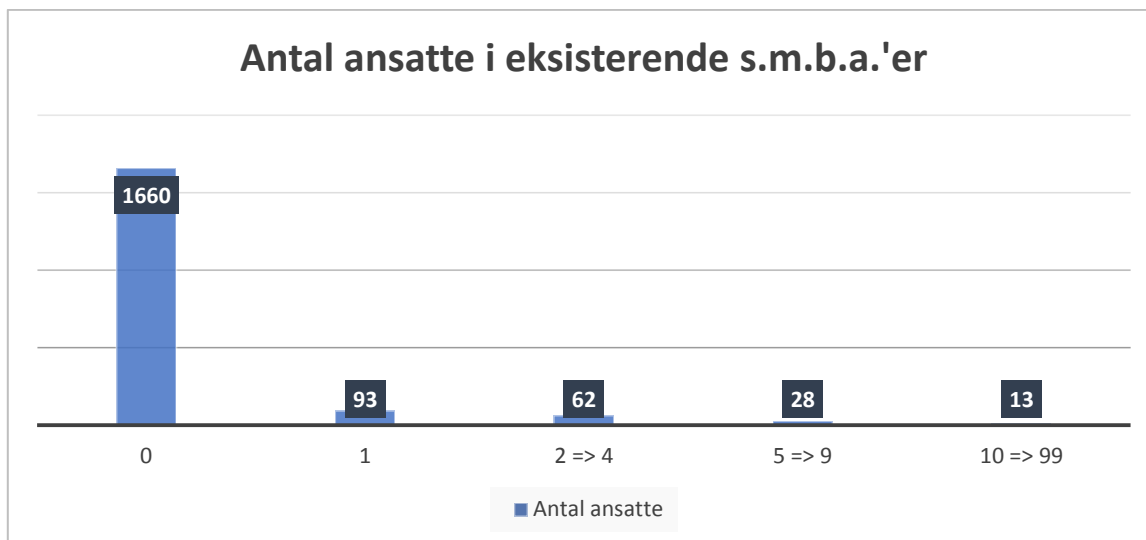
FIGUR 2: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, Neville & Engsig Sørensen, 2012, s. 356)

Betragter man den ovenstående tabel, som er lavet på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse, viser denne faktorerne, som afgør valget af et S.m.b.a. har den begrænsede hæftelse en faktor på 4,3 ud af 5 ved valget af S.m.b.a. Hertil har ingen kapitalkrav en faktor på 4,4 ud af 5, og lave stiftelsesomkostninger har en faktor på 4,3 ud af 5. Denne tabel gælder dog kun for S.m.b.a., men det må formodes, at det er de samme faktorer, der spiller ind ved valget af IVS, da der er præcis de samme krav.

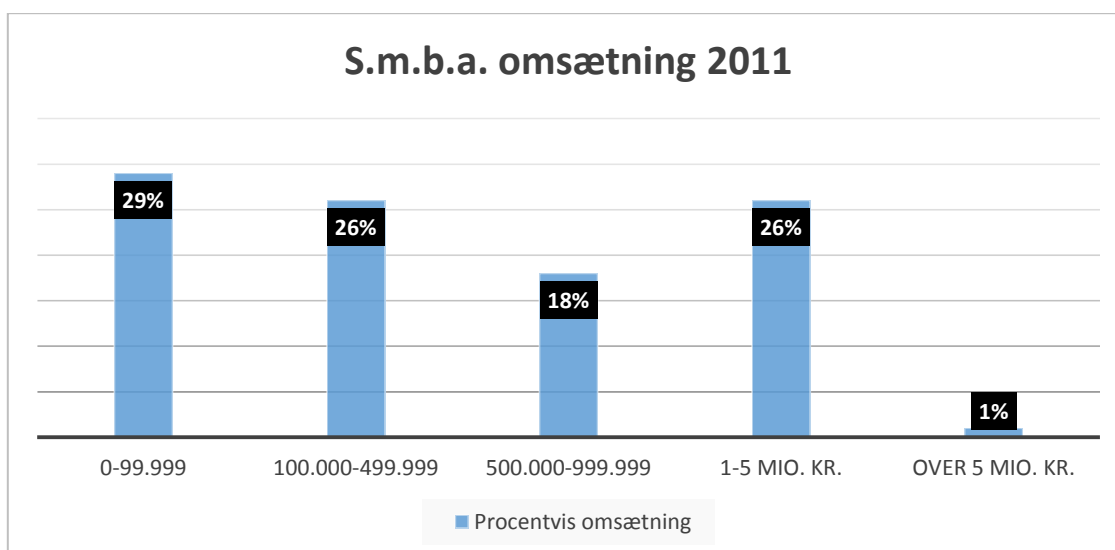
Regnskab og klassificering: Ved dette emne, er reglerne også relativt ens, men hvilken størrelse har S.m.b.a.'erne egentligt? For er det da relevant, at der er lempelige krav til små virksomheder, hvis ikke det typiske S.m.b.a. kan benytte sig af dem. I afsnittet vedrørende IVS antages det, at de fleste IVS bliver defineret som helt små virksomheder eller små virksomheden. Tærskler for, at et S.m.b.a. kan fravælge revision er:

Balancesum	7 mio. kr.
Nettoomsætning	14 mio. kr.
Heltidsbeskæftigede gennemsnitligt	10

TABEL 8: Egen tilvirkning



FIGUR 3: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, Neville & Engsig Sørensen, 2012, s. 352)



FIGUR 4: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, Neville & Engsig Sørensen, 2012, s. 353)

Ud fra de to ovenstående tabeller kan det udledes, at langt de fleste S.m.b.a.'er kan fravælge revisor, og på trods af manglende information om balance, ligger langt de fleste under tærsklerne i både omsætning og medarbejdere.

Derfor vil størrelserne på S.m.b.a.'er og IVS'er være forholdsvis ens. Dette er igen en indikator på, at det er de samme, som valgte S.m.b.a.'er, som nu vælger IVS'er. Det vil ikke være regnskabsaflæggelse, som udgør forskel på de to selskabsformer. Det typiske S.m.b.a. og IVS vil have lempelige krav til deres regnskabsaflæggelse.

Selskabsledelse: Her er en af de mest mærkante forskelle på S.m.b.a. og IVS. S.m.b.a.'et har krav om to aktive deltagere og krav om adskillelse for ApS.

For at begynde med kravet om to aktive ejere, så er det langt fra en tiltrækkende faktor. Betragter vi figur 2 ovenfor, viser den, at krav om to deltagere er den faktor, som har mindst betydning for valget af S.m.b.a. Kravet om to aktive deltagere har en faktor på 3 ud af 5, ikke at dette alene giver mening, men det faktum at det er den mindst betydende faktor, viser, at det ikke er noget, som er udslagsgivende. Det faktum, at der skal to deltagere til at stifte selskabet, og de igennem driften af selskabet begge skal være aktive, er alt andet lige mere besværligt end hvis der kun var krav om en aktiv deltager, som der er ved IVS. Dette krav, at der skal tages stilling til flere problemstillinger, end man skal ved alene at stifte et IVS. Der skal tages hensyn til fordeling af overskud, daglige arbejdsopgaver, beføjelser mm. Modsat et IVS, hvor der er frihed til at stifte selskabet alene, og skulle der optages en medarbejder, vil man kunne tage stilling til dette i det tilfælde, at dette skulle ske. Alt andet lige er dette en forbedring ved IVS.

Adskillelseskravet er igen en markant forskel på et S.m.b.a. og et IVS. Der var nemlig krav om, at et S.m.b.a. skulle adskille sig fra ApS igennem selskabets vedtægter. Det er dette krav, som definerer forskellen på selskabsformerne. IVS'et er en delmængde af ApS'et, og derfor skal et IVS have vedtægter som et ApS. Dette er en klar forbedring ved IVS'et i forhold til S.m.b.a.'et. Adskillelseskravet gjorde, at hvis ikke det fremgik tydeligt af vedtægerne, at formålet med selskabet var et S.m.b.a., men et ApS, blev det betragtet som omgåelse, og selskabet skulle leve op til kapitalkravene ved et ApS. Det må formodes, at omgåelse til tider har været tilfældet, da det på daværende tidspunkt var kapitalkravet til et ApS 125.000 kr., og derfor må det have været fristende at opnå begrænset hæftelse til 1 kr. fra 2006 og frem til 2014. Derfor må det være en klar fordel, at man kan lave vedtægterne, så de passer til de faktiske forhold.

Skattemæssige forhold og penge ud: Hertil er der reelt ikke den store forskel på de to selskabsformer. Ved skattemæssige forhold, bliver selskabet beskattet med selskabsskatteprocenten i 2016 på 22%. Derudover kan stiftere trække penge ud som udbytte eller som løn for arbejde i selskabet. Som eneste forskel er der en begrænsning ved IVS, hvor der er en bunden reserve på 50.000 kr., så der ikke kan udloddes udbytte, før der er opbygget en selskabskapital på 50.000 kr.

Skift af form: Ved skift af form eller omstrukturering af selskabet, er der markant forskel på S.m.b.a. og IVS. Ved IVS'et ligger der op til en naturlig skift af form til et ApS. Den bundne reserve på 50.000 kr. gør, at det for et IVS, når den har opsparet en selskabskapital på 50.000 kr., vil være naturligt at skifte til et ApS, da ApS har en bedre status end IVS.

Et S.m.b.a. har ikke mulighed for at blive omdannet til et ApS eller et A/S, derudover er der heller ikke en mulighed for et S.m.b.a. at fusionere med ApS eller A/S. Et S.m.b.a. kan fusionere med A.m.b.a. og F.m.b.a., dog må fusionen ikke resultere i et nyt S.m.b.a. Denne proces ved skift af form ved S.m.b.a. anses for at være begrænsende. Modsat er det markant nemmere ved IVS. Dette må siges at være en forbedring af forholdene.

Afrunding: Indtil videre i denne redegørelse fremstår S.m.b.a. som en fungerende selskabsform, dog med visse besværligheder. Hvorfor bliver denne selskabsform udfaset og erstattet med IVS? Betragter vi først EU-domstolene, er det efter Centros-, Überseering- og Inspire Art-dommene blevet nødvendigt at foretage ændringer af den danske selskabsret for at få selskaber til at etablere sig igennem moderselskab i Danmark, frem for filialer, datterselskaber og agenturer. Derfor bliver de danske myndigheder nødt til at konkurrere med de engelske Ltd. Det må antages, at dette har været et af argumenterne for afskaffelsen af opkrævningsloven § 11a i 2006. Hertil blev der intet krav om personlig hæftelse for selskabskapital op til 110.000 kr. Tyskerne har allerede i 2008 etableret UG'et som deres måde at konkurrere med det engelske Ltd. Tyskernes UG er en delmængde af GmbH, ligesom det senere IVS også er en delmængde af ApS. Hvorfor blev S.m.b.a. så udfaset? Ser man på nedenstående tabeller, findes en del af svaret:

Virksomhedsform	Stiftede 2007	Aktive ultimo 2009	Ophørte	Stiftede 2009	Aktive ultimo 2011	Ophørte
Enkeltmandsvirksomhed	22.055	15.762	28,5 %	17.026	12.024	29,4 %
ApS	24.883	21.011	15,6 %	14.249	12.035	15,5 %
Selskab/Forening med begrænset ansvar	128	79	38,3 %	700	414	40,9 %

TABEL 9: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, Neville & Engsig Sørensen, 2012, s. 399)

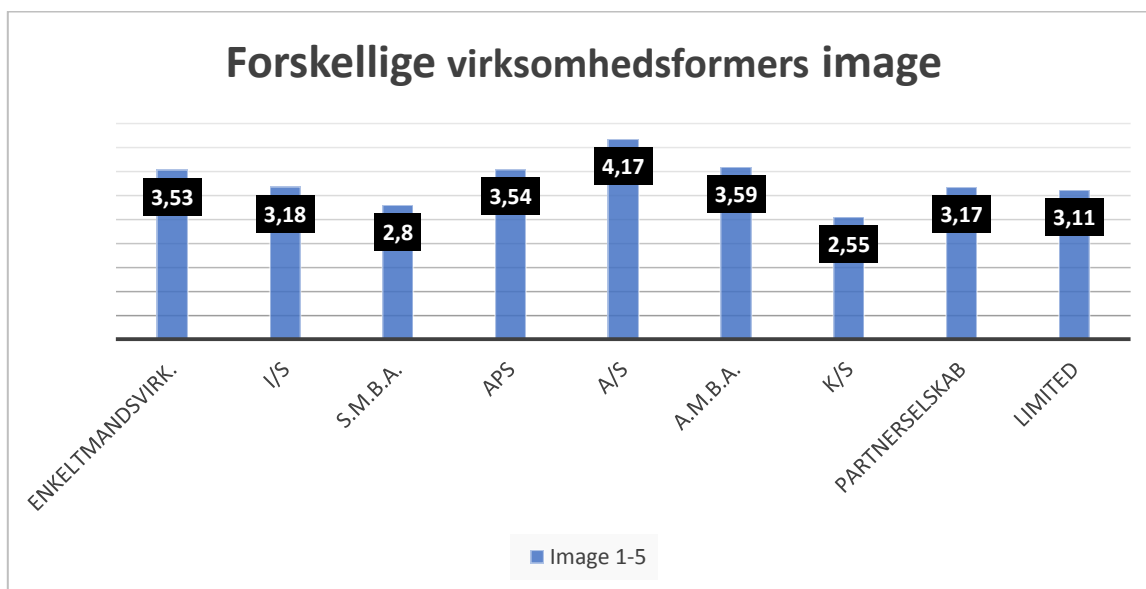
Her ses hvor mange af stiftede selskabsformer i 2007 og 2009, der ophørte efter to år, i henholdsvis 2009 og 2011. Hertil kan det ses, at 38,3 % af de S.m.b.a. stiftet i 2007 var ophørt i 2009, og 40,9 % af de stiftede S.m.b.a. i 2009 var ophørt i 2011. Betragter man derimod ApS, ophørte omkring 15,5 %, hvilket er markant lavere.

Det mest i øjefaldende ved denne tabel er dog ikke, at procenten af ophørte S.m.b.a. er højere end ApS. Derimod er der en voldsom forskel på, hvor mange selskaber der bliver stiftet, hvilket indikerer et problem. I 2007 blev der stiftet 128 S.m.b.a. og i 2009 blev der stiftet 700 S.m.b.a. Der var altså en udvikling i nystiftede S.m.b.a., men i 2007 blev der stiftet 24.883 ApS og i 2009 blev der stiftet 14.249 ApS. Der er altså en markant forskel i anvendelse af ApS og S.m.b.a. Dette kan have været tegn på, at S.m.b.a. har været en for besværlig selskabsform, og den begrænsede hæftelse uden kapitalkrav ikke har været tiltalende nok til at leve med besværlighederne.

Det tyder derimod på, at der i stedet blev stiftet personlige enkeltmandsvirksomheder – her blev der stiftet 22.055 i 2007, og 17.026 i 2009. Lige under 30 % ophørte efter 2 år, hvilket virksomhedsformens struktur med ubegrænset hæftelse stiller kreditorer bedre end ved S.m.b.a. Ud fra den ovenstående tabel kan en hensigt med IVS ses. Det er tydeligt, at ApS'er klarer sig bedre end både enkeltmandsvirksomheder og

S.m.b.a.'er. Dette må antages at have været et argument for at inddrage IVS som en delmængde af ApS, ligesom den tyske regering havde gjort med deres UG.

I sammenhæng med de ovenstående tabeller påvirker disse statistikker de forskellige selskabsformers image. Nedenfor vil de forskellige danske selskabsformers samt det engelske Ltd.'s image blive illustreret:



FIGUR 5: Egen tilvirkning (Festskrift til Erik Werlauff, Neville & Engsig Sørensen, 2012, s. 356)

Tabellen viser, hvorledes K/S og S.m.b.a. har det dårligste image, og derudover vises det, hvorledes ApS og A/S har det bedste image. Derudover kan det ses, at det engelske Ltd. har et bedre image end både det danske S.m.b.a. og K/S. En forklaring på S.m.b.a.'s image kan findes i tabel 9. Den høje ophørsprocent kan tyde på, at selskaber ikke blev drevet godt, og at selskabsformen ikke har været specielt udbredt, hvilket ikke er godt for et selskabs image. Det fremmede og ukendte indbyder til en naturlig skepsis. Det, at engelske Ltd. har et bedre image end S.m.b.a., er et klart signal om, at der er brug for omstrukturering i den danske selskabsret.

Som en sidebemærkning kan betydning af sikkerhed for kreditorer samt betydning af kendskab til selskabsformen udledes af de ovenstående tabeller. Betragter man enkeltmandsvirksomheder, blev der stiftet mange i begge sammenlignede år, og begge år lå ophørsprocenten lige under 30 % – dette er ikke en imponerende statistik. Dog virker dette ikke til at have den store betydning, når man betragter tabellen vedrørende image. Igemæssigt er enkeltmandsvirksomhed næsten lige så velanset som ApS. Hertil kan det antages, at den ubegrænsede hæftelse har betydning for virksomhedsformens image. Det kan muligvis være, at enkeltmandsvirksomhed har en høj ophørsprocent, men kreditorerne har mulighed for at få deres udestående med enkeltmandsvirksomheden tilbage. Det kan være med baggrund i dette, at de danske

myndigheder forsøger sig med et krav om en bunden kapital i IVS for at give kreditorer en smule sikkerhed, da dette har en positiv effekt på selskabsformens image.

Afhængig af hvorledes man vurderer de to selskabsformer, kan man komme frem til om S.m.b.a. er en forløber for IVS eller ej. Betragter man hændelsesforløbet var ophævelsen af kapitalkravet til S.m.b.a. en reaktion på Centros, Überseering og Inspire Art, og de nye friheder til at etablere sig, således man kan slippe for nationale kapitalkrav uanset, hvor man er bosiddende, og hvor man har sin erhvervsmæssige aktivitet. S.m.b.a. har vist sig upopulært, og ændringen ved personlig hæftelse ved ikke-indbetalt selskabskapital gav et boom i stiftelse af selskabsformen, men løftede ikke selskabsformen op i nærheden af samme popularitet som ApS. Derfor var det nødvendigt med en ændring af selskabsretten, da S.m.b.a.'et tabte til det engelske Ltd. Derfor indførte de danske myndigheder selskabsformen IVS i 2014, og i samme håndvending blev S.m.b.a. udfaset begyndende med, at der fra 2014 ikke kunne stiftes flere S.m.b.a.'er. Den nye selskabsform IVS blev en delmængde af ApS, som både med ophørsprocent og image klarede sig rigtig godt. Derudover er selskabsformen enklere, med inspiration i det tyske UG, som blev indført i 2008.

2.6 Iværksætterselskab – opgør med S.m.b.a. og tilpasning til EU

2.6.1 Indledning

Tidligere kapitler har bearbejdet udviklingen inden for den europæiske og danske selskabsret. Dette kapitel vil omhandle IVS'et og reglerne herom. For at forstå reguleringen af IVS'et, er det nødvendigt at forstå de generelle forudsætninger og karakteristika af denne selskabsform.

Her er fem grundlæggende karakteristika ved IVS'et:

I: IVS'et er en speciel variant af et ApS. Med det skal det forstås, at der som sådan ikke er udarbejdet en helt ny selskabsform. IVS er blot en udgave af ApS, hvor reguleringen for begge selskabsformer er den samme og følger Selskabsloven, dog er der enkelte særregler for IVS'et – disse er tydeligt angivet i lovgivningen ved de relevante love (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s. 40).

II: Anpartskapital i et IVS kan ligge imellem 1-49.999 kr. Med dette skal det forstås, at et IVS kan stiftes for 1 kr. De lavere krav til anpartskapital, har midlertidigt ikke nogen betydning kravene til selskabs ledelses vedrørende forsvarligt kapitalberedskab, hvilket vil sige, at der er samme krav til kapitalberedskab, som ved ApS (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s. 41). Det vil blive uddybet i senere afsnit.

III: Der er krav om, at et IVS opbygger en bunden reserve, og der er krav herom, at mindst 25 % af et eventuelt overskud skal henføres til denne bundne reserve indtil der er opsparet 50.000 kr., og det er først

herefter der kan udloddes udbytte. Dette står i kontrast til regler, som omfatter ApS'et, hvor der ikke er nogle regler om tvunget opsparing af overskud (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s. 43).

IV: Der er en betinget fri reserve på maksimalt 75 % af et eventuelt overskud.

V: IVS kan omregistreres til et ApS. Det kan ske, når selskabskapitalen og den bundne reserve udgør 50.000 kr. Betingelserne og muligheder herfor vil blive uddybet i kommende afsnit (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s. 48).

Dette var et kort overblik over IVS'et struktur, og herefter vil de mest relevante emner blive behandlet faktisk.

2.6.2 Indskud og hæftelse

Indskuddet er et af kendetegnene ved et IVS. Indskuddet er på 1 kr. Indskuddet kan kun indbetales kontant, og det kan derfor ikke indbetales ved apportindskud.

Hæftelse er et af de tungeste salgargumenter ved IVS'et. Hæftelsen er begrænset, og derved hæfter et nystiftet IVS med en indskudskapital på 1 kr., kun for den ene krone, som de har indskudt ved stiftelsen (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 44). Fremover vil IVS'et hæfte med den værdi, som selskabet som retssubjekt råder over. Det vil sige, selskabet også hæfter med fremtidigt overskud, og hertil skal der gøres opmærksom på, at IVS'et er tvunget til at opspare minimum 25 % af et eventuelt overskud, jf. overblikket. Dette betyder dog i mellemtiden ikke, at selskabet kan agere, som det lyster – ledelsen kan, på samme vilkår som ved ApS og A/S, blive holdt erstatningsansvarlig ved grov uagtsomhed og misligholdelse af pligter. Dette vil blive behandlet i afsnittet "selskabsledelse".

2.6.3 Regnskabskrav og klassificering

IVS'et hører til regnskabsklasse B, og typisk vil det blive defineret, som en mikrovirksomhed. Dette betyder, at IVS'et skal leve op til ÅRL §§ 22 a-b. En mikrovirksomhed har en lang række lempelser. For at kunne blive defineret som en mikrovirksomhed, må man ikke overskride to af de følgende tærskler i to på hinanden følgende år:

Balancesum	2,7 mio. kr.
Nettoomsætning	5,4 mio. kr.
Heltidsbeskæftigede gennemsnitligt	10

TABEL 10: Egen tilvirkning (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 45)

Kan man leve op til disse betingelser, vil man blive betegnet som en mikrovirksomhed. En mikrovirksomhed skal indsende årsregnskab, men der er lempelser med hensyn til noter, samt ingen krav til opgørelse af egenkapital.

Der er dog nogle betingelser til mikrovirksomheder, som gør, at ikke alle IVS'er kan falde ind under denne betegnelse. En mikrovirksomhed må ikke have et datterselskab eller en associeret virksomhed, hvilket udelukker holdingselskaber som mikrovirksomheder. Derudover må en mikrovirksomhed heller ikke udelukkende drive forretning ved investering i værdipapirer, fast ejendom mv. Hertil må en mikrovirksomhed ikke have aktiver eller forpligtelser i form af terminskontrakter eller optioner mv.

Såfremt IVS'et overskrider tærsklerne, som definerer en mikrovirksomhed, vil IVS'et blive klassificeret i regnskabsklasse B. Betingelserne for regnskabsklasse B er således, at en virksomhed ikke må overskride to af de følgende tærskler i to på hinanden følgende år:

Balancesum	36 mio. kr.
Nettoomsætning	72 mio. kr.
Heltidsbeskæftigede gennemsnitligt	50

TABEL 11: Egen tilvirkning (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 45)

Overskrider en virksomhed ikke disse tærskler i den pågældende periode, vil virksomheden blive defineret, som en regnskabsklasse B-virksomhed. (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 45).

Som udgangspunkt skal et selskabs årsrapport revideres af en godkendt revisor, men grundet IVS'ets ofte beskedne størrelse, kan IVS'er ofte falde ind under definitionen af helt små selskaber. Definitionen herpå er, at selskabet ikke må overskride to af de følgende tærskler i to på hinanden følgende år:

Balancesum	4 mio. kr.
Nettoomsætning	8 mio. kr.
Heltidsbeskæftigede gennemsnitligt	12

TABEL 12: Egen tilvirkning (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 46)

Kan selskabet overholde dette, vil det blive defineret som et helt småt selskab. Til helt små selskaber er der intet krav om revision.

Kan et IVS ikke leve op til den ovenstående definition på et helt småt selskab, kan den muligvis stadig blive defineret som et småt selskab. De små selskaber bliver defineret således, at de ikke må overskride to af de følgende tærskler i to på hinanden følgende år:

Balancesum	36 mio. kr.
Nettoomsætning	72 mio. kr.
Heltidsbeskæftigede gennemsnitligt	50

TABEL 13: Egen tilvirkning (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 46)

Overskrider et selskab ikke dette, er det defineret, som et småt selskab. Hertil kan selskab undlade fuld revision og i stedet vælge en erklæringsstandard med en udvidet gennemgang af deres regnskab efter de internationale regnskabsstandarder om review (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 46).

2.6.4 Selskabsledelse

Beslutningsmåde indadtil

Da IVS'et er en delmængde af ApS'et, er det de samme regler, som er gældende vedr. beslutningsprocessen. Derfor bliver beslutningerne taget på generalforsamling, jf. SL §§ 76-110. Simpelt flertal, jf. SL § 105, afgør de fleste beslutninger såsom godkendelse af regnskab og valg af ledelse. Ved vedtægtsændringer kræves der dobbelt 2/3-flertal, jf. SL § 106. Ofte når det drejer sig om IVS'er, er det blot ejerlederen, som er generalforsamlingen, og derfor har ejerlederen mulighed for at protokollere sine beslutninger, jf. SL § 76, stk. 2 og 3.

Såfremt IVS'et skifter form til ApS, kommer der yderligere krav. Er der 35 medarbejdere i selskabet regnet på heltid gennem tre år, vil der være pligt til at etablere bestyrelse eller et tilsynsråd, afhængigt af hvilken ledelsesstruktur man vælger, jf. SL § 111 – sammenholdt med SL § 140 om medarbejdervalgte medlemmer af det øverste ledelsesorgan.

Det ledelsesmæssige niveau er reguleret efter SL § 111-143. Som i det ovenstående vil det ofte også være ejeren, som har den daglige ledelse (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 44).

Ledelse og ejer kan holdes personligt erstatningsansvarlige

Ved særlige omstændigheder kan både ejer og ledelse personligt blive holdt erstatningsansvarlige. Iværksætter-anpartshaver kan blive erstatningsansvarlig, jf. SL § 361, og direktionen kan blive erstatningsansvarlig efter SL § 362. Ledelsen kan blive erstatningsansvarlige ved simpel og grov uagtsomhed, hvor ejer kun kan blive erstatningsansvarlig ved grov uagtsomhed (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 44). Dette er vigtige informationer at tage i betragtning i valget af et IVS. Såfremt man forventer, at hæftelsen er begrænset til 1 kr., så forudsætter det, at selskabet bliver drevet forsvarligt, og hvis dette ikke er tilfældet, kan der komme yderligere hæftelse, i form af personligt erstatningsansvar.

2.6.5 Skattemæssige forhold

Generelle skatteforhold

Som nu fastslået flere gange er IVS'et en udgave af et ApS, og derfor er de skattemæssige forhold de samme for et IVS som et ApS. Dermed beskattes IVS'et med 22 % af deres nettoindkomst. Selskabet har derudover fradrag for driftsomkostninger, jf. Statsskatteloven § 6. Dette sikrer fradrag for ejer-lederens løn til sig selv. I den situation at IVS'et har underskud, kan dette fremføres til fradrag i senere indkomstår, i det omfang det ikke kan rummes i tidligere års indkomst, jf. SEL § 12, stk. 3. Derudover, hvis IVS'et ejer anparter i andre IVS'er, ApS'er eller A/S'er, kan det sælge sådanne anparter skattefrit – på den måde kan IVS'et, hvis det fungerer som et holdingselskab, sælge drift-IVS'et skattefrit (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 46).

Skattedisposition ved salg

Ved et eventuelt salg af et IVS, er der disse muligheder:

Virksomhedssalg: IVS'et sælger sin virksomhed, hvorved selskabet er skattepligtigt af salget – dette påvirker ikke ejerens privat økonomi, men blot selskabet. Selskabet skal betale skat af avancer samt genvundne afskrivninger. Der kan opnås et skattefrit salg i det tilfælde, at der er tale om skattefri tilførsel af aktiver, jf. betingelserne i FUSL §§ 15 c-d. Det vil her være afgørende, at køberen som vederlag anvender aktier eller anparter, udstedt af køber (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 48).

Salg af aktier/anparter: For et IVS vil der være tale om salg af anparter. Det vil være i form af kapitalandelene eller en stemmemajoritet af disse. Medmindre der er tale om en skattefri aktieombytning, jf. ABL § 36, eller salget foretages af et holdingselskab, så medfører dette aktieavancebeskatning hos ejeren af anparterne.

Fusion: Her overtages selskabet og vil dermed ikke længere være eksisterende i dens tidligere form, og derfor udløses ophørsbeskatning for selskabet, hvilket medfører afståelsesbeskatning for ejeren. Der kan dog være tale om en skattefri fusion, jf. kapitel 1 i FUSL, såfremt vederlaget er bestående af aktier, eller en kontant udligningssum, der vil udløse beskatning. Ejeren kan ligeledes opnå skattefrihed ved salget, som tidligere beskrevet, hvis selskabet ejes af et holdingselskab, der ejer 10 % af kapitalen/har stemmemajoritet, jf. ABL § 4 A eller § 4 B – men selve IVS'et som selskab vil grundet sit ophør ikke opnå skattefrihed.

Spaltning: Ønsker ejeren/ejerne af IVS'et at sælge en del af selskabet, kan det gennemføres ved en grenspaltning, eller ønsker man at sælge helheden af selskabet, kan dette opnås gennem ophørsspaltning, hvor selskabet overgår til flere modtagende selskaber. Ligeledes vil dette udløse beskatning for selskabet og ejeren. Som nævnt ovenfor, kan ejeren (og ikke selskabet) dog opnå skattefrihed, hvis betingelserne i FUSL §§ 15 a-b er opfyldt, og der derfor er tale om skattefri spaltning – ellers kan skattefriheden ligeledes

indtræde, hvis IVS'et ejes af et holdingselskab, jf. ABL § 4A eller § 4B (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 49).

2.6.6 Penge ud

Ved et IVS er der to måder at få midler ud af selskabet. Enten som løn for arbejdet i selskabet eller som udbytte. Betragter man overblikket i starten af dette kapitel, redegør dette for, at IVS'et i form af et IVS kun har en mulighed for at tage penge ud. Grundet den bundne reserve på 50.000 kr. kan et IVS kun udbetale udbytte af anpartskapital over 50.000 kr. – derfor kan et IVS først udlodde udbytte, når det reelt ligeså godt kunne være et ApS. Alligevel vil vi behandle dette som en mulighed for at få midler ud af selskabet, men det er vigtigt at være opmærksom på den bundne reserve.

Udbytte

Udbytte fra selskabet vil udløse aktieavancebeskatning hos ejeren, og dermed en skatteprocent på 27 % af de første 50.600 kr. og 42 % af resten – så dette afhænger af, hvorvidt progressionsgrænsen overskrides. Der er ikke fradrag for udbyttet hos selskabet. Som beskrevet ovenfor skal selskabskapitalen og den bundne reserve tilsammen mindst udgøre 50.000 kr., jf. SL § 357 b, stk. 2.

Vederlag i form af løn

Indtil den bundne reserve er opbygget således, at selskabet kan omdannes til et ApS og udlodde udbytte, er den eneste måde at få penge ud på at udbetale løn. Dette kræver, at ejeren er ansat som direktør i selskabet. Der gælder ingen lovmæssig begrænsning til lønnen. Ejeren/direktøren vil blive personbeskattet af lønindtægten (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 47).

Omgåelse af udbyttebegrænsningerne

Selv om det i ovenstående afsnit blev beskrevet, hvorledes at der er opstillet generelle udbyttebegrænsninger ved et IVS, er der en mulighed for at trække kapital ud af selskabet, før selskabskapitalen og den bundne reserve er 50.000 kr. Der er mulighed for at få sit overskud udbetalt. Dette foregår ved, at foretage en kapitalnedsættelse svarende til de 75 % af overskud, hvor denne kapital nedsættes og bliver udbetalt til den ultimative ejer. Dette bliver beskattet på samme vilkår som udbytte, derved slipper man ikke for beskatningen, men man har mulighed for at få sit overskud udbetalt straks (Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 291).

2.6.7 Skift af form

Hele formålet ved IVS'et er, at man kan få en form for ApS til 1 kr. Derfor ligger lovgivning op til, at man omregistrerer sit IVS til et ApS, når midlerne til at opfylde kravene til et ApS foreligger. Når et IVS' selskabskapital og bundne reserver udgør mindst 50.000 kr., kan selskabet omdannes til et ApS, jf. SL § 357 c,

stk. 2. Det kræver først, at generalforsamlingen godkender at forhøje selskabskapitalen til 50.000 kr. ved udstedelse af fondsanparter, jf. SL § 165. (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 49).

Derudover kan man også omdanne direkte fra IVS til A/S, såfremt kapitalen lever op til kravene til et A/S på 500.000 kr. (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 50).

2.7 LL § 16E – skattemæssig restriktion for danske bosiddende med udenlandsk selskab

Der har i Danmark været en stigende tendens til ulovlige aktionærlån, hvor man i 2010 gennem SKAT's compliance-undersøgelser samt en undersøgelse af FSR fandt, at der var 15.000 ulovlige aktionærlån med et udestående på ca. 4 mia. kr. (Skatteministeriet, 2011/1 LSF 199, s. 10). Konstateringen af dette medførte derfor, at der i 2012 via lov 199 kom en gennemgribende restriktiv regel vedr. lån ydet fra selskabet til en hovedaktionær. Med indførelsen af Ligningslovens (LL) § 16E betød det fremover, at lån som hovedaktionæren tog i selskabet, skulle beskattes, samtidig med at hovedaktionæren blev beskattet ved tilbagebetaling af lånet. Dette indførtes med virkning for lån opstået fra 14. august 2012. Reglen udgjorde en restriktion i EU-retligt sammenhæng, da den ligeledes gjorde sig gældende for danske hovedaktionærer i udenlandske selskaber (Werlauff & Rønfeldt: SPO.2013.267). Herunder vil der være en forklaring af LL § 16E's formål, samt hvilke konsekvenser restriktionen har medført.

2.7.1 LL § 16E – formål

I forvejen er der via SL § 210 indført forbud imod, at kapitalselskaber stiller midler direkte/indirekte til rådighed for, yder lån eller stiller sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet – dog er der i SL § 212 opstillet undtagelser for dette, hvor det er tilladt, såfremt lån mv. ydes til personkredsen i forbindelse med sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Den skattemæssige behandling af lån fra et selskab til en aktionær behandles, uanset om lånet er karakteriseret som lovligt eller ulovligt – dvs. at lånet bl.a. forrentes med markedsrenten, og derudover foretages der justeringer, hvis markedsrenten ikke er opfyldt.

Af LL § 16E fremgår det således, at såfremt et selskab yder et lån, stiller midler direkte/indirekte til rådighed for eller stiller sikkerhed for en fysisk person, skal dette lån behandles efter skattelovgivningens almindelige regler om hævninger uden tilbagebetalingspligt – og her forudsættes det, at den fysiske person er aktionær med bestemmende indflydelse. Aktionærlånet beskattes derved allerede på udbetalingstidspunktet. En udbetaling medfører som regel udbyttebeskatning, men hvis aktionæren da er ansat i selskabet, og der på den måde er tale om aflønning for dennes arbejdsindsats, vil denne beskatning i stedet være af lønnen.

Formålet med LL § 16E har således været, jf. bemærkningerne til lovforslaget, at *”fjerne de eksisterende skattemæssige incitamentter til at optage aktionærlån som skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte i selskabet.”* (Skatteministeriet, 2011/1 LSF 199, s. 8). På den måde har det netop oftest været anvendt som

finansiering til privatforbrug, og er derved ikke blevet karakteriseret som hverken løn eller udbytte, og derfor har hensigten ikke været at tilbagebetale lånene. Derfor skal disse aktionærlån, som nævnt ovenfor, beskattes allerede på optagelsestidspunktet, for at fjerne den skattemæssige fordel, der kunne være ved denne hævning af 'maskeret' udbytte eller løn.

Denne regel er gældende for de aktionærer i selskabet, der har bestemmende indflydelse, eller såfremt der er en vis tilknytning mellem aktionær og selskab, f.eks. en koncernforbindelse (som beskrevet i LL § 2). Ud over dette, kan der være tale om danske hovedaktionærer, der optager lån fra udenlandske selskaber, som jo i visse landes selskabsret er lovligt – hermed er dette heller ikke tilladt, da LL § 16 E ikke skelner imellem, hvorvidt aktionærlånet er fra et dansk eller et udenlandsk selskab. Dog skal der ikke ske en beskatning af lånet, såfremt der er tale om de sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, eksempelvis hvor der sker regulering af mellemregningskonti (Skatteministeriet, 2011/1 LSF 199, s. 11). Dog må det antages, at såfremt denne mellemregning er til finansiering af hovedaktionærens privatforbrug, vil dette blive anset som lån omfattet af LL § 16E.

2.7.2 LL § 16E – EU-ret og konsekvenser af restriktionen

Som nævnt ovenfor ved formålet med LL § 16E, har der været manglende skattemæssige konsekvenser, og på den måde har det skabt økonomiske fordele at hæve løn og udbytte i form af skattefrie lån. Med denne restriktion i 2012, kunne man på den måde indlægge et 'strafelement' for modtageren, der skulle have incitament til at benytte sig af denne hævning. Af Domstolens dom d. 30. november 1995 i sag C-55/94 i Gebhard, er det understreget, at enhver national lovgivning hverken må udgøre en diskrimination eller en restriktion for nogen parter – hvorved en restriktion blev defineret som beskrevet i tidligere afsnit 2.3.3. Heri opstilledes der fire betingelser, som skal opfyldes: *"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."*

I EU-retten er der ingen regulering vedr. aktionærlån, og det er derfor overladt til medlemsstaterne selv, hvorledes det skal reguleres. F.eks. er dette tilladt i både England og Tyskland. I tilknytning hertil, skal det analyseres, om LL § 16E er EU-stridig? Dette er relevant at overveje med henblik på det EU-retlige diskriminations- og restriktionsforbud, samt med udgangspunkt i den førnævnte artikel 49 TEUF.

Ud fra LL § 16 E, stk. 1, fremgår der, at der ikke gøres forskel på, hvorvidt lånet ydes af et dansk eller et udenlandsk selskab – for på den måde at sikre sig, at der ikke i ordlyden er tale om diskrimination eller forskelsbehandling mellem selskaber i Danmark og udlandet. For at vurdere, hvorvidt denne restriktion er EU-retligt gyldig, skal der kigges på restriktionens egnethed og proportionalitet. Restriktionen vil ikke

nødvendigvis blive anset for tilladt EU-retligt, blot fordi den ikke diskriminerer i forhold til nationalitet (Werlauff & Rønfeldt: SPO.2013.267, s. 2). Her skal der gås dybere, for en restriktion skal, for at kunne være gyldig, retfærdiggøres af almene hensyn – endda tvingende almene hensyn, samt at restriktionen er egnet til at varetage netop dette hensyn, og at den ikke går videre end nødvendigt og på den måde hæmmer mere, end hvad der kræves. Derfor vil en restriktion, der hæmmer de grundlæggende friheder, selvom den ikke diskriminerer, i sidste ende ikke være tilladt.

LL § 16E er netop blevet kritiseret for at hæmme mere end nødvendigt og gå ud over, hvad den i bund og grund forsøger – nemlig at forbyde og mindske ulovlige aktionærlån, ved at gøre dette ulovligt for danske hovedaktionærer der vil låne fra et dansk eller udenlandsk selskab. Og netop dette, at det også omfatter en dansk hovedaktionærs valg i forhold til at låne penge fra et udenlandsk selskab, der tillader aktionærlån jf. det pågældende lands selskabslovgivning, gør, at restriktion bliver for vidtgående. Som ovenfor nævnt, jf. afsnit 2.3 om dommene, står det jo frit for medlemsstaterne, hvorledes de vil indrette deres lovregler, for på den måde ligeledes at kunne konkurrere om at være mest attraktive. Især efter Centros-dommen, blev dette forstærket, og på et sådant stadig uharmoniseret område som en hovedaktionærs lånemuligheder og behandlingen af dette jo er imellem landene, giver det anledning til forskelle og tilretninger, som den enkelte medlemsstat ønsker det – så længe det EU-retligt er egnet.

Dette krav om egnethed kan i sidste ende blive afgørende for LL § 16E's virke. For det bliver da i den grad også gjort uinteressant for danske hovedaktionærer, såfremt de havde i tankerne at stifte et selskab i en anden EU-medlemsstat, at de så 'fratages' retten til frit at låne penge fra deres selskab, grundet den høje danske beskatning af lånet. Her kommer det EU-stridige aspekt i billedet – og dette vil sandsynligvis ende ud i en domstolsprøvelse vedr. gyldigheden af LL § 16E. Sagen kan komme som en præjudiciel forelæggelse, der behandler hovedaktionærens modvillighed i at blive beskattet i Danmark af lovlige lån fra sit udenlandske selskab – eller det pågældende land eller Kommissionen kan vælge at anlægge sag mod Danmark, idet man ikke ønsker at blive påtvunget de danske selskabsretlige regler (Werlauff & Rønfeldt: SPO.2013.267, s. 3).

I forhold til de tvingende almene hensyn kritiseres LL § 16 E for dens manglende nødvendighed rent EU-retligt. Den kan retfærdiggøres mht. udelukkende danske anliggender, da man på den måde forbyder udtræk fra selskabet, som egentlig burde være defineret som udbytte eller løn, og på den måde får man fjernet incitamentet til disse ulovlige aktionærlån. Dog bliver det et problem rent EU-retligt, da restriktionen også går ud over og rammer selskaber med hjemsted i et andet EU-land. EU-retten er i det hele taget fortalende for, at der benyttes selskaber i andre lande – fusionsskattedirektivet muliggør oprettelse af holdingselskab i f.eks. England, og moder-/datterdirektivet muliggør et skattefrit flow af udbytte fra Danmark til f.eks. England. På den måde vil LL § 16 E sandsynligvis dumpe i forhold til proportionalitet og egnethed, da den ikke opfylder

ovenstående, og dermed påtvinger denne strenge danske restriktion på enhver dansk hovedaktionær, der vil engagere sig i et selskab uden for Danmark.

2.8 Central skatteretlig dom om skattepligt

En anden vigtig faktor, der spiller ind, er selve skattepligten, og hvor denne i den pågældende situation ligger. Drejer det sig om et udenlandsk selskab, fremgår det af SEL § 1, stk. 6, at et udenlandsk selskab med faktisk hovedsæde i Danmark er fuldt skattepligtigt her i landet – dvs. ubegrænset skattepligt i Danmark. Og netop her er det afgørende at se på, hvor den daglige ledelse af selskabet er.

Dommen om California Kleindienst, U1998.1534H, vedrørte hvorvidt en kapitaltilførselsafgift af en aktieudvidelse skulle betales. Spørgsmålet om dette blev afgjort ud fra, hvorvidt dette selskab havde hovedsæde i Tyskland eller i Danmark. Her blev det udledt, at det normalt er direktionen, der fokuseres på – direktionens ledelse lå i Danmark, og derudover var der ikke grundlag for at antage, at den daglige ledelse af selskabet ikke blev varetaget af direktionen. Højesteret konstaterede, at selskabets ledelse havde sæde i Danmark, og gjorde gældende, at der skulle betales kapitaltilførselsafgift hertil. Dommens udfald blev også skattemæssigt gældende, selvom der her 'blot' var tale om en kapitaltilførselsafgift.

Derved blev det klart; er der tale om et udenlandsk selskab, der ledes fra Danmark, så er dette fuldt skattepligtigt i Danmark og sidestilles med et dansk selskab skatteretligt – selvom den selskabsretlige del af det, hovedsædet, er udenlandsk.

Kapitel 3

IVS'ets anvendelsesmuligheder – IVS'et i forskellige roller

Dette afsnit vil omhandle IVS'ets anvendelsesmuligheder ud over dens funktion alene som selskab. Det lave indskud ved IVS'et giver mulighed for at opbygge selskabsstrukturer, som tidligere har været markant dyrere at udforme, og til dette er der en række fordele, man kan drage nytte af. Følgende vil se nærmere på hvilke anvendelsesmuligheder, IVS'et har og de deraf kommende fordele og ulemper.

3.1 Iværksætterselskabet som holdingselskab

Generelt har et holdingselskab kun til formål at eje kapitalandele i andre selskaber samt at adskille driftsselskabet fra den ultimative ejer. Selskabet har normalt derfor heller ikke erhvervmæssig aktivitet, og er ej heller momsregisteret. Det har hidtidig været ApS'er, som har fungeret som holdingselskaber, men IVS'ets tilblivelse har givet mulighed for at anvende dette i stedet (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015 s. 285).

3.1.1 Formålet ved at anvende denne struktur

Indkomstudjævning:

Ved at anvende et holdingselskab, har den ultimative ejer af det underliggende driftsselskab mulighed for at indkomstudjævne af skattemæssige hensyn uden at bibeholde overskud i driftsselskabet. Dette sker ved, at overskud fra driftsselskab kan overføres skattefrit til holdingselskabet, hvor den ultimative ejer kan disponere over midlerne. Udover blot at planlægge den mest optimale fordeling af udbytte af skattemæssige hensyn, kan den ultimative ejer også anvende midlerne i holdingselskabet til at foretage andre investeringer i fx andre selskaber (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015 s. 286).

Hæftelse:

En holdingstruktur kan kun bestå af juridiske enheder fra den ultimative ejer og ned ad. Derfor er driftsselskab en juridisk enhed med en hæftelse, som er begrænset til hvad den juridiske enhed, i dette tilfælde driftsselskabet, består af. Dog kan det være en fordel ikke at have unødvendig kapital stående i selskabet. Et driftsselskab hæfter med alt, hvad selskabet ejer, over for en tredje mand for de forpligtelser, som selskabet pådrager sig. Herved mindskes den ultimative ejers tab ved et eventuelt tab (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015 s. 285).

Mulighed for at anvende kapital to gange:

Når man stifter et IVS, har selskabet mulighed for at anvende selskabskapitalen, eller dele af den, til at stifte et nyt selskab. Det kræver naturligvis, at det oprindelige IVS var stiftet med nok kapital til at stifte et nyt.

Stiftes IVS-moder med 1.000 kr., kan IVS-datter stiftes for 100 kr. af moders selskabskapital (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015 s. 286).

Overdragelse:

En holdingstruktur giver mulighed for at slanke sit driftsselskab. Dette er en fordel ved overdragelse, når et selskab skal overdrages – hvad enten det er til ekstern part, eller det er som et led i et generationsskifte (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015 s. 287).

3.1.2 Ulemper ved denne struktur

Som følge af en holdingkonstruktion bliver der stillet højere krav til regnskab og bogføring. Der er krav om årligt regnskab for hvert selskab i holdingkonstruktionen. Til bogføring er der krav om, at de enkelte selskaber holdes adskilt. Sker der formuesammenblanding, ved at bogføringen ikke sikrer tilstrækkelig adskillelse imellem selskaberne, kan hæftelsesbegrænsningen blive tilsidesat, og der kan ske hæftelsesgennembrud.

Derudover gør udbyttebegrænsningerne ved et IVS, jf. SL § 357 b, stk. 2, at udbytte ikke kan udbetales før selskabets selskabskapital + den bundne reserve udgør 50.000 kr. Dette er et punkt, man skal være opmærksom på ved anvendelse af IVS i en holdingstruktur (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015 s. 288).

3.1.3 Udbetalingsmuligheder fra et Iværksætter-holdingselskab

Generelt om udbetaling fra IVS i holdingstruktur

Der gælder ingen særregler for udbytte ved IVS i forbindelse med en holdingstruktur. Der gælder præcis de samme regler for udbetaling af udbytte, som ved et almindeligt IVS. Det betyder altså, at der ikke er mulighed for at udbetale udbytte før omregistreringsniveauet er opnået.

Udbetaling fra holding-IVS med datter-IVS

Dog er der mulighed for, at som beskrevet under "Penge ud" i afsnit 2.6.6, at foretage en kapitalnedsættelse til overkurs. Dette kan også lade sig gøre i en holding-konstruktion. Derved er der mulighed for at føre overskuddet minus den bundne reserve op i moderselskabet.

Derudover er der mulighed for, at moderselskabet gennemfører en kapitalforhøjelse. Dette kan ske, jf. SL § 165. Baggrunden for denne kapitalforhøjelse kan ske på baggrund af værdistigning af IVS-datterselskabet, hvilket medfører, at de iværksætter-anpartar som moder har i datter bliver mere værd. Værdiansættelse af IVS-datterselskabet skal ske efter ÅRL kap. 7, for at kapitalforhøjelse kan retfærdiggøres (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s. 291).

3.2 Iværksætterselskabets rolle i et kommanditselskab

Det kommende afsnit vil omhandle IVS som komplementar i et kommanditselskab. Først vil de generelle forhold og formål vedrørende K/S blive beskrevet. Dette vil give et indblik i, hvorfor IVS er særlig godt at anvende som komplementar, når man betragter formålet med et K/S.

3.2.1 Generelt om Kommanditselskab

For at de følgende underafsnit skal kunne forstås optimalt skal det fastslås, at et K/S er bestående af mindst en komplementar, typisk kun én. Hertil består selskabet af en eller flere kommanditister.

Indskud og hæftelse

Ved dette punkt er det ikke så simpelt, som ved IVS, ApS og A/S. Der er ingen lovmæssige rammer. Dette bliver nærmere defineret i K/S-kontrakten (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 94). For komplementaren er det dog forholdsvis simpelt. Komplementarens indskud bliver fastsat ved K/S-kontrakten, ligesom ved kommanditisternes indskud, men komplementaren hæfter ubegrænset som den eneste i K/S'et.

Kommanditisternes indskud bliver også fastsat ved K/S-kontrakten, hvor størrelse vil være afhængigt af projektet. Det fastsættes i K/S-kontrakten, hvor meget der skal betales i indskud, og hvor meget kommanditisten hæfter for. Kommanditisten hæfter ikke blot for det, der er indbetalt, men også for den samlede andel i K/S'et. Ydermere hæfter alle kommanditisterne solidarisk for den ikke-indbetalte kapital ved en eventuel konkurs (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 95).

Et eksempel herpå: Det fastsættes i K/S-kontrakten, at 1 mio. kr. indbetales, og der hæftes for 1 mio. kr. yderligere, og K/S'et består af 5 kommanditister og 1 komplementar. En konkurs indtræffer.

Komplementaren var et til lejligheden stiftet IVS med en selskabskapital på 1 kr., hvilket ikke dækker meget af gælden. 4 af de 5 kommanditister er midlertidigt gået konkurs. Det stiller den sidste kommanditist i den situation, at kommanditisten hæfter for alle de 5 mio. kr., som kommanditisterne tilsammen hæftede for, ved siden af deres indbetalte kapital. Dette eksempel kan forekomme en anelse ekstremt men illustrerer godt den solidariske hæftelse mellem kommanditisterne.

Regnskabskrav

Alle selskabsformer er underlagt bogføringsloven, og skal leve op til de krav, den angiver. Kravene til regnskabet derimod, er for et K/S er afhængig af, om komplementaren er en fysisk person eller et kapitalselskab. Der er ikke krav om regnskab, såfremt komplementaren er en fysisk person, jf. ÅRL § 60 – herved er der også en fysisk persons økonomi til at bære den begrænsede hæftelse. Er komplementaren i stedet et kapitalselskab, jf. ÅRL § 3, skal der aflægges årsrapport efter ÅRL § 4 (Werlauff: Valg af

virksomhedsform, 2015, s. 97). K/S'et kan dog helt slippe for at aflægge selvstændig årsrapport, også med et kapitalselskab som komplementar, hvis K/S'et indgår i et A/S eller et ApS' årsrapport, såfremt dette A/S eller ApS har hjemsted i Danmark eller EU/EØS, jf. ÅRL § 5. Her kan K/S'et i stedet indsende en undtagelseserklæring efter ÅRL § 146, stk. 1, 2 eller 3 (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 97).

Selskabsledelse

K/S'et er kendetegnet ved, at der er simple lovmæssige krav til selskabsformen, herunder også ledelse af selskabet. Krav hertil er, at komplementaren skal have reelle forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser. Ud over dette er der ingen formmæssige krav. Dog vil det være en fordel, at der bliver taget stilling til magt, penge og exit i K/S-kontrakten (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 96).

Skattemæssige forhold

K/S er igen ikke som de selskabsformer, vi tidligere har været behandlet i denne opgave. Selskabet er skattemæssigt transparent, hvilket vil sige, at beskatningen sker løbende ved den enkelte kommanditist.

For det første kan hver enkelt kommanditist få fradrag for det beløb, kommanditisten hæfter for i alt. Hertil skal der føres individuel fradragskonto, som følge af den skattemæssige transparens, som skal styre det maksimale fradrag, og hvor meget der løbende bliver fradraget. Formålet er, at fradraget kun kan anvendes en gang. En komplementar får ikke mulighed for skattemæssige fradrag grundet den ubegrænsede hæftelse (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015 s. 97).

Grundet den skattemæssige transparens bliver K/S' resultat beskattet ude ved de enkelte deltagere. Beskatningen bliver opdelt efter hver enkeltes andel af: driftsoverskud/-underskud, finansindtægt/-udgift mv. Hertil kan de enkelte deltagere selv vælge, hvorledes de vil skattemæssigt afskrive inden for afskrivningslovens rammer (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 98).

Er deltageren en fysisk person, bliver et overskud beskattet, som personindkomst, hvis ikke det bliver defineret som aktie- eller kapitalindkomst. Hertil kan den fysisk person vælge at bruge virksomhedsskatteordningen eller kapitalafkastsordningen. Er deltageren derimod et kapitalselskab bliver det beskattet efter SEL. Underskud kan fradrages efter deres art, hhv. person-, kapital- eller aktieindkomst.

Kommer et K/S til at rumme mere end 10 deltagere vil dette blive betragtet som en passiv investering, og derved vil underskud udelukkende kunne fradrages i fremtidig indtægt fra K/S'et (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 99).

Indskuddet, som deltagerne indskyder i selskabet, er der ikke samme fradragsmuligheder for, som ved hæftelsesbeløbet. Deltagerne har mulighed for afskrivninger for de anskaffelser, som K/S'et foretager sig.

Derfor kan der være mulighed for afskrivninger på driftsmidler, fast ejendom mm. (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 100).

Penge ud

Dette punkt er beskrevet i ovenstående afsnit. Pengene bliver igen modsat ApS og A/S løbende udbetalt og beskattet hos de enkelte deltagere.

Fordele ved kommanditselskab

Nu hvor de generelle krav til K/S er blevet gennemgået, kan fordelene ved selskabsformen udledes. Det er en fordelagtig selskabsform til at begrænse tab af kapital. Der er mulighed for at konstruere et kapitalselskab til lejligheden, og derved bliver der kun hæftet for den selskabskapital, som det pågældende kapitalselskab besidder. Derudover har kommanditisterne mulighed for at vælge, hvor meget de vil hæfte for. Herunder er der mulighed for at fastsætte, hvor meget der skal indbetales af hæftelse, og herved påvirke, hvor stort et beløb den enkelte kommanditist kan risikere at skulle hæfte solidarisk for.

Ønskes der ingen yderligere hæftelse og ingen påvirkning fra med-kommanditisterne, kan det vælges, at der kun bliver hæftet for det beløb, som der faktisk bliver indskudt. Derudover er det en fordel, at det ikke er selskabet som er skattesubjektet, men at det derimod er skattemæssigt transparent. Dette gør, at kommanditisterne selv kan anvende det skattemæssige resultat. Eksempelvis hvis et K/S har fået et underskud, har kommanditisterne mulighed for at modregne dette underskud i kommanditistens øvrige overskud. Man skal dog være opmærksom på, at den skattemæssige transparens kun er gældende, såfremt der er under 10 deltagere.

Ulempen herved er, at omverdenen også er bekendt med den fordelagtige hæftelsesbegrænsning, og at det ved en eventuel konkurs er begrænset, hvor meget kapital der er at hente ved komplementar og kommanditister, hvilket også afspejler sig i image, jf. figur 5 i afsnit 2.5.2.8.

3.2.2 Iværksætterselskab som komplementar i kommanditselskab

Grundlæggende er de samme regler for et K/S, hvis et IVS er komplementar i selskabet. Ud over selskabets navn og titlen som K/S, skal det anføres som IVS og Co. (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s. 251). Altså betyder dette, at alt det ovenstående i det tidligere afsnit er gældende for et K/S IVS og Co. Det ændrer i høj grad anvendelsen af et K/S. Før IVS'ets indførelse i 2014 var det nødvendigt som minimum at anvende et ApS, for at alle deltagere i et K/S havde begrænset sin hæftelse. Hertil var det nødvendigt at binde 50.000 kr. i selskabskapital i et ApS for kunne opnå begrænset hæftelse for alle deltagerne. Dette gjorde, at de projekter man anvendte et K/S til skulle have en vis størrelse, da et kapitalselskab skulle anvendes til gøre

den ubegrænsede hæftelse hos komplementaren til begrænset gennem kapitalselskab som selvstændigt retssubjekt.

Dette kan nu gøres meget billigere, da man kan få et kapitalselskab med de fordele til 1 kr., og med fordele er begrænset hæftelse her tiltænkt. Nu er det ikke nødvendigt at anvende større kapital til et kapitalselskab for at anvende et K/S. Det er nu i høj grad relevant at tage K/S-formen i betragtning. Især i forbindelse med fællesprojekter med flere parter som deltagere, kan den nye IVS og Co. form være fordelagtig at anvende. Et projekt vil til lejligheden kunne oprette et IVS som komplementar til at opfylde kravet om den ubegrænsede hæftelse. De enkelte kommanditister vil kunne begrænse deres hæftelse til det ønskede niveau igennem K/S-kontrakten. Derudover vil kommanditisterne kunne anvende det skattemæssige resultat direkte i deres egen skattemæssige stilling. Dette betyder egentlig kortfattet, at man nu kan opnå de samme fordele, som et K/S tilbyder, men det er blot blevet billigere. Dette betyder, at et K/S, som før kun kunne anvendes til større kapitaltunge projekter, nu kan anvendes til langt mindre kapitaltunge projekter.

Eksempelvis kan et IVS og Co. K/S være fordelagtigt i forbindelse med et udviklingsprojekt eller et opstartsprojekt. Det vil være muligt at stifte et IVS til at fungere som komplementar. Derudover kan hæftelse og indskud aftales til et ønsket niveau, og derved sikrer kommanditisterne deres formue i deres respektive selskaber. Her sættes hæftelse til, hvad der kan tåles at tabe. Dette gør, at der er mulighed for at foretage en høj risiko investering, hvor man kan begrænse tabet til et acceptabelt niveau. Herudover har K/S den særlige fordel i opstartsfasen, at K/S er skattemæssigt transparent, og den kan fradrage et næsten uundgåeligt underskud.

3.3 Iværksætterselskabets rolle i et partnerselskab

På samme måde, som et IVS kan anvendes som komplementar i et K/S, kan et IVS også anvendes som komplementar i et P/S. Dette betyder, at mulighederne for at anvende et P/S er blevet udvidet markant, da man nu ikke behøver at anvende 50.000 kr. i selskabskapital til et komplementar-ApS for at kunne opnå den begrænsede hæftelse i et P/S, men nu kan nøjes med at anvende 1 kr. til et komplementar-IVS. Dette giver en lang række fordele, som vil blive behandlet i kommende afsnit.

3.3.1 Generelt om Partnerselskab

For at give en forståelse af P/S med et IVS som komplementar, er det vigtigt at få forståelse for, hvordan et P/S fungerer, da det på mange punkter ikke ligner et K/S, selvom P/S'et rent faktisk er en form af K/S'et. Generelt ligner et P/S et A/S, hvilket allerede ses af det kommende punkt.

Indskud og hæftelse

Indskuddet til P/S'et er på 500.000 kr., ligesom ved et A/S, jf. SL § 4, stk. 2. Dette indskud kan ske ved enten kontant- eller apportindskud. Når stiftelse bliver foretaget med hjælp af apportindskud, så skal der foreligge en vurderingserklæring på de værdier, som bliver indskudt i P/S'et jf. SL § 36, hvor der dog er nogle få undtagelser i SL § 38.

Betragter man hæftelsen, er den forskellig afhængigt af, hvilken rolle deltageren i P/S'et har. Det er ved dette punkt vedr. hæftelse, at et P/S ligner et K/S. Kommanditisterne i P/S'et har ligeledes begrænset hæftelse, jf. SL § 1, stk. 2, og komplementaren har også ubegrænset hæftelse – her er det, at IVS'et kommer ind i billedet. Før IVS'et blev indført, var den billigste mulighed for at undgå den ubegrænsede hæftelse at anvende et ApS. Der er intet lovkrav til komplementaren om at foretage et indskud i P/S'et, men dette skal redegøres for, jf. SL § 360, stk. 1, nr. 2 (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 109)

Regnskabskrav

Modsat K/S'et skal der ikke ved P/S'et tages stilling til, om komplementaren er en fysisk person. Såfremt P/S'et opfylder betingelserne i ÅRL § 2 a-b om at være en mikrovirksomhed inden for klasse B, skal P/S'et indsende en årsrapport, men her vil der dog være en række lempelser, såsom udeladelse af egenkapitalopgørelse og med lettelser vedr. noter. Kravene til mikrovirksomhed er som beskrevet i afsnit 2.6.3.

Selskabsledelse

Når det kommer til komplementarens rolle, ligner P/S'et igen K/S'et. Det stilles nogle krav til komplementaren. Som konsekvens ved at vedhæfte ubegrænset, skal komplementaren have reelle forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser, jf. LEV § 2, stk. 2, 2. pkt. Komplementaren skal have indflydelse på selskabets anliggender, andel i overskud og tab, hvilket skal angives i stiftelsesdokumenter og vedtægter, jf. SL § 360, stk. 1, nr. 3. Derudover skal det retsforholdet imellem komplementar og kommanditist også være i vedtægterne, jf. SL § 360, stk. 2.

På generalforsamling vil komplementaren typisk også have vetoet, grundet sin ubegrænsede hæftelse. Dette skyldes, at beslutningerne som bliver taget på generalforsamling kan have betydelig indflydelse på komplementarens økonomi, i det tilfælde hvor den ubegrænsede hæftelse skulle udløses. Her har det påvirkning på kapitalselskabet, men dette vil især påvirke en komplementar, som er en fysisk person.

Ledelsesniveauet skal være tostrengt, som i et A/S ved enten at have en direktion med en bestyrelse, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1 eller have en direktion med tilsynsråd, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2. I begge tilfælde skal

bestyrelsen/tilsynsrådet bestå af tre medlemmer jf. SL § 111, stk. 3 (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 108).

Skattemæssige forhold

Dette punkt er ens med "skattemæssige forhold" i afsnit 3.2.1. For at opsummere kort, så har P/S'et den samme skattemæssige transparens som K/S. Derved sker beskatning ude ved de enkelte kommanditister, og der kan ikke skattemæssigt fratrækkes mere, end der hæftes for.

Penge ud

Ved P/S er mulighederne for at få penge ud ligesom ved kapitalselskaber. Her er mulighed for vederlag fra arbejde i selskabet. Derfor skal udbytte i P/S leve op til udbyttereguleringen i SL §§ 180-183. Dog skal man være opmærksom på, at det kun er selskabsretligt, at udbyttet bliver betragtet som udbytte. Skatteretligt bliver det betragtet som likviditetstræk, da de skatterelevante forhold, såsom afskrivninger, drift og avancer er blevet beskattet og hhv. afskrevet hos deltagerne (Werlauff: Valg af virksomhedsform, 2015, s. 113)

Fordele ved partnerselskabet

Grundlæggende er der mange af de samme fordele ved P/S'et, som der også er ved K/S. P/S'et giver mulighed for at opnå hæftelsesbegrænsning og samme tid opnå individuel beskatning igennem den skattemæssige transparens.

P/S adskiller sig fra K/S ved, at der i højere grad er fast regulering for strukturen af selskab. Hvor K/S ligger sig op ad I/S med få reguleringer, hvor de mest fastsættes i K/S-kontrakten, så ligger P/S sig op ad A/S med fast regulering i SL. P/S'et er et alternativ til A/S, da man får hæftelsesbegrænsning, såfremt man anvender et kapitalselskab som komplementar, samt får fast lovregulering.

P/S er lige som ved K/S fordelagtigt ved opstart af en forventet underskudsgivende aktivitet i begyndelsen. Såfremt man anvender et A/S eller ApS til opstart af den underskudsgivende aktivitet, kan underskuddet blive fremført i fremtidigt overskud. Såfremt aktiviteten ikke begynder at give overskud, vil underskuddet ikke kunne anvendes. Anvendes et P/S i stedet til opstart af denne aktivitet kan underskuddet, ligesom ved K/S, anvendes ved den enkelte kommanditist. Derudover hvis aktiviteten ikke begynder at give overskud, har man trods alt anvendt underskud i andet. Ydermere vil en P/S-konstruktion være en fordel skattemæssigt sammenlignet med A/S. Ved A/S, som beskrevet lige før, bliver underskuddet fremført, og derved opnår man først skattemæssige fordele på et senere tidspunkt. Ved en P/S-konstruktion opnås en mere jævn beskatning, da man allerede ved første underskud har mulighed for at fratække det i anden aktivitet. Man har jo genereret et underskud, derfor vil den skattemæssige besparelse på tidspunktet være kærkommen, på

det tidspunkt hvor man faktisk har lav kapital. Hele fordelingen ved skatteudjævning kræver selvfølgelig, at man har anden aktivitet at fratække underskuddet i.

3.3.2. Iværksætterselskab som komplementar i kommanditselskab

Da der ikke er noget forbud mod et IVS som komplementar, må det antages at være fuldt ud lovligt at anvende et IVS hertil. Herved har indførelsen af IVS igen åbnet nye muligheder for selskabskonstruktioner. IVS'ets mulighed for at blive anvendt som komplementar er ikke lige så revolutionerende som ved K/S, da man ved P/S alligevel har et samlet kapitalkrav på 500.000 kr. Ved K/S medførte IVS'et, at det ikke længere var nødvendigt at anvende 50.000 kr. til selskabskapital til et ApS, men blot 1 kr. til et IVS. Dog kan et IVS som komplementar frigøre de 50.000 kr., som førhen skulle anvendes til et ApS, og i stedet anvendes ved kommanditistens indskud. Derved har man ikke længere 50.000 kr. bundet i selskabskapital for at opnå den begrænsede hæftelse, og 50.000 kr. er da også et væsentligt beløb.

Hertil skal det bemærkes, at det ikke blot er IVS som kan anvendes som komplementar. Der er også mulighed for at anvende et Ltd. eller et UG, såfremt dette findes fordelagtigt. Udfald af Centros-dommen giver netop frihed til frit at vælge, hvilken etablering man ønsker. Herved kan P/S være attraktivt for udenlandske investorer, da der er en fast lovregulering, og de har mulighed for at anvende et lav-kapitalselskab fra deres eget land som komplementar.

Kapitel 4

Selskabs, regnskabs- og skatteforhold – en sammenligning landene imellem

Indledning

Ud fra ovenstående afsnit, hvor der er blevet fokuseret på hhv. den engelske, tyske og danske selskabsretlige konstruktion samt dommene, vil dette afsnit tage fat på nogle hovedpunkter og diskutere dem i forhold til de tre landes ligheder og forskelle. Dette giver et godt overblik over, hvad der anses som værende det mest fordelagtige valg i forhold til at stifte et selskab – med fokus på valget mellem Private Ltd., UG og IVS'et. Hvor har man de bedste muligheder, og er der ét land, der er at foretrække frem for de andre?

Diskussionen af hovedpunkterne tager udgangspunkt i følgende områder:

- ⇒ Indskud/hæftelse
- ⇒ Regnskabsmæssige forhold
- ⇒ Selskabsledelse
- ⇒ Skattemæssige forhold
- ⇒ Penge ud
- ⇒ Skift af form

Indskud/hæftelse

I forhold til indskud, kom der med etableringen af IVS-formen en lighed mellem formerne, som der førhen ikke var i ligeså høj grad. Kapitalkravet er således stort set ens i de tre lande, og er sådan set minimal i forhold til førhen – i hvert fald med tyske briller, da man kun havde GmbH og AG, og med danske briller, da der kun var ApS og A/S som kapitalselskabsformer. Især i Danmark, er kravene til indskudskapital blevet lempet, hvor ApS'ets krav er faldet fra 125.000 kr. og siden helt ned til 50.000 kr., og derudover med IVS'ets krav på blot 1 kr. Dermed er det også selskabsformernes indskudskapital, der lokker og gør dem attraktive i de tre lande, og gør, at der på dette punkt ikke er en klar favorit, som der førhen var med det engelske Ltd. I England er der også mulighed for ikke at indbetale kapitalen, som man ikke ser i Tyskland og Danmark – her kan et Ltd. sådan set oprettes for 100 pund, som ikke behøver at være indbetalt, og derfor vil indskuddet reelt ligge på 0.

Hæftelsen er i alle tre tilfælde begrænset, da det er kernen i disse selskabsformer, hvorfor der her ikke er nogen forskelle, da hæftelsen ligesom ved indskuddet kan blive minimal. Dog kan det vise sig, at f.eks.

direktører kan blive nødsaget til at hæfte for mere, såfremt de påfører selskabet (og bl.a. deres kapitalejere eller kreditorer) skade, som de selv må stå til ansvar for.

Regnskabsmæssige forhold

De regnskabsmæssige forhold er ikke en faktor, hvor det ene land er foretrukket frem for de andre. Her er reglerne i højere grad harmoniserede, jf. EU's regnskabsdirektiv 2013/34/EU, der tilsigter en harmonisering af kravene til små virksomheder i EU/EØS. Der er således bogføringspligt i alle lande – og krav om opgørelse af selskabernes balancer og resultatopgørelser, såfremt selskaberne opnår en vis størrelse. Ligeledes gælder ovenstående for revisionen, der kan fravælges for de små selskaber og er påkrævet jo højere op i størrelsesniveau man kommer, i forhold til tærsklerne om omsætning, balance og medarbejdere. I Danmark er der mulighed for blot at få foretaget udvidet gennemgang eller slet ingen revision, hvis der er tale om en mikrovirksomhed. Det kan her ligeledes påpeges, at der i Tyskland er mindre krav om revision, samt at revisionsprocesserne er, og i højere grad bliver, automatiseret og bliver elektroniske.

Der er altså få krav på dette punkt i alle tre lande, såfremt virksomheden er lille.

Selskabsledelse

I alle tre typer af selskabsformer, udgøres selskabsledelsen af bestyrelsen, mens direktionen varetager den daglige ledelse. På generalforsamlingen fremlægges planer og regnskab, og her træffes større beslutninger vedr. virksomheden, samt lægges budget. Der kan til at supplere tilsynet med ledelsen blive oprettet et tilsynsråd – dette er oftest frivilligt, men er i visse tilfælde et krav, såsom i Tyskland ved større GmbH. Ligeledes kan ledelsen, typisk direktører, der ikke varetager deres beføjelser på en fornuftig måde og evt. påfører kreditorer skade, blive ansvarlige i form af erstatning eller straf, afhængigt af handlingens grovhed.

Skattemæssige forhold

De skattemæssige forhold i hhv. Danmark, England og Tyskland har visse forskelle. England har den laveste selskabsskat med 20 % (som bliver 17 % i 2020), efterfulgt af Danmark med 22 % – mens den i Tyskland er markant højere på 29,65 %. Der kan dog ikke drages fordele af disse skatteprocenter, medmindre man fysisk er placeret og derved skattepligtig til det pågældende land. Som ovenfor beskrevet i afsnit 2.8, jf. California Kleindienst, vil man, såfremt man har et udenlandsk selskab, som man leder fra Danmark, derved være fuldt skattepligtig til Danmark.

Penge ud

Dette afsnit omhandler mulighederne for at trække penge ud af sit selskab, og hvordan dette behandles i de tre lande. De engelske forhold må her anses at være de mest gunstige: Der er ingen udbyttebeskatning af de

første £ 5.000, ingen kapitalopsparingskrav samt mulighed for lån fra selskabet. Ligeledes er selskabsskatten lavest her, helt nede på 20 %. I Tyskland har man ligeledes muligheden for lån fra selskabet, og udbyttebeskatningen ligger på 25 %, dog med en særdeles høj selskabsskat på 29,65 %.

Med henblik på de danske forhold, er udbyttebeskatningen forholdsvis høj med 27 % af de første 50.600 og 42 % af resten – der er ligeledes udbyttebegrænsninger, som betyder, at der ikke kan trækkes udbytte ud, indtil selskabskapital og den bundne reserve rammer 50.000 kr. Dog er der en lav selskabsskat på 22 %.

Restriktionen, jf. LL § 16E, vedr. hovedaktionærlån skal dog tages i betragtning. Her vil hovedaktionæren/hovedanpartshaveren ikke have samme muligheder for at låne penge fra sit selskab, idet der udløses beskatning.

Skift af form

I forhold til skift af form, er strukturen generelt ret ens opbygget. I Tyskland og Danmark er der tre slags kapitalselskabsformer, i form af iværksætter-, anparts- og aktieselskab. Her er der mulighed for f.eks. at skifte fra et IVS til et ApS, når selskabskapitalen rammer 50.000 kr., og efterfølgende til et A/S. I England findes ingen mellemting mellem Ltd. og plc selskaber, hvor Ltd. har en minimal selskabskapital, som giver større muligheder for hvor meget man ønsker at indskyde og begrænse sin hæftelse til. Derved kan man ved opnåelse af selskabskapital, der svarer til et plc, skifte form til dette.

Opsamling – tabel med sammenligning af hovedpunkter

	England	Tyskland	Danmark
Indskud/hæftelse	Private Ltd. = Indskud helt ned til £ 1	UG = € 1	IVS = DKK 1
Regnskabsmæssige forhold	Simple, få krav - Revisionspligt	Simple, få krav - Lav revisionspligt - Automatiserede revisionsprocesser	Simple, få krav - Revisionspligt, men mulighed for udvidet gennemgang – eller fritagelse fra revision ved mikrovirksomhed
Selskabsledelse	Bestyrelse + direktion - Evt. tilsynsråd	Bestyrelse + direktion - Krav om tilsynsråd i større GmbH	Bestyrelse + direktion - Evt. tilsynsråd
Skattemæssige forhold	Selskabsskat: 20 %	Selskabsskat: 29,65 %	Selskabsskat: 22 %
Penge ud	Løn/udbytte Lån fra selskab er tilladt	Løn/udbytte Lån fra selskab er tilladt	Løn/udbytte Lån fra selskab er forbudt - Krav om bunden reserve
Skift af form	Private Ltd. => Public Ltd.	UG => GmbH => AG	IVS => ApS => A/S

TABEL 14: Egen tilvirkning

Kapitel 5

Diskussion og konklusion

Indledning

Hermed er den komparative analyse af engelsk, tysk og dansk selskabsret, samt gennemgangen af EU-dommene på området blevet udarbejdet. På baggrund af denne analyse, er vi kommet frem til de væsentligste emner på området – disse vil blive diskuteret nedenfor, som i sidste ende giver en samlet konklusion.

Den Europæiske Unions påvirkning og dansk tilpasning

Centros-dommen satte for alvor gang i udviklingen i den danske selskabsret. Før dommen var det billigste kapitalselskab man havde mulighed for at stifte et ApS, men på daværende tidspunkt var kravet til selskabskapitalen 125.000 kr. Derfor kan man godt beskrive Centros-dommen som revolutionerende i og med, at det er gået fra en begrænset hæftelse kunne opnås ved et kapitalkrav på 125.000 kr. til reelt intet kapitalkrav. Dette gjorde jo valget oplagt, og da man nationalt ønsker at beholde selskaberne i landet og derved opnå skatteindtægter nationalt, gav denne skævvridning grundlag for ændringer af selskabsretten over hele Europa. I Danmark forsøgte man først at ophæve kravet til kapitalkravet til S.m.b.a., men da dette ikke havde den ønskede virkning, nægtede man nystiftelse af S.m.b.a.'er, og indførte i stedet IVS'et.

Hertil har den danske lovgivning valgt at tilpasse sig for at sikre sig skatte kroner i statskassen, hvilket i Danmark i høj grad er nødvendigt for at sikre midler til de store offentlige sektorer. Men på hvilken bekostning? Alt andet lige må dette have stor indflydelse på kreditorbeskyttelsen, da man går fra 125.000 kr. for det billigste kapitalselskab med begrænset hæftelse til 1 kr. Dette øger utvivlsomt konkurrencen, og skaber flere etableringer, men derimod kan dette stille kreditorerne ringere. Før ophævelsen af kapitalkravet til S.m.b.a og indførelse af IVS var alternativet, til den dyre begrænsede hæftelse, en personlig virksomhed, hvilken i langt højere grad sikrede kreditorerne med den dertilhørende ubegrænsede personlige hæftelse. Dette er en af konsekvenserne ved at være en del af EU, da man derved er "tvunget" til at tilpasse sig dette og gå på kompromis med eksempelvis kreditorbeskyttelse.

Derudover virker IVS så efter den påtænkte hensigt med at fordelagtiggøre lavkapital selskabsformen? Det er for tidligt at sige på nuværende tidspunkt på alle punkter, grundet selskabsformens tidlige stadie. Dog er IVS blevet modtaget rigtig godt. Ifølge Erhvervsstyrelsen var der allerede i slutningen af september 2014 4.100 registrerede IVS'er. Dette er allerede en succes i forhold til S.m.b.a.'et, hvor ophævelse af kapitalkravet medførte en stigning i nystiftelserne af S.m.b.a., men langt fra blev udbredt i den ønskede grad. Den manglende anvendelse af S.m.b.a. bunder sandsynligvis i besværligheden ved administrationen, herunder

adskillelseskraft fra ApS og kravet om to aktive deltagere. Disse krav er besværlige, når det man reelt ønsker, er at få et billigt ApS, og en ekstra deltager besværliggør kun tingene. Betragter man IVS som en afløser til S.m.b.a. har myndighederne ramt plet. IVS er en delmængde af ApS, hvilket må formodes at være, hvad flere ønsker at opnå på længere sigt. Derfor skal man ikke omgå lovgivningen på punktet om adskillelseskraft, og derudover gør det stiftelsesprocessen og den daglige drift i et lille selskab nemmere ved, at der ikke er krav om to aktive deltagere.

Derfor fungerer IVS rigtig godt som afløser for S.m.b.a., men i forhold til det engelske Ltd. – kan det danske IVS følge med? Det vil blive diskuteret i det næste afsnit nedenfor.

Etablering i England, Tyskland eller Danmark?

Gennem de tidligere analyser er vi kommet frem til, at selskabsformerne i de tre lande generelt er meget ens. Det udspringer sig af, at UG i Tyskland og IVS i Danmark er kraftigt inspireret af det engelske Ltd. ud fra tanken om lav startkapital. Det har Centros-, Überseering- og Inspire Art-dommene haft sin indflydelse på. Havde disse domme ikke haft det udfald, som de havde, var det ikke nødvendigt for myndighederne i resten af Europa at omlægge og tilpasse deres selskabsret for at leve op til den konkurrence det engelske Ltd. gav. Derfor ligner både UG og IVS meget det engelske Ltd., fordi det har været den selskabsform, de har skullet konkurrere med, og derfor indrettet egen selskabsret efter dette.

Derfor er der grundlæggende ikke så store forskelle på ovennævnte selskabstyper. Først er fremmest er indskuddet lavt, og hæftelsen er begrænset. Disse faktorer er de primære for valget af disse selskabsformer. Derudover er lovkravene generelt lave, og derved er selskaberne forholdsvis nemme at drive.

Dog er der enkelte væsentlige forskelle på selskabstyperne i de forskellige lande. Selskabsskatteprocenten varierer i mindre grad fra land til land, hvor England har den laveste selskabsskatteprocent, efterfulgt af Danmark. Ligeledes er der forskel i udbyttebeskatningen i de forskellige lande, hvor England igen har de mest fordelagtige skattesatser.

I England er der også mulighed for lån fra selskab til ejeren personligt, hvor dette jf. LL §16E i Danmark medfører en dobbeltbeskatning. Danmark har modsat England også krav om bundne reserver på 50.000 kr., før der kan blive udbetalt udbytte fra selskabet.

Derfor er det formelt bedst at etablere sig i England med et Ltd. Det er den mest liberale selskabsform, hvor ejeren af virksomheden i højere grad end de andre lande har mulighed for at disponere over sin kapital, samt at ejere i alle skattemæssige henseender slipper med den lavest mulige beskatning.

Som bosiddende i Danmark skal man gøre sig klar, om man ønsker at have en direktør med økonomiske og forvaltningsmæssige beføjelser placeret i England for at undgå alligevel at blive beskattet efter dansk skattelovgivning. Dette er et krav for, at man som bosiddende i Danmark ikke skal blive betragtet som værende skattepligtig til Danmark.

Derved skal der tages højde for, hvorvidt man ønsker at flytte til England for at drage optimal nytte af fordelene ved den engelske selskabsform. Dette vil sandsynligvis blive vurderet for besværligt, i forhold til den gevinst man opnår. Forskellen i gevinst ved et Ltd. og et dansk IVS er efterhånden så marginal, at dette ikke motiverer til en fysisk flytning til England.

Danmark tilpasser sig

Ud fra ovenstående kan det udledes, at de danske regler er blevet gjort mere attraktive for iværksættere. Betragter man tidsperioden lige efter Centros-dommen stod en iværksætter, som ønskede begrænset hæftelse, med valget imellem et ApS til 125.000 kr. og et engelsk Ltd. med en filial i Danmark med en startkapital helt ned til £ 1, hvor der hæftes for den indestående kapital. Her var dette valg oplagt, hvis man forudsatte, at iværksætteren havde en idé, som vedkommende brændte for at få realiseret, hvor man ønskede begrænset hæftelse, og hvor kapitalen var lav.

Der kom herved en konkurrence, der gjorde, at myndighederne blev nødt til at tilpasse sig for simpelthen at sikre sig skattekrone – ellers ville en stor del af aktiviteten fra iværksættere havne i England. Med ændringerne og etableringsfriheden, kom der en liberalisering og mulighed for, at landene kunne konkurrere på attraktive forhold for selskaber. Mindstekapitalkravet blev i Danmarks nye selskabslov i 2010 sat ned til 80.000 kr., for at muliggøre stiftelse af et kapitalselskab med lavere kapital end før. Dette åbnede flere muligheder, men var ikke tilstrækkeligt, hvorfor man med ændringen pr. 1. januar 2014 sænkede mindstekapitalkravet til et ApS til 50.000 kr. – og samtidig oprettedes IVS'et for i høj grad at fremme iværksætternes muligheder. S.m.b.a.'et havde hidtil ikke virket efter hensigten og blev ikke velanset i erhvervslivet, så med indførelsen af IVS'et, kom der et nyt pust til det billige kapitalselskab. Hertil håbede man, at kravet om tvungen opsparing af overskud, kunne afhjælpe imageproblemet ved at forlænge overlevelsescprocenten af IVS'er. Men har dette en effekt, når kravet om bunden kapital kan omgås, ved at flytte likviditeten og foretage koncernlån og flytte kapitalen til moderen, eller gøre brug af muligheden for kapitalnedsættelse til overkurs ved kontant udbetaling, hvor kapitalen flyttes ud til ejeren mod en almindelig udbyttebeskatning.

Havde Centros ikke haft dens udfald, havde den danske selskabsret muligvis ikke set ud, som den gør i dag. Derved ville iværksætteren skulle rejse kapital, før selskabet ville kunne stiftes, i modsætning til IVS'et i dag,

hvor der er rig mulighed for at finde selskabskapitalen tabt på gaden. Det bør måske også overvejes, om det er en fordel, at alle kan drive et selskab med begrænset hæftelse, hvor kreditorer kun har mulighed for at gøre krav på selskabskapitalen – som jo som bekendt kan være helt nede på 1 kr.

Restriktionen jf. LL § 16 E spiller da stadig en stor rolle og hæmmer ejerens beføjelser til at disponere over selskabets midler – mere om dette senere.

Den danske lovgivning besværliggør ejerens mulighed for at drive selskab fra Danmark, ved at holde dem skattepligtige til Danmark, og på den måde kræve en decideret flytning for at gøre brug af andre landes skatteregler. Man har gjort IVS'et så fordelagtigt og samtidig gjort brugen af det engelske Ltd. så besværligt fra dansk jord, at der kommer yderligere omkostninger ved at drive et Ltd. fra Danmark. Disse omkostninger til en direktør placeret i England kan spares, ved selv at drive selskabet i Danmark i IVS-form. Hele konkurrencen startet ved Centros-dommen, er efterhånden ved at være opnået, ved at det er mere fordelagtigt at drive selskab fra Danmark, så de engelske fordele ikke opvejer for ulemperne herhjemme.

S.m.b.a. som forløber for IVS'et

De tidligere erfaringer med S.m.b.a. var, som tidligere nævnt, ikke gode. Selskabsformen havde en høj konkursrate, og det var ikke en særlig udbredt eller anerkendt selskabsform. Det havde dog den rolle, som IVS'et i høj grad har i dag, idet det er tiltalende grundet begrænset hæftelse med lavt indskud. Kommer IVS'et til at klare sig bedre? Det er da i hvert fald hensigten. Et IVS er en ApS-form, og derved et kapitalselskab, modsat et S.m.b.a. Derudover er der opstillet flere restriktioner i forhold til kapitalen i selskabet ved IVS end S.m.b.a. Som fastslået tidligere er der mulighed for at omgå disse restriktioner, så hvor stor en forskel er der egentlig på selskabsformerne? Siden IVS'et så dagens lys i 2014, har der været en del nystiftede selskaber, hvilket tyder på, at selskabsformen bliver udbredt og faktisk bliver anvendt. Sammenligner man med S.m.b.a., kan IVS næsten kun klare sig bedre, da det allerede er mere udbredt. Dog vil det være svært at konkurrere med ApS, da det har en lav konkursrate og har et godt omdømme, men dette er heller ikke formålet med IVS'et. Derimod er formålet, at et IVS skal stræbe mod at blive omregistreret til et ApS, for netop at opnå deres status.

Unødvendig restriktion fra dansk side

Jf. ovenstående redegørelse om virkningerne af LL § 16E, ses dette som en klar restriktion for danske hovedaktionærer og deres gøren med selskaber, både herhjemme og udenlands. Den dobbelte beskatning, der udløses ved hovedaktionærlån, er i EU-mæssig forstand ikke egnet og vil sandsynligvis blive reguleret – men i dag foreligger reglen, og dette må man derfor tage stilling til.

Restriktionen opstiller begrænsninger for den danske hovedaktionær/hovedanpartshaver mht. at låne midler af deres udenlandske selskaber – hvor der i det pågældende EU-land tillades aktionærlån. For selskabsretten i landet tillader det, men den danske skattelovgivning straffer det. Det er ikke en restriktion i den form, at den ikke tillader en dansk bosiddende at etablere sig i f.eks. England, da det er helt frit, hvor man vælger det. Dog ligger der den diskrimination i det, at man som dansk bosiddende netop bliver hæmmet ved ikke at kunne låne fra sit selskab, uden at få denne dobbelte beskatning over sig, modsat f.eks. England og Tyskland, hvor det i forhold til selskabsretten i disse lande er tilladt med hovedaktionærlån. Når man på den måde fra dansk lovgivning går ind og fjerner en væsentlig del af fordelene ved at have et engelsk selskab, så foreligger der netop en restriktion. Det stiller danske bosiddende ringere end andre EU-borgere, ved valget mellem hvor man vil etablere sig, og ud fra dette kan der derfor være tale om en diskrimination.

Det må antages, at landenes myndigheder, hvor det er tilladt med aktionærlån, har samme interesse som de danske i at udøve kreditorbeskyttelse. Herudfra kan det udledes, at formålet med LL § 16E netop ikke er egnet med henblik på kreditorbeskyttelse, men at restriktionen nærmere bruges til at tvinge danske hovedaktionærer til at blive beskattet, enten i form af løn eller udbytte.

Det er disse forfatteres dristige postulat, at LL § 16E derfor kun er til for at hive skatte kroner i kassen, da hovedaktionærlån efter vores overbevisning ikke er skadende for kreditorer. Såfremt aktionærlån skulle være lovlige, må der opstilles samme krav som udbytte/løn i forhold til selskabets økonomiske stilling. Det underbygger ovenstående argumentation, hvis man betragter følgende antagelser: i det tilfælde en hovedaktionær mangler kapital, har man da mulighed for at få løn eller udbytte ud, hvilket udløser beskatning. Dette stiller kreditorerne ringere i og med, at selskabets kapital formindskes, og aktionæren får mindre ud af sin kapital, eftersom denne er blevet beskattet ved udtræk. Derimod hvis aktionærlån var lovligt, og forudsætningerne var opfyldt hertil, ville selskabet have et tilgodehavende personligt hos aktionæren, hvilket alt andet lige stiller kreditorerne bedre, ved at have et tilgodehavende hos en aktionær, frem for mindre kapital i selskabet. Derudover kan aktionæren anvende sine midler uden at blive beskattet. Derved kan der argumenteres for, at der opnås fordele for begge parter. Der er alt andet lige mere at komme efter, ved at have et udestående med en fysisk person, som hæfter med hele sin personlige formue, end et andet kapitalselskab med begrænset hæftelse – er pengene væk her, så er der ikke mere at komme efter, medmindre der foreligger personlig hæftelse hos f.eks. ejeren af selskabet.

Hovedaktionærlån kan forsvares, så længe kapitalberedskabet bevares, samt at der eksisterer visse grænser for, hvor meget de pågældende lån kan og må udgøre for netop ikke at gå ud over selskabets likviditet og soliditet. Det virker absurd, at en fysisk person, som er hovedaktionær med et velfungerende og likvidt kapitalselskab, ikke kan låne midler af sit selskab uden at få en dobbeltbeskatning som konsekvens.

Harmoniserede regnskabskrav

Der er generelt ikke de store forskelle vedr. regnskabs- og revisionskrav i de tre lande, ud over den automatiserede revisionsproces, der er i udvikling i Tyskland. Det kunne dog tiltrække en del, hvis der kunne konkurreres yderligere på dette punkt, så kravene til regnskab og revision blev lempet, og man på den måde gjorde det mere attraktivt for bl.a. iværksættere. Det vil klart være tiltrækkende, hvis regnskabskravene var nærmere de regnskabskrav, som man finder ved personlig virksomhed, så der på den måde var større frihed for ejeren. Ved personlig virksomhed er der intet krav om udarbejdelse af årsrapport, og revision er valgfrit, eneste krav er, at bogføringsloven opfyldes. Dette vil dog aldrig kunne være et konkurrenceparameter landene imellem. Det er en nødvendighed ved kapitalselskaber, at personlig økonomi og selskabets økonomi holdes adskilt, da selskabet er en selvstændig juridisk enhed, som skal kunne opgøre sine økonomiske forhold retvisende over for omverden herunder kreditorer.

Harmoniseringen i EU jf. EU's regnskabsdirektiv 2013/34 gør, at kravene i landene bliver mere ensartet. Derudover skal de internationale regnskabsstandarder ligeledes følges af landene, og dette gør, at man på dette punkt ikke kan konkurrere i en særlig grad. Dette er til for at sikre offentlighedens, i form af især bankers og kreditorers, krav om indblik i virksomhedens økonomiske forhold.

Selskabsstrukturers påvirkning på kreditorbeskyttelse og image

Selvom alle selskabsformerne er inspireret af den engelske opbygning, er der også visse punkter, der fraviger. I England er der udelukkende mulighed for enten at vælge et Private eller Public Ltd. selskab. På dette punkt adskiller man sig i både Tyskland og Danmark. Her har man valgt at have et mellemstadiet, hvor man i Tyskland har valgt mellem UG, GmbH og AG, og i Danmark mellem IVS, ApS og A/S.

I Danmark har ApS et godt image, og derfor vil dette blive anset som en fordel at omregistrere sit IVS, når den bundne reserve og selskabskapitalen tilsammen udgør 50.000 kr. Dette er en hel naturlig del af det danske system, og hele formålet med oprettelse af IVS må anses for at være omregistrering til ApS. Herefter vil det, såfremt selskabet har haft succes, være naturligt at omregistrere til A/S, som er endnu mere velanset. Hvorfor har man ikke denne struktur i den engelske selskabsret? I den engelske selskabsret har man mulighed for at stifte et private Ltd. uden et reelt kapitalindskud, og hertil er der mulighed for at omregistrere til et public Ltd. ved en selskabskapital på 50.000 £, svarende til kapitalkravet ved et A/S.

Dette vil man i Danmark se som en svaghed, da den eneste selskabsform som i høj grad sikrer kreditorer er public Ltd. Hvordan kan den engelske selskabsret stadig være fungerende og have været inspirationsgrundlag for IVS og UG? Som vi tidligere har udledt, har man en mere udbredt liberal tankegang i England, og dette må formodes at udbrede sig igennem hele det engelske system. Grundet de lave krav om

selskabskapital i private Ltd. kræver det ekstra opmærksomhed som kreditor, da der ikke foreligger den samme kreditorbeskyttelse, som eksempelvis ApS giver, ved at der er en sikret kapital på 50.000 kr. Det betyder, at kreditorer må være forsigtigere med de aftaler, som indgås. Det må formodes, at englænderne ikke ser dette som en problemstilling, men dette blot er en af betingelserne ved at gøre forretning.

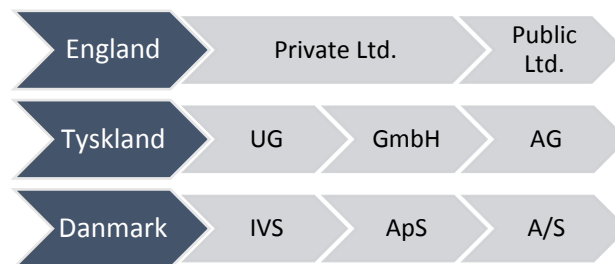
Den liberale tankegang er formentlig også grundlaget for, at der ikke er blevet anlagt en engelsk form for ApS med samme kapitalbinding som i Tyskland og Danmark. I England har den erhvervsdrivende mulighed for frit at disponere over sin kapital modsat Danmark, hvor der er krav om bunden reserve samt udbyttebegrænsninger. Derfor kan den engelske erhvervsdrivende trække overskud ud som det bliver opbygget. Endnu et tegn på den engelske liberale tankegang er vedrørende de i England lovlige kapitalejerlån, som jf. LL §16 E ikke er en mulighed i Danmark.

Dog har man kreditorsikring, når selskaberne opnår en størrelse af public Ltd. Dette ligger også i navnet på selskabsformen, at disse selskaber bliver af offentlig interesse og kan børsnoteres, hvorfor kravene automatisk bliver højere. Dermed kan det udledes, at det engelske system først tager kreditorbeskyttelse i betragtning, når selskabet opnår størrelsen af et public Ltd. Det er sådan hele det engelsk system er struktureret, og det er tilsyneladende velfungerende.

Nedsættelsen af mindstekapitalkrav til etablering af kapitalselskab i Danmark har opfyldt dets formål – at tilpasse selskabsretten i Danmark, for på den måde at øge konkurrencen og gøre det mere attraktivt at have aktivitet her i landet. Dog er det ikke sikkert, hvordan IVS'erne vil klare sig fremadrettet, og om det i sidste ende er den rette løsning. Derfor kunne en evt. nedsættelse af kapitalkravet til ApS'et ligesom den norske model være en mulighed. I 2012 sænkede man kapitalkravet i de norske Aksjeselskaber, svarende til det danske ApS, fra 100.000 NOK til 30.000 NOK. Ud fra dette kunne man se en markant stigning i etablering af selskaber steg med 76,6 % samtidigt med at antallet af nye filialer af udenlandske selskaber faldt med 60 % (Lilja: Iværksætterselskaber, 2015, s.32). Dette fungerer tilsyneladende i Norge, hvor der ikke er mulighed for at oprette lavkapital selskaber som IVS-formen.

Dette giver anledning til at tænke om IVS'et er den rette vej frem. ApS har, i dens nuværende form, en god succesrate og har et godt omdømme. Hertil har kreditorerne også højere grad af sikkerhed. I England er kreditorbeskyttelse ikke i så høj grad prioriteret, som i Norge og tidligere i Danmark. Derfor må man formode, at man som erhvervsdrivende i England har udviklet en forsigtighed ved aftaleindgåelse. Denne forsigtighed har man muligvis ikke udviklet i Danmark, og det er ikke sikkert, at man vil kunne tilpasse sig de liberale forhold, som er kommet ind med inspirationen fra England. Det vil vise sig, når IVS'et bliver gennemprøvet i de kommende år. Et alternativ til IVS'et kunne derfor være den norske model, hvor man sænker kapitalkravene til ApS formen, og udelader muligheden for IVS. Et andet interessant alternativ kunne

være ligeledes at sænke kapitalkravet til et ApS samtidigt med bibeholdelsen af IVS'et. Det interessante hertil vil derefter være fordelingen af IVS'er og ApS'er.



FIGUR 6: Egen tilvirkning

Iværksætterselskabets påvirkning på nuværende muligheder og selskabsformer

Det lave kapitalkrav til IVS ændrer betydeligvis forholdene, som de så ud før 2014. På daværende tidspunkt havde man som iværksætter valget imellem personlig virksomhed med ubegrænset hæftelse i sin personlige formue og et ApS med en selskabskapital på 80.000 kr. Dette valg havde formentlig været åbenlyst for de fleste, da det må formodes, at 80.000 kr. havde været svære at rejse i forbindelse med opstart af en virksomhed, dog med mulighed for apportindskud, og indbetaling af 50.000 kr. af selskabskapitalen med personlig hæftelse for det resterende. Hertil var der mulighed for at optimere ens skatteforhold ved at benytte virksomhedsskatteordningen (VSO) ved sin personlige virksomhed for på den måde at simulere et selskab. Dette gav mulighed for opsparring af overskud og planlægning af beskatning, og "prisen" for dette er ubegrænset personlig hæftelse.

Indførelsen af IVS ændrede radikalt denne problemstilling. Den begrænsede hæftelse kunne nu anskaffes for ned til 1 kr., hertil følger dog den yderligere administration i forhold til personlig virksomhed, og yderligere ved VSO. Det må dog være klart mest tiltalende, at man opnår begrænset hæftelse, kun med det man indskyder, og derved sikrer sin personlige formue.

For det første påvirker IVS'ets indførelse VSO. Hvor VSO simulerede et selskab ved personlig virksomhed, så giver et IVS mulighed for at anskaffe et faktisk selskab til 1 kr., hvor der modsat VSO faktisk er begrænset hæftelse. Reguleringen og mulighederne for skatteoptimering er de samme ved VSO og IVS, dog er der intet krav om opsparet overskud ved VSO. Dog kan dette omgås i IVS jf. tidligere, og derfor har det på nuværende tidspunkt ikke afgørende betydning for valget imellem VSO og IVS. Den største forskel på de to muligheder for hæftelse er, at den er hhv. begrænset ved IVS og ubegrænset ved VSO.

Derudover er IVS langt mere fleksibelt i forbindelse med overdragelse og ophør. Hvor VSO er personligt, er der ikke mulighed for at overdrage et eventuelt opsparet overskud til en anden person uden at undgå beskatning – dog mulighed for skattefri overdragelse ved medarbejdende ægtefælle med betingelse om

fortsat drift af virksomhed og herved fortsat benyttelse af VSO. Modsat ved IVS, hvor der er flere muligheder for skattefri overførsel og generationsskifte af selskabet. Ved VSO er der krav om, at virksomheden har erhvervsmæssig aktivitet, for at ordningen kan anvendes. Dette betyder, at skulle ejeren af virksomheden indstille driften af virksomheden, resulterer dette i, at det opsparede overskud vil blive taget ud til beskatning, og derved er der ikke mulighed for at skatteoptimere. Dette er der mulighed for ved anvendelse af IVS, hvor der ikke som sådan er krav om aktivitet i selskabet. På den måde kan man planlægge sin udbetaling af udbytte skattemæssigt mest optimalt, og derved kan man med tiden få udbetalt sit tidligere overskud for at undgå at overskride topskattegrænsen.

VSO's simulering af formen som selskab betyder, at man, selvom man driver personlig virksomhed, ikke har mulighed for at fradrage et eventuelt underskud i anden personlig indkomst. Her kan underskuddet, ligesom ved et selskab, fremføres til et eventuelt fremtidigt overskud. Herved fravælger man en af de største fordele ved personlig virksomhed.

Samlet set gør dette, at VSO i særdeleshed ikke er attraktivt i forhold til IVS. Det er vores dristige postulat, at VSO ikke længere er tidssvarende efter indførelsen af IVS, da VSO gav de samme fordele som IVS giver i dag, men man med IVS opnår begrænset hæftelse. Dertil er de administrative krav til VSO mere krævende end ved IVS. Derfor er det klart mest tiltalende at vælge et IVS frem for benyttelse af VSO.

For det andet påvirker IVS valget af personlig virksomhed. Da man nu har mulighed for at få et kapitalselskab til 1 kr., og derved begrænser man sit eventuelle tab, der førhen som minimum var 80.000 kr., hvis man ønskede begrænset hæftelse. Før havde det i højere grad været attraktivt at vælge en personlig virksomhed, da man ikke skulle binde 80.000 kr., men derimod blot var tvunget til at drive sin virksomhed med ekstra omtanke, da man selv hæftede for evt. tab. I dag kan man for 1 kr. tilkøbe sig mulighed for skatteplanlægning via den lave selskabsskat på 22 % for herefter at kunne trække løn og udbytte ud af selskabet, så det passer optimalt til den privatøkonomiske skattestilling. Hertil IVS også giver begrænset hæftelse.

Vælger man derimod personlig virksomhed, får man et godt imagemæssigt omdømme. En klar fordel ved personlig virksomhed er de lave krav til administration i virksomheden i forhold til et kapitalselskab. Som tidligere nævnt skal bogføringsloven overholdes, men derudover er kravene lempede. Hertil er der ikke de samme strenge krav til adskillelse af privat- og virksomhedsøkonomi. Derudover betyder sammenfaldet af identitet imellem ejeren og virksomheden, at der modsat kapitalselskaber er mulighed for at fradrage et eventuelt underskud i øvrig personlige indkomst, som ejeren måtte have.

Dette giver ikke et endegyldigt facit på, hvilken selskabsform som er mest optimal til start af virksomhed – det afhænger fuldstændigt af, hvilken situation den enkelte iværksætter er i. Derimod kan det kommende afsnit være med til at udligne forskellene på de to alternativer.

Vi har tidligere beskrevet, hvorledes man nu med IVS'ets indførelse og dens status som kapitalselskab, har mulighed for at anvende et IVS som komplementar i et K/S. Dette betyder, at man har mulighed for at opnå fordele fra begge selskabsformer ved K/S' skattemæssige transparens.

Opstiller man det eksempel, at en iværksætter ønsker begrænset hæftelse, og forventer et underskud i opstartsfasen, som iværksætteren også ønsker at fratække i anden indkomst, så vil denne konstruktion være mulig:

Iværksætteren stifter et K/S IVS og Co. bestående af Iværksætter-IVS med en selskabskapital på 1 kr. som komplementar og Iværksætter personligt som kommanditist. Hertil fastsætter Iværksætter indskuddet for kommanditisten, som i dette tilfælde vil være Iværksætteren selv, og hvorvidt der skal være yderligere hæftelse. Herved er den begrænsede hæftelse opnået via Iværksætter-IVS, og der vil være mulighed for at fratække underskuddet i den personlige indkomst hos Iværksætteren og i anden eventuel aktivitet i komplementar-IVS'et. Underskudsfordelingen fastsættes imellem parterne i K/S-kontrakten.

Kommanditisten kan kun fratække den andel, som personen har indskudt og hæfter for. Yderligere er der mulighed for at inddrage en eventuel ægtefælle eller partner ved, at personen også foretager et indskud, hvortil den nye kommanditist har mulighed for at fratække sit indskud i personlig indkomst, såfremt K/S'et stadig giver underskud.

Den begrænsede hæftelse er ikke ubetinget

Som der er blevet nævnt adskillige gange, giver IVS'et begrænset hæftelse for 1 kr. – men det er dog vigtigt at pointere, at det for alle kapitalselskaber gælder, at erstatnings- og evt. strafansvar kan blive gældende. Der er flere betingelser, der her skal være opfyldt bl.a. culpa, men såfremt tredjemand, eksempelvis kreditor, bliver påført skade, og selskabets ejere har handlet ansvarspådragende, så kan pågældende blive personligt erstatningsansvarlig på selskabets vegne.

Ligeledes kan dette ved koncernforhold medføre hæftelsesgennembrud. Hvis datterselskabet har handlet uagtsomt over for tredjemand, og denne skal erstatte et tab, som den ikke selv kan dække, så kan moderselskabet blive ansvarligt. Selv om det udadtil godt kan se ud som om, at moderselskabet ikke er medskyldigt, så er der ofte tegn på, at datterselskabet styres oppefra og agerer ud fra moderens ordrer. Dette kan derved medføre, at moderselskabet kan komme til at hæfte for et datterselskab, som går konkurs,

grundet moderens indblanding – og på den måde hæfter moderen selv for de forpligtelser for en/flere bestemte kreditorer, som moderen har bedt datteren om at påtage sig.

Det kan ikke understreges nok, at man skal være opmærksom på, at selv om man har begrænset hæftelse, så tillader dette ikke, at man handler uansvarligt og uagtsomt over for tredjemand, der kan komme til at lide tab. Derfor er IVS nødvendigvis ikke for alle, idet man skal have en vis forretningsforståelse og ansvarsbevidsthed, da mangel på disse kan medføre personlige tab. IVS'et giver ikke mulighed for, at man handler forsømmeligt og tror, at ens kreditorer derved kun har selskabskapitalen at gå efter – i sidste ende står man til regnskab for sine uansvarlige handlinger, om det er i form af kapitalselskab eller personligt.

Nye selskabsretlige strukturer med Iværksætterselskabet

Som beskrevet, kan IVS'et anvendes til flere formål, herunder som del af et koncernforhold. IVS'et åbner op for billigere holding- og koncernkonstruktioner. Betragter man en holding-konstruktion, bestående af to IVS'er, er udgangspunktet, at man vil blive ramt af udbyttebegrænsningerne således, at der skal opnås 50.000 kr. i hver IVS for, at der kan udbetales udbytte til den ultimative ejer. Dette er særdeles uhensigtsmæssigt. Sammenligner man med en ApS holding-konstruktion kan man nøjes med at have en samlet selskabskapital på 50.000 kr. for at kunne udbetale udbytte. Man må formode, at dette ikke har været hensigten med indførelsen af IVS, at en IVS holding-konstruktion har ringere forhold for udbetaling end ved en ApS holding-konstruktion.

Grundet ovenstående er man presset til at finde måder at omgå udbyttebegrænsningerne. For at kunne få kapitalen til udbytte hos den ultimative ejer, er der mulighed for at anvende en kapitalnedsættelse til overkurs med kontant udbetaling. Denne metode har været gennemgået i tidligere afsnit, derfor vil den ikke blive gennemgået yderligere her. Ønsker man derimod ikke at få kapitalen til udbytte hos den ultimative ejer, har man mulighed for at foretage en kapitalforhøjelse i moder-IVS på baggrund af værdien i datter-IVS. Derved kan kapitalen anvendes oppe i moder-IVS fremfor at være bundet i datter-IVS. Denne metode har også været gennemgået, derfor vil der her ikke beskrives yderligere. Som en sidste metode til at få kapitalen op til moder-IVS må det antages, at der som ved alle andre koncernforbindelser er mulighed for at foretage et koncernlån fra IVS-datter til IVS-moder. Der er ikke i lovgivning specifikt beskrevet, at der ikke er mulighed for, at en IVS-konstruktion kan foretage et koncernlån, og derved må dette antages at være fuldkommen legalt.

Det må forventes, at det bliver ændret med tiden, således at udbyttebegrænsningerne bliver mere strømlinet, således at iværksætteren med lav kapital, og en god ide, ikke behøver at betale for en fagkyndig, en revisor eller lignende, for at kunne få udbytte ud fra selskabet. Eller også kan det faktisk, at det ikke er

muligt at håndhæve udbyttebegrænsningerne, ende med, at man afskaffer IVS-formen, og i stedet anvender en form for ApS med lavere kapitalkrav, som nævnt i ovenstående afsnit. En anden drastisk mulighed kunne være at anvende den tyske model, hvor udbyttebegrænsningen vil blive hævet efter et år. På baggrund af antagelsen om, at hvis IVS'et har overlevet i et år, har selskabet været drevet forsvarligt, og selskabet vil fortsat blive drevet forsvarligt.

Udenlandsk selskab som alternativ

Som opsummering på tidligere afsnit, kan der udledes hvilke fordele, der er for iværksætteren, der vil etablere selskab i udlandet. Det vi kom frem til fra tidligere afsnit, kapitel 4: Hovedpunkter, viste, at det er mest fordelagtigt at etablere sig i det land, man er bosiddende i, da det er for besværligt at leve op til de betingelser, som er stillet for at kunne opnå de udenlandske fordele.

I følgende tilfælde kan det vise sig at være fordelagtigt at etablere et udenlandsk selskab:

Selskabet befinder sig i en stat med lavere selskabsskat

Her er det en betingelse, for at kunne opnå fordelene af den lavere selskabsskat, at den daglige ledelse er i den pågældende stat. Herved har man sikret, at selskabet undgår skattepligt i Danmark, jf. SEL § 1, stk. 6. Samtidig skal det sikres, at selskabet ikke har en filial (fast driftssted) i Danmark, som da ville udløse begrænset skattepligt, jf. SEL § 2, stk.1, litra a. På den måde drager man nytte af fordelene ved at have et selskab i udlandet, hvor der er lavere selskabsskat. Hvis man som bosiddende i Danmark vil trække penge ud af selskabet, i form af udbytte, skal man dog være opmærksom på beskatningen af aktieindkomst. Denne beskatning kan da, såfremt det udenlandske selskab ejes af ens danske holdingselskab, blive skattefri – men igen, vil man som ultimativ ejer blive beskattet, når pengene trækkes ud.

Hvis ejeren planlægger at forlade Danmark

Som tidligere belyst, kan det bedst betale sig at drive virksomhed i det land, man er bosiddende i. Herved hvis man planlægger at forlade Danmark og flytte sit selskab til udlandet, skal man her være opmærksom på aktieavancebeskatning, idet aktierne afstås, samt exitbeskatning.

Lokal aktivitet i det pågældende land

Det kan i visse tilfælde blive fordelagtigt at vise en vis form for tilknytning til det land, man vil udvide sin aktivitet til. Filialoprettelsen er altid en mulighed, men det kan overvejes, om det er bedre at stifte et reelt selskab i det pågældende land. Den frie bevægelighed i EU kræver ingen reel oprettelse af hverken filial eller selskab i landet, man vil operere i – men det vil alt andet lige udvise mere engagement og tydelige signaler om tilknytning til f.eks. ens samarbejdspartnere/kunder i Tyskland, hvis man har oprettet et GmbH til formålet. Såfremt man vælger dette, er det mest hensigtsmæssigt, at GmbH'et er et datterselskab, der ejes

af et dansk selskab – på den måde indgår disse i en koncern, der er forbundet via SEL § 31A om international sambeskatning. Herved kan et evt. underskud i GmbH'et fratrækkes i det danske selskab.

Konklusion

Formålet med denne afhandling har været at belyse bevæggrundene for indførslen af Iværksætterselskabet i Danmark. Dette har været søgt besvaret gennem analyse af henholdsvis engelsk, tysk og dansk selskabsret, hvor der er kommet frem til, at lovgivningerne ligner hinanden på mange punkter, grundet inspirationen fra primært engelsk selskabsret. Der er udledt, at EU-retten har haft stor indflydelse på tilblivelsen af IVS. EU-retten, især i form af udfaldene af Centros, Überseering og Inspire Art, har givet en stor etableringsfrihed, hvilket har medført, at selskabsformen UG i Tyskland og sidenhen IVS'et i Danmark er blevet til.

Her er der enkelte fordele og ulemper ved at etablere sig i et af de tre lande, hvor den engelske er den mest liberale og den skatteretligt mest optimale. Den danske selskabsret har i høj grad tilpasset sig den engelske med indførelse af IVS, som udligner en del af fordelene ved at stifte et Ltd. Grundet, at den nye tyske og danske selskabsform udspringer af det engelske Ltd., har disse selskabsformer mange fællestræk. Derfor kan det konkluderes, at de få fordele ved at vælge en grænseoverskridende etablering ikke opvejer ulemperne ved dette.

Ser man på det tyske UG, kan der ikke fra et dansk synspunkt ses store fordele i at stifte denne selskabsform. Grundlæggende ligner UG både Ltd. og IVS – derved er der ingen fordele at opnå inden for hovedpunkterne, herunder bl.a. indskud/hæftelse. Derudover er Tyskland et selskabsskatteretligt meget dyrt land, hvilket gør landet mindre attraktivt at etablere sig i forhold til Danmark og England. Derfor kan det konkluderes, at Tyskland vil være det mindst fordelagtige selskab at etablere sig i som dansk bosiddende. Herved er det ikke den mest optimale selskabsform, men der vil derimod være andre faktorer, som fysisk tilstedeværelse i landet og signalværdi til sine interessenter i landet, som vil ligge til grund for en etablering.

Betragter man det engelske Ltd. isoleret set er denne selskabsform den mest optimale. Landet har den mest liberale lovgivning, hvilket medfører mulighed for aktionærlån og lavere selskabsbeskatning. Derudover er kravene til regnskab og indskud/hæftelse lig de danske og tyske. Ser man hertil den danske iværksætters etablering, skal den skattemæssige stilling tages i betragtning. Som skattepligtig til Danmark kan man ikke drage fordel af den engelske selskabsskatteret. For at kunne opnå det optimale fra den engelske selskabsskatteret, kræver dette en decideret fysisk ledelse i England – hvis ikke en fysisk ledelse er at forefinde i England, vil overskuddet først blive beskattet i England, og derefter vil det danske skattevæsen kræve yderligere beskatning, så selskabet sammenlagt har betalt den danske selskabsskatteprocent. Skal iværksætteren personligt have gavn af den også lavere engelsk personbeskatning kræver dette, at

iværksætteren bliver frigjort fra sin danske skattepligt og bliver tilknyttet skattemæssigt til England. Dette vil i de fleste tilfælde være noget besværligt for at opnå den lave selskabsskat på 20 %, som den er i England, frem for de 22 % i Danmark.

Derudover har man valgt fra dansk side at eliminere en af de væsentligste fordele ved engelsk, men også tysk, selskabsret. Det er i disse lande tilladt selskabsretligt at udstede aktionærlån, hvorimod det efter den danske selskabsret er forbudt, jf. SL § 210. Ud over dette er der med LL § 16E indsat en restriktion, der udløser en beskatning for aktionæren for dennes lån fra selskabet. Dette medfører, at man som dansk bosiddende med et selskab i eksempelvis England, hvor der er en del fordele, som beskrevet ovenfor, bliver beskattet af dette lån på trods af, at dette er fuldtud lovligt i England. Derfor påvirker denne faktor en bosiddende i Danmark, som ønsker etablering i udlandet. For at kunne opnå denne fordel er det nødvendigt at løsrive sig fra sin skattepligt til Danmark ved at foretage en fysisk flytning til i dette tilfælde England. Denne restriktion vurderes at være EU-stridig, da den i forhold til egnethed ikke er proportional.

Derved kan det konkluderes, at et IVS vil være det mest fordelagtige valg af etablering for den danske iværksætter, da det er for besværligt at opnå de marginale fordele ved det engelske Ltd. Dog er der, modsat den engelske selskabsform, krav til det danske IVS om henlæggelse af overskud til en bunden reserve. Den bundne reserve gør, at der ikke kan udbetales udbytte, før selskabskapital og den bundne reserve udgør 50.000 kr. Dog kan det konkluderes, at der er mulighed for at omgå denne lovgivning. Der er mulighed for at foretage en kapitalnedskrivning til overkurs med kontant udbetaling. Dette betyder, at ejeren kan trække udbytte ud, når der er midler til det i selskabet, mens han personligt bliver beskattet som udbytte. Derudover er der mulighed, såfremt IVS'et indgår i en koncern at foretage et koncernlån fra datterselskab til moderselskab, og derved har moder mulighed for at udnytte den kapital som er opbygget i datter-IVS'et.

Ud fra ovenstående, er vi kommet frem til bevæggrundene for indførelsen af IVS'et. Denne nye selskabsform, som reglerne er nu, har levet op til de hensigter, som var tiltænkt med indførelsen vedr. de lave kapitalkrav og større frihed for iværksættere. IVS-formen har åbnet op for en del muligheder, som f.eks. benyttelse af IVS i holding-struktur og anvendelse af IVS som komplementar i K/S og P/S. Den danske lovgivning har dog, som nævnt ovenfor, begrænset fordelene vedr. anvendelse af udenlandske selskaber, heriblandt det engelske Ltd., gennem LL § 16E. Såfremt denne restriktion bliver ophævet, vil situationen være en anden, og forskellen på fordelene mellem IVS'et og Ltd. vil blive markant mindre.

IVS-formen, med nuværende lovgivning, har udlignet den store forskel imellem den engelske og danske selskabsret, endda i så høj grad, at IVS'et anses som det mest optimale valg for en dansk iværksætter.

Litteraturliste

Litteratur

- Erik Werlauff & Thomas Rønfeldt: LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning, Karnov Group A/S, Skattepolitiskoversigt 2013.267.
- Erik Werlauff: Valg af virksomhedsform, Werlauff Jura, 2015.
- Eurostat Statistical books (European Commission): Taxation trends in the European Union, 2015 edition
- Henrik Kure: EU-ret kompendium, Thomson Reuters Professional A/S, 4. udgave, 2010
- Hogan Lovells: Doing business in Germany, 2014
- Karsten Engsig Sørensen: EU-domstolens seneste praksis om selskabsret: Überseering og hovedsæde teori, Nordisk tidsskrift for selskabsret, 2002:4.
- Mads Andenas & Frank Wooldridge: European Comparative Company Law, Cambridge University press, 2009
- Niels Fenger, Mads Bryde, Lars Bo Langsted & Lars Lindencrone Petersen: Festskrift til Erik Werlauff, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 2012
- Peter Thor Kellmer & Jesper Seehausen: forbuddet mod kapitalejerlån og undtagelserne hertil, Revision & regnskabsvæsen nr. 6, 2012
- Skatteministeriet: 2011/1 LSF 199
- Stephen Mayson, Derek French & Christopher Ryan: Company Law, Oxford University Press, 24th edition, 2007
- Troels Michael Lilja: Iværksætterselskaber, Karnov Group Denmark A/S, 1. udgave, 2015

Internetkilder

- Den Store Danske:
[http://denstoredanske.dk/Samfund, jura og politik/Jura/Retssammenligning, komparativ ret/komparativ ret/komparativ ret \(Retssammenligningens metode\)](http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Retssammenligning,_komparativ_ret/komparativ_ret/komparativ_ret_(Retssammenligningens_metode))
- Dantax: <http://www.dantax.dk/nyheder/article/news/revisionspligt-i-tyskland/>
- Erhvervsstyrelsen: <https://erhvervsstyrelsen.dk/amba-smba-fmbahttps://erhvervsstyrelsen.dk/ivaerksaetterselskaberne-er-i-god-form>
- Companies Act 2006: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>
- Gov.UK: <https://www.gov.uk/corporation-tax>
- Gov.UK: <https://www.gov.uk/government/publications/rates-and-allowances-corporation-tax/rates-and-allowances-corporation-tax>

- Gov.UK: <https://www.gov.uk/tax-on-dividends/how-dividends-are-taxed>
- KPMG, Corporate tax rates table: <https://home.kpmg.com/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-online.html>
- Iværksætteren.dk: <http://www.ivaerksaetteren.dk/flx/artikler/6/er-det-vaerd-at-overveje-et-s-m-b-a-548>
- Rettysk.dk Njord februar 2016: <http://www.rettysk.dk/erhverv/selskabsret/>
- PWC Germany: <http://taxsummaries.pwc.com/uk/taxsummaries/wwts.nsf/ID/Germany-Corporate-Withholding-taxes>
- Bundeszentralamt für Steuern: http://www.steuerliches-info-center.de/EN/SteuerrechtFuerInvestoren/Unternehmen_Inland/Koerperschaftsteuer/Koerperschaftsteuer_node.html;jsessionid=6E2CED9D0927E7D70790E90E78756207.intranet2

Domme

- California Kleindienst U.1998.1534H
- Cartesio bt. C-210/06
- Centros C-212/97
- Gebhard C-55/94
- Inspire Art C-167/01
- Rau C-261/81
- SEVIC C-411/03
- Überseering C-208/00
- VALE 378/10