

Cand.merc.aud. - Kandidatspeciale

Kapitalejerlån – forskkel mellem selskabsret og skatteret

Udarbejdet af Kris Eggertsen & Chalotte Søgaard
Vejledt af Gitte Søgaard

Oktober 2015

Indholdsfortegnelse

1	LÆSEVEJLEDNING	4
2	SUMMARY	5
3	INDLEDNING	8
3.1	PROBLEMMOMRÅDE	8
3.2	PROBLEMFORMULERING	10
3.3	AFGRÆNSNING	11
3.4	METODE	14
3.4.1	<i>Projektdesign</i>	<i>14</i>
3.4.1.1	Beskrivelse af projektdesign	14
3.4.2	<i>Valg af juridisk metode</i>	<i>16</i>
3.4.3	<i>Vurdering af litteraturens svagheder og styrker</i>	<i>17</i>
4	SELSKABSRETligt KAPITALEJERLÅN	19
4.1	HISTORISK UDVIKLING I SELSKABSLOVGIVNINGEN	19
4.1.1	<i>Lovgivning før 1973</i>	<i>19</i>
4.1.2	<i>Lovgivning efter 1973</i>	<i>20</i>
4.1.3	<i>Selskabsreformen 2010</i>	<i>22</i>
4.1.4	<i>EU-retlige forpligtelser</i>	<i>23</i>
4.2	HVAD ER OMFATTET AF SELSKABSLOVENS § 210?	24
4.3	HVEM ER OMFATTET AF SELSKABSLOVENS § 210?	25
4.3.1	<i>Fysiske personer</i>	<i>25</i>
4.3.2	<i>Juridiske personer</i>	<i>26</i>
4.4	HVEM OG HVAD ER IKKE OMFATTET AF SELSKABSLOVENS § 210?	27
4.4.1	<i>Koncernlån- og sikkerhedsstillelser</i>	<i>27</i>
4.4.2	<i>Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner</i>	<i>28</i>
4.4.3	<i>Pengeinstitutter mv.</i>	<i>31</i>
4.4.4	<i>Udlån til medarbejdere</i>	<i>31</i>
4.4.5	<i>Selvfinansiering</i>	<i>32</i>
4.5	SELSKABSRETlige RETSVIRKNINGER VED OVERTRÆDELSE AF SELSKABSLOVENS § 210	33
4.5.1	<i>Tilbagebetalingspligt og forrentning</i>	<i>34</i>
4.5.2	<i>Ledelses- og erstatningsansvar</i>	<i>34</i>
4.5.3	<i>Strafferet</i>	<i>36</i>
4.5.4	<i>Konkursret</i>	<i>37</i>

5	SKATTERETLIG AKTIONÆRLÅN	38
5.1	LOVFORARBEJDET OG BEHANDLING AF L 199.....	38
5.2	HVEM ER OMFATTET AF LIGNINGSLOVENS § 16 E	42
5.2.1	<i>Kredsen af långivere</i>	<i>42</i>
5.2.2	<i>Kredsen af låntagere.....</i>	<i>43</i>
5.3	HVAD ER OMFATTET AF LIGNINGSLOVENS § 16 E.....	46
5.3.1	<i>Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner</i>	<i>47</i>
5.3.2	<i>Pengeinstitutter mv. samt selvfinansiering</i>	<i>49</i>
5.4	SKATTEMÆSSIGE RETSVIRKNINGER VED OVERTRÆDELSE AF LIGNINGSLOVENS § 16 E.....	50
6	ANALYSE AF FORSKEL MELLEM SELSKABSLOVENS § 210 OG LIGNINGSLOVENS § 16 E SAMT TILKNYTTED UNDTAGELSESBESTEMMELSER	52
6.1	KREDS AF LÅNGIVERE	55
6.2	KREDS AF LÅNTAGERE.....	56
6.3	HOVEDREGEL FOR HVAD DER ER OMFATTET AF KAPITALEJERLÅN	58
6.4	UNDTAGELSE TIL HOVEDREGLEN – KONCERNLÅN- OG SIKKERHEDSTILLELSER.....	59
6.5	UNDTAGELSE TIL HOVEDREGLEN – SÆDVANLIGE FORRETNINGSMÆSSIGE DISPOSITIONER	59
6.6	UNDTAGELSE TIL HOVEDREGLEN – SÆDVANLIGE LÅN FRA PENGEINSTITUTTER.....	62
6.7	UNDTAGELSE TIL HOVEDREGLEN – LÅN TIL MEDARBEJDERE	63
6.8	UNDTAGELSE TIL HOVEDREGLEN – LÅN TIL SELVFINANSIERING	64
6.9	SANKTIONER – SELSKABSRET OG SKATTERET.....	65
6.9.1	<i>Ulovlig kapitalejrlån i henhold til SEL § 210 og LL § 16 E</i>	<i>65</i>
6.9.2	<i>Ulovlig kapitalejrlån i henhold til SEL § 210, men lovligt i henhold til LL § 16 E eller omvendt ...</i>	<i>66</i>
7	LIGNINGSLOVEN § 16 E – ER FORMÅLET OPNÅET?.....	67
7.1.1	<i>Opdagelse af udlån i praksis.....</i>	<i>67</i>
7.1.2	<i>Fravalg af revision</i>	<i>70</i>
7.1.3	<i>Stemningen før og efter indførsel af LL § 16 E.....</i>	<i>73</i>
7.1.4	<i>Revisors udfordringer med et komplekst regelsæt</i>	<i>74</i>
8	KONKLUSION	76

10	LITTERATURLISTE	79
10.1	LOVGIVNING.....	79
10.2	BØGER	79
10.3	RAPPORTER.....	79
10.4	AFGØRELSER.....	80
10.5	ARTIKLER	80
10.6	PLANCHER	80
10.7	HJEMMESIDER	81
11	BILAG 1	82

1 Læsevejledning

Denne læsevejledning er medtaget for at give klarhed over de betegnelser og forkortelser som er anvendt i dette kandidatspeciale.

Selskabsretligt og skatteretligt anvendes der ikke samme betegnelse for kapitalejerlån. Aktionærlån er den skatteretlige betegnelse, mens kapitalejerlån er den selskabsretlige betegnelse. I dette kandidatspeciale har vi valgt at anvende betegnelsen kapitalejerlån, som en fælles betegnelse, når der både tales om selskabs- og skatteretlig henseende. Kun i skatteretlig henseende alene anvendes betegnelsen aktionærlån.

Gældende for både selskabsret og skatteret omfatter et kapitalejerlån følgende: lån, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed. I kandidatspecialet vil vi alene anvende betegnelsen udlån som en samlet betegnelse for lån, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed.

Endvidere anvendes flere love i kandidatspecialet. Disse love er i alle tekstafsnit forkortet med nedenstående forkortelser:

Ligningsloven	LL
Selskabsloven	SEL
Selskabsskatteloven	SSL
Årsregnskabsloven	ÅRL

2 Summary

Over the past few years, loans to shareholders and members of management have attracted increased media attention, and now politicians also pay special attention to this issue. According to the politicians, further sanctions are needed to be able to suppress loans to shareholders and members of management. So far, loans to shareholders and members of management have been regulated by the Danish Companies Act, but due to a wish for more sanctions against these loans, a new legal provision was implemented in tax law in 2012.

The new provision in the Danish Tax Assessment Act has been heavily criticised – both during the reading process and subsequently when the provision was going to be implemented. Part of the criticism has been directed to the question whether new legislation will be just the right solution for suppressing the illegal loans to shareholders and members of management. Moreover, it requires much coordination when two provisions with different backgrounds and sanction possibilities must cover the same problem area.

In the Master's thesis "Loans to shareholders and members of management – the difference between company law and tax law" it is found interesting to further examine loans to shareholders and management members in relation to company law and tax law. The examination includes a description, analysis and assessment of whether there is a difference between the two provisions and whether the purpose of implementing an additional statutory provision in tax law has been fulfilled.

First, the thesis describes the company law history. Loans to shareholders and members of management have been part of company law for many decades, and the development of this contributes to forming the statutory provision of the current company law. Based on history, the statutory provision of the Danish Companies Act is further examined, including who and what is subject to the ban on loans to shareholders and members of management. Loans from limited liability companies to the shareholder and management are subject to the provisions of S. 210 of the Danish Companies Act. Loans should be understood as loans, collateral and funds made available. Moreover, the Danish Companies Act includes exemption clauses on usual business transactions etc.

As stated above, the tax law provision against loans to shareholders and members of management is quite new. Previously, loans to shareholders and members of management were regulated by the tax assessment guidelines, but in August 2012, L 199 was introduced. The

bill will be closely examined, including the development from introduction of the bill until its adoption. The examination will also include comments on the inconveniences of the bill introduced. Some of these inconveniences were that legal persons were included in the group of borrowers and that funds generated from operations were not exempt from the provision as in company law. After reading of the bill, these inconveniences have been adjusted in the provision. Subsequently will be describe who and what is comprised by the ban against loans to shareholders and members of management in pursuance of the tax law. Loans from limited liability companies etc. to natural persons with controlling influence are subject to the provisions of S. 16 E of the Danish Tax Assessment Act. Loans are defined as in company law. Similarly, exemption clauses are inspired from company law, but here there are, however, interpretation differences.

When a new and supplementary statutory provision is adopted, there is a risk that there will be a difference between the existing provision and the supplementary provision. This thesis has analysed and assessed these differences. It appears that there are material differences in the group of borrowers and lenders in the wording of the Act, and in practice a significant difference has also developed when referring to the exemption clause on usual business transactions. On the other hand when it comes to loans to shareholders and members of management the Act is consistent.

Finally, the thesis assesses whether the purpose of the implementation of a supplementary provision in tax law has been fulfilled at this time after well over three years. It clearly shows that the purpose has not been fulfilled as there are still illegal loans to shareholders and members of management. The thesis also discusses some of the circumstances which can be blamed for the failure to fulfil the purpose. The discussion is focused on the process in which the Danish Business Authority and the Danish Tax Administration must identify the loans to shareholders and members of management. This process is complicated by the possibility to detect the loans, especially due to opt-out of audit as well as the administrative process, which is relatively heavy. The heavy process contributes to a long process time from the time when the illegality arises until it is sanctioned. Finally, the auditor's important role is discussed in relation to identification of the loans to shareholders and members of management as well as the challenge faced by shareholders etc when trying to understand the complex set of rules.

The Master's thesis "Loans to shareholders and members of management – the difference between company law and tax law" takes an approach to loans to shareholders and members of management which has not previously been dealt with, with special focus on illustrating the company law and tax law differences as well as clarifying whether the purpose of the provision in tax law has been fulfilled.

3 Indledning

3.1 Problemområde

De famøse kapitalejerlån har gennem de seneste år fået en øget opmærksomhed hos politikkerne, og medierne har flittigt sørget for at informere den danske befolkning omkring de ulovlige kapitalejerlån. I Børsen forklarer professor ved CBS Caspar Rose, hvad problemet egentligt er ved de ulovlige kapitalejerlån: *”Der er jo ingen garanti for, at pengene nogensinde vil blive betalt tilbage, og ved at trække store summer ud, udhuler ejeren kapitalen i virksomheden, og det kan i sidste ende betyde, at aktionærer og kreditorer går glip af deres penge¹”*

Fænomenet er dog ikke helt nyt, og selskabsretlig har de ulovlige kapitalejerlån altid haft et vist fokus. I 1952 blev der i den daværende aktieselskabslov indført det første forbud mod ulovlige kapitalejerlån. Sidenhen er lovgivningen tilpasset løbende, og det selskabsretlige forbud mod ulovlige kapitalejerlån står i dag skrevet i SEL § 210.

Men hvis den selskabsretlige lovgivning siden 1952 har omfattet forbud mod ulovlige kapitalejerlån, kan det så virkelig passe, at der fortsat er en problemstilling her mere end 60 år senere? Desværre er svaret et simpelt ja. I 2013 foretog FSR – danske revisorer en undersøgelse af de ulovlige kapitalejerlån fra 2006 til 2012. Af undersøgelsen fremgår det, at de ulovlige kapitalejerlån var på sit højeste i 2011, hvor revisorerne fandt 16.427 ulovlige kapitalejerlån². Siden 2011 har de ulovlige kapitalejerlån dog været faldende, og i 2013 fandt revisorerne omkring 10.000 ulovlige kapitalejerlån³.

Med 16.427 ulovlige kapitalejerlån i 2011 mente politikkerne – blandt andet med pres fra medierne, at der var behov for en skærpelse i forhold til den eksisterende lovbestemmelse i SEL, og i 2012 blev L 199 – forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven vedtaget og LL § 16 E indført. Fra og med d. 14. august 2012 er der således to lovbestemmelser med det fælles formål at forhindre de ulovlige kapitalejerlån.

¹ Artikel: ”Tusindvis bruger firmaet som ulovlig kassekredit”, Børsen, 10.11.13

² Plancher fra SMV-forum 2014, Comwell Middelfart, Seniorrådgiver, cand.merc.aud., ph.d. Jesper Seehausen, d. 16.01.14

³ Artikel: ”Ulovlige aktionærlån er stadig en plage”, Andersen, Lone, Jylland Posten, 08.12.14

LL § 16 E har dog fået en del kritik – både under lovbehandlingen og efterfølgende, da den skulle føres ud i praksis. En del af kritikken har været, hvorvidt en yderligere lovgivning var den helt rigtige løsning for at komme de ulovlige kapitalejerlån til livs. Vedtagelse af en yderligere lov til afdækning af en problemstilling kræver en skarp koordinering mellem den eksisterende lovbestemmelse og den nye lovbestemmelse, således der ikke opstår u hensigtsmæssige forskelle, som kan give problemer i praksis. Men er der i den endelige version af LL § 16 E overhovedet taget højde for koordineringen mellem eksisterende den lovbestemmelse og den nye lovbestemmelse? Eller ønsker man fra politisk side slet ikke at koordinere de to lovbestemmelser?

Nok er der sket et statistisk fald i antallet af ulovlige kapitalejerlån, men som formanden for FSR – danske revisorer, Morten Speitzer, påpeger, så er det ikke sikkert, at tallene giver det reelle billede af virkeligheden⁴. Derfor kan man stille spørgsmålet, om vedtagelse af LL § 16 E har opnået den ønskede effekt.

I foråret 2014 blev L 200 fremsat og senere vedtaget i efteråret samme år. Formålet med L 200 er at dække et hul i virksomhedsskatteordningen, hvor virksomhedsejeren tidligere havde mulighed for at låne penge af sin virksomhed uden nogen egentlige konsekvenser. Dette er endnu et eksempel på, at der er kommet fokus på udlån fra virksomheder til ejerne.

Som det fremgår af ovenstående er problemstillingerne relateret til kapitalejerlån mange. Hvad omfatter et kapitalejerlån? hvorfor vedtagelse af supplerende lovbestemmelse? og er formålet med vedtagelse af supplerende lovbestemmelse overhovedet opnået? Disse problemstillinger er blot få af mange relateret til kapitalejerlån, og som studerende på cand.merc.aud. finder vi det interessant at undersøge nogle af disse problemstillinger nærmere.

⁴ Artikel: ”Tusindvis bruger firmaet som ulovlig kassekredit”, Børsen, 10.11.13

3.2 Problemformulering

I dette kandidatspeciale er fokuseret på følgende problemformulering:

”Er der forskel mellem selskabslovens § 210 og ligningslovens § 16 E, herunder de tilknyttede undtagelsesbestemmelser? Hvad er baggrunden og formålet med vedtagelse af ligningslovens § 16 E, og er den ønskede effekt af ligningslovens § 16 E opnået efterfølgende? ”

Vores problemformulering vil blive besvaret gennem følgende underspørgsmål:

- Hvordan er kapitalejerlån defineret i SEL § 210, og hvilke undtagelser er der hertil?
 - Herunder hvordan defineres kapitalejerlån selskabsretligt i praksis?
- Hvad er baggrunden og formålet med indførelse af LL § 16 E?
- Hvordan er aktionærlån defineret i LL § 16 E, og hvilke undtagelser er der hertil?
 - Herunder hvordan defineres aktionærlån skatteretligt i praksis?
- Hvilke sanktioner er der selskabsretligt og skatteretligt ved optagelse af et ulovligt kapitalejerlån?
 - Herunder hvem skal i praksis gennemføre sanktionerne?
- Hvordan opdages ulovlige kapitalejerlån, og hvordan sikres det, at alle ulovlige kapitalejerlån opdages?
- Er formålet med LL § 16 E opnået?

3.3 Afgrænsning

Ifølge afsnit 3.1 er der mange interessante problemstillinger at analysere i relation til kapitalejerlån. Vi ønsker at udarbejde et kandidatspeciale, som går skarpt på forskellene mellem selskabsret og skatteret i forhold til kapitalejerlån, herunder formål med vedtagelse af supplerende lovbestemmelse samt opnåelse af dette formål. Der findes mange relaterede problemstillinger til den valgte problemformulering, men vores ønske er ikke at udarbejde et overfladisk kandidatspeciale. Nærværende afsnit skal derfor fastsætte, hvilke områder dette kandidatspeciale ikke vil belyse, og dermed være med til at give en klar forståelse for, hvor snitfladen er mellem den valgte problemformulering og de ikke behandlede problemstillinger.

De relaterede problemstillinger, som ikke behandles i dette kandidatspeciale, er følgende områder:

- Regnskabsmæssige problemstillinger, herunder krav til revisors arbejde
- Kapitalejerlån i udlandet, herunder grænseoverskridende kapitalejerlån
- EU-rettens opbygning og påvirkning på selskabsretten og skatteretten
- Skattemæssige konsekvenser i forbindelse med renteberegning
- Skattemæssige konsekvenser inden vedtagelse af LL § 16 E
- L 200 – ændring af virksomhedsskatteloven

I det efterfølgende vil vi beskrive de enkelte problemstillinger samt begrunde, hvorfor vi vurderer, det ikke er relevant at behandle problemstillingerne i dette kandidatspeciale.

Kapitalejerlån, særligt ulovlige, er et område revisorerne har særligt fokus på, idet ÅRL stiller adskillige oplysningskrav, som skal være opfyldte, hvis der i årsregnskabet er et ulovligt kapitalejerlån. I henhold til erklæringsbekendtgørelsen skal revisor i de fleste tilfælde give supplerende oplysninger, hvis der forekommer et kapitalejerlån, ligesom revisor skal påpege, hvis oplysningskravene i ÅRL ikke er opfyldt. Såfremt revisor ikke opfylder sine forpligtelser, kan det medføre forskellige sanktioner til revisor. Dette kandidatspeciale afgrænser sig fra at behandle de regnskabsmæssige problemstillinger omkring kapitalejerlån, herunder også hvilke krav der er til revisors arbejde, idet denne problemstilling ligger uden for kandidatspecialets problemformulering i forhold til forskel mellem selskabsret og skatteret samt formål med supplerende lovbestemmelse og opnåelse af formålet.

Kapitalejerlån finder ikke blot sted i Danmark, men forekommer også i andre lande, ligesom der kan være tale om grænseoverskridende kapitalejrlån. Formålet med dette kandidatspeciale er ikke at beskrive, analysere og vurdere, hvilke selskabsretlige og skattemæssige konsekvenser sådanne kapitalejrlån har. Der afgrænses derfor fra at belyse bestemmelserne omkring kapitalejrlån i andre lande end Danmark, ligesom der afgrænses fra en belysning af grænseoverskridende kapitalejrlån. Denne afgrænsning sker ud fra en omfangsmæssig vinkel, da inddragelse af kapitalejrlån i andre lande, samt grænseoverskridende kapitalejrlån kan udgøre et kandidatspeciale alene. Vi er dog bekendte med EU-rettens relevans for selskabsretten i Danmark og i andre lande. Vi har derfor i dette kandidatspeciale medtaget et afsnit omkring EU-retten. I al væsentlighed har vi valgt at afgrænse os fra at foretage en dybdegående analyse af EU-rettens opbygning og videre betydning for den danske selskabsret. Denne afgrænsning er foretaget med den begrundelse, at baggrund for selskabsretten ikke er det centrale i dette kandidatspeciale. Selskabsretten er medtaget som en kontrast til skatteretten, hvori vi ønsker at analysere baggrund og formål.

I relation til det skattemæssige aspekt kan der blandt andet opstå en problemstilling omkring, hvilke skattemæssige konsekvenser den påløbne rente på kapitalejrlånet vil få, herunder særligt hvis rentesatsen anvendt til forrentning af kapitalejrlånet er lavere end markedsrente. Vi vurderer ikke, at belysning af denne problemstilling er med til at skabe yderligere værdi for kandidatspecialet, hvorfor vi har valgt at afgrænse os fra denne problemstilling.

Før vedtagelsen af LL § 16 blev kapitalejrlån reguleret i henhold til ligningsvejledningen samt relateret lovgivning blandt andet i forhold til LL § 2 og bestemmelser i kursgevinstloven om beskatning af gevinst og tab på fordringer og gæld. Vi vil i dette kandidatspeciale alene fokusere på de skattemæssige konsekvenser efter den 14. august 2012, hvor LL § 16 E trådte i kraft og ikke se nærmere på den skattemæssige behandling af kapitalejrlån før vedtagelse, da vi ikke vurderer, at belysning af denne problemstilling er med til at skabe yderligere værdi for kandidatspecialet.

Som nævnt i problemområdet blev der i efteråret 2014 vedtaget en ændringslov til virksomhedsskatteordningen. Ændringen kaldes populært L 200. L 200 går kort sagt på at virksomhedsejere, som driver deres virksomhed i personligt regi og anvender virksomhedsskatteordningen, ikke er stillet anderledes end kapitalejere, når de låner penge af deres virksomhed. Der var tidligere få konsekvenser ved at låne penge i en virksomhedsskatteordning, men dette blev

strammet op ved vedtagelse af L 200. Kandidatspecialet omhandler ikke denne ændringslov yderligere, selvom det kan sammenlignes med kapitalejerlånene beskrevet i dette kandidatspeciale. Begrundelsen er, at emnet er for omfangsrigt, ligesom det ikke ligger uden for kandidatspecialet egentlige problemstilling.

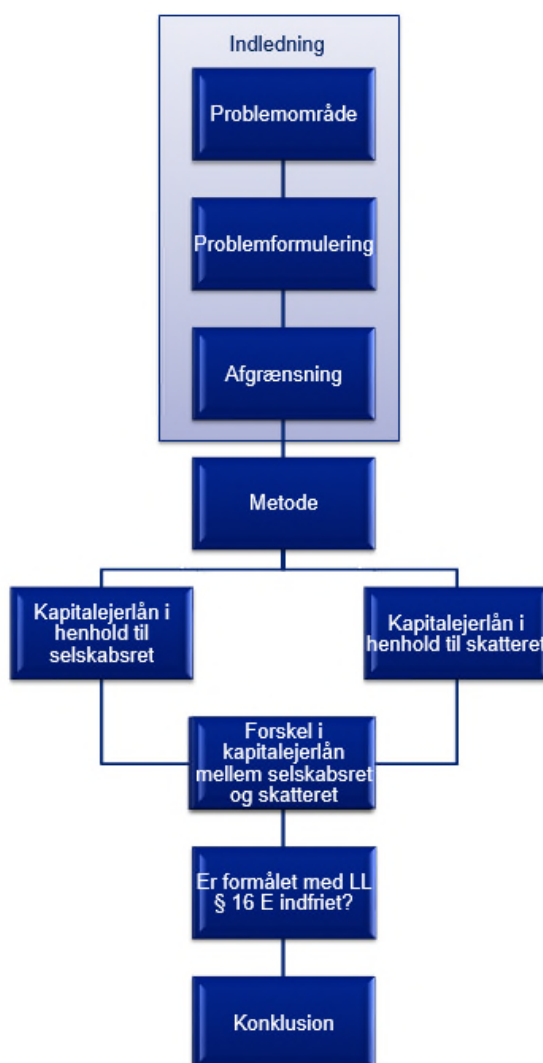
3.4 Metode

Dette afsnit skal bidrage til at forstå tankerne bag kandidatspecialet og hvilke metoder, der er anvendt i udarbejdelsen af kandidatspecialet. Afsnittet er inddelt i tre underafsnit. Indledningsvist er inddraget et projektdesign samt beskrivelse heraf til at give et overblik over specialets opbygning. Dernæst er beskrevet valg af juridisk metode, og sidst er inddraget en beskrivelse af litteraturens styrke og svagheder.

3.4.1 Projektdesign

3.4.1.1 Beskrivelse af projektdesign

Kandidatspecialets opbygning er illustreret i nedenstående figur. I dette afsnit gennemgås projektdesignet, herunder en kort beskrivelse af, hvad de enkelte hovedafsnit indeholder.



Indledningen indeholder fire delelementer, hvor første delelement starter med en bred beskrivelse af problemområder i relation af kapitalejerlån. Den brede beskrivelse indsnævres og omsættes til en problemformulering. Problemformuleringen skal forstås som en kort og præcis beskrivelse af, hvilket problemområde kandidatspecialet ønsker af afdække. Problemformuleringen understøttes af afledte underspørgsmål. Som nævnt i afgrænsningsafsnittet er der mange interessante problemstillinger i relation til problemområdet. Afgrænsningsafsnittet giver en præcis beskrivelse af, hvad der ikke ønskes belyst i kandidatspecialet samt begrundelse herfor. Herefter følger metodeafsnittet, hvor projektdesignet er omdrejningspunktet. Projektdesignet giver et overblik over kandidatspecialets opbygning og struktur. I metodeafsnittet er ligeledes inddraget et underafsnit omkring valg af juridisk metode samt et underafsnit omkring kritik af de anvendte kilder. Disse to underafsnit skal bidrage til at forstå, hvilken synsvinkel kandidatspecialet tager udgangspunkt i, herunder hvordan forfatterne har været kritiske i forhold til den inddragne litteratur. Dette giver læseren mulighed for at vurdere kandidatspecialets troværdighed.

Kandidatspecialet er efterfølgende inddelt i fire hovedområder. De første to hovedområder skal give et indblik i det grundlæggende inden for selskabsretten og skatteretten i forhold til kapitalejerlån. Selskabsretten og skatteretten er inddelt i hvert sit hovedområde. I det selskabsretlige område gennemgås først den historiske udvikling. Dette for at give en forståelse for, hvor vi er i dag, og hvorfor den gældende SEL § 210 har den ordlyd, som den har. Efterfølgende nedbrydes SEL § 210 og gennemgås detaljeret med det formål at beskrive, analysere og vurdere, overfor hvem og hvornår der er tale om kapitalejerlån og særligt de ulovlige kapitalejerlån. Kapitlet ser endvidere på, hvilke sanktioner der træder i kraft, når et ulovligt kapitalejerlån opstår. Da ulovlige kapitalejerlån kan få vidtgående sanktioner, gives der et bud på, hvordan ulovlige kapitalejerlån hænger sammen med ledelsesansvar, erstatningspligt og konkursret. Hele kapitlet er underbygget af praktiske eksempler i form af domme og kendelser.

Skatteretten og aktionærlån har ikke nogen lang historie, hvorfor dette hovedområde går i dybden med at beskrive, hvordan LL § 16 E blev til. Der gives en dybdegående gennemgang af lovbestemmelsens oprindelse, herunder den modstand som lovbestemmelsen mødte undervejs. Dernæst beskrives, analyseres og vurderes det, hvem og hvad der er omfattet af LL § 16 E. Kapitlet afrundes med, hvilke skattemæssige konsekvenser der er ved optagelse af et aktionærlån. Hele kapitlet er underbygget af praktiske eksempler i form af domme og afgørelser.

Hovedområde tre skal binde de selskabsretlige og skatteretlige kapitler sammen. Kapitlet starter med en matrix, som overordnet viser ligheder og forskelle mellem SEL § 210 og LL § 16 E og de tilknyttede undtagelsesbestemmelser. Matrixen bliver i det efterfølgende gennemgået grundigt og underbygget af praktiske eksempler med domme, kendelser og afgørelser.

Det sidste hovedområde besvarer, hvorvidt formålet med LL § 16 E er opnåelse. Kapitlet inddrager forskellige synspunkter på, om ulovlige kapitalejerlån er tættere på at blive afskaffet end tidligere. I kapitlet belyses det blandt andet, af hvem og hvordan kapitalejerlån identificeres i praksis, samt hvilken betydning fravalg af revision har i forhold til identificering af de ulovlige kapitalejerlån.

Kandidatspecialet afsluttes med en konklusion, hvor alle de besvarede underspørgsmål samles. Dette resulterer i en kort og nøjagtig besvarelse af problemformuleringen.

3.4.2 Valg af juridisk metode

En problemstilling kan besvares på forskellige måder alt afhængigt af, hvilken metode der anvendes til at anskue problemstillingen. Den i dette kandidatspeciale opstillede problemstilling er løst ved den juridiske metode, hvor der særligt er anvendt den retsdogmatiske metode og kildelæren. Dette er naturligt i forlængelse af, at der er tale om en juridisk problemstilling.

Retsdogmatik skal forstås som den gældende ret, det vil sige den gældende lov⁵. Metoden anvendes til at gennemgå og analysere, hvad der er gældende ret på et givet område. Gældende ret er typisk opstået som følge af tidligere lov – *lex anterior*⁶, hvilket tydeligt ses i udviklingen af selskabsretten.

Kandidatspecialet tager udgangspunkt i at undersøge og analysere selskabsretten og skatteretten hver for sig. Dette er gjort ved retsdogmatisk metode. Dette er gjort for senere at kunne sammenligne de to regelsæt. I forbindelse med sammenholdelse af love er der en mulighed for, at der anlægges en retspositivistisk tilgang. Retspositivisme tillægger den skrevne lov stor betydning, og giver dermed lovgivningsmagten monopol på gældende ret. Det betyder, at det

⁵ Nicolaisen, Nis, Introduktion til Juridisk metode, side 7

⁶ Hansen, Lone L. m.fl., Den juridiske metode – en introduktion, side 16

der står i loven er ret og ikke andet end det, der står i loven, er gældende ret⁷. Denne ensidige fortolkning af gældende ret er forsøgt undgået ved at anlægge en delvis hermeneutisk tilgang. Dermed bliver gældende ret set fra flere indgangsvinkler. Dette kaldes også for retlig polycentri. Et eksempel på dette er, at der i kandidatspecialet er inddraget flere kilder end blot lovteksten. Dette for så vidt angår lovkommentarer og anden juridisk litteratur.

Vi har i kandidatspecialet anvendt retskildehierarki ud fra følgende hierarki: love, lovforarbejde, domme samt afgørelser og kendelser. I hierarkiet anvendes love og lovforarbejde til at forklare selve lovteksten, mens domme samt afgørelser og kendelser er med til at uddybe forståelse af, hvorledes lov og lovforarbejde skal forstås og anvendes i praksis. Det er vigtigt at holde sig for øje, hvilken rang de forskellige retskilder har i forhold til hinanden. Rangordenen inden for de forskellige love kaldes retskildelære. Retskildelæren har derfor været et vigtigt element, når de enkelte lovbestemmelser skal forstås i praksis.

3.4.3 Vurdering af litteraturens svagheder og styrker

Kandidatspecialet inddrager en række forskellige kilder. De anvendte kilder har forskellige styrker og svagheder. Svaghederne er forsøgt nedbragt på forskellig vis. Indeværende afsnit er medtaget for at give læseren en mulighed for at vurdere kandidatspecialets troværdighed.

De anvendte hovedkilder er SEL og LL, hvilke begge er førstehåndskilder. Da problemstillingen lægger op til en fortolkning af disse love, kan det let være medvirkende til at give en entydig og subjektiv vurdering af lovteksten. Dette er søgt undgået ved at inddrage flere forskellige synsvikler. Dette i form af lovkommentarer, anden juridisk litteratur, herunder blandt andet bøger samt domme og afgørelser. Idet der særligt findes mange bøger, som kan anvendes til at besvare problemstillingen, er det søgt at anvende de mest troværdige. Dette er forsøgt ved at vurdere forfatterens troværdighed i form af vurdering af øvrig udgivet litteratur. I forhold til selve retskilden og retskildehierarkiet vurderes der at være en vis svaghed i retskildehierarkiet. Dette skal forstås i den sammenhæng, hvor der kun er love eller lovforarbejde, så man alene kun har lovteksten at støtte sig til og ikke ved, hvorledes denne lovtekst vil blive behandlet i praksis. Dette er blandt andet tilfældet for enkelte af undtagelsesbestemmelserne til SEL § 210 og LL § 16 E.

⁷ Hansen, Lone L. m.fl., Den juridiske metode – en introduktion, side 18-20

Sidst i kandidatspecialet er inddraget artikler til belysning af, hvorvidt indførelse af LL § 16 E har løst udfordringen omkring ulovligt kapitalejrlån. Artiklerne kan have en svaghed ved, at de ofte er én journalists subjektive holdning, som kommer til udtryk. Denne svaghed forsøges elimineres ved at inddrage flere forskellige artikler til belysning af samme problemstilling. Ligeledes er det forsøgt hovedsageligt at anvende artikler, som har været trykt i anerkendte medier, såsom Børsen og lignende.

Som det ses af ovennævnte er det næsten uundgåeligt, at kandidatspecialets anvendte litteratur har en eller anden form for svaghed. Disse svagheder er dog bedst muligt forsøgt elimineret på forskellig vis.

4 Selskabsretligt kapitalejrlån

4.1 Historisk udvikling i selskabslovgivningen

For at forstå den gældende selskabslov, LBK nr. 610 af 28/04/2015, gives her et indblik i udviklingen i selskabslovgivningen i Danmark med særligt fokus på kapitalejrlån.

4.1.1 Lovgivning før 1973

Danmark fik sin første aktieselskabslov i 1917⁸. Loven hentede inspiration fra den tyske, svenske og norske aktieselskabslovgivning. Aktieselskabsloven af 1917 lagde hovedvægt på selskabets eksterne forhold, herunder indsigt fra offentligheden i selskabets forhold i forbindelse med stiftelsen⁹. Loven havde en del mangler, da der blandt andet var ubegrænset mulighed for erhvervelse af egne aktier, hvilket reelt gav mulighed for, at selskabets kapitalforhold blev helt udhulet. Loven fik derfor kort levetid og blev erstattet af en ny aktieselskabslov i 1930¹⁰. Den nye aktieselskabslov fra 1930 var velgennemtænkt og en velfungerende lov, hvor mange nulevende selskaber er født under, og hvis principper fortsat er gældende på flere områder.

Hverken aktieselskabsloven fra 1917 eller 1930 indeholdt særlige bestemmelser om kapitalejrlån. Det var dog almindelig praksis, at aktieselskabets udlån til kapitalejere ansås for at indebære samme risiko for et selskabs kreditorer som en egentlig tilbagebetaling af selskabskapitalen (køb af egne aktier), hvorfor kapitalejrlån måtte anses for at stride mod aktieselskabslovens bestemmelser om kapitalnedsættelse¹¹. Denne praksis blev understøttet af Østre Landsrets dom af 17. februar 1944, men praksis blev midlertidig underkendt ved en Højesterets dom af 15. november 1951, hvor dommeren foreslog, at udlån til aktionærer ikke er direkte i strid med aktieselskabslovens regler om kapitalnedsættelse. Derfor blev der i februar 1952 stillet forslag om ændring af aktieselskabsloven, som indeholdte vidtgående forbud mod udlån af selskabskapitalen til bestyrelsesmedlemmer, aktionærer og nærtstående personer. Den 7. juni 1952 blev lov nr. 232 vedtaget indeholdende bestemmelserne §§45 a-c. Det fremgår af § 45 a, at det udelukkende er udlån fra ikke-børsnoterede selskaber, der er ulovlige. Udlån fra

⁸ Lov nr. 468 af 29. september 1917 om aktieselskaber.

⁹ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 45

¹⁰ Lov nr. 123 af 15. april 1930 om aktieselskaber.

¹¹ Betænkning nr. 362 af 1964, side 128

børsnoterede selskaber er lovlige, ligesom udlån fra bankaktieselskaber og forsikringsaktieselskaber er lovlige jf. § 45c¹².

Hermed var der indført egentlige bestemmelser i lovgivningen omkring kapitalejerlån. I de efterfølgende år pågik der diskussioner omkring, hvorvidt der fortsat skulle være en opdelingen mellem ikke-børsnoterede og børsnoterede selskaber, ligesom det blev påpeget, at reglerne var for restriktive, da der var argumenter for at lovliggøre kapitalejerlån under visse betingelser. Dette udmøntede sig i vedtagelsen af aktieselskabsloven af 1973.

4.1.2 Lovgivning efter 1973

I 1957 blev der af Handelsministeriet (nu Erhvervsstyrelsen) nedsat en kommission med den opgave at overveje yderligere ændringer i selskabslovgivningen. Dette endte ud i betænkning nr. 352 af 1964¹³. Vedrørende kapitalejerlån fastslog denne betænkning, at børsnoterede og ikke-børsnoterede selskaber skulle ligestilles, ligesom det generelt skulle være tilladt at yde kapitalejerlån under følgende betingelser:

- At lån kun blev ydet i det omfang, selskabets kapital oversteg aktiekapitalen
- At lånet skulle godkendes af samtlige bestyrelsesmedlemmer
- At der skulle stilles betryggende sikkerhed for lånet

Disse regler om kapitalejerlån var kun tiltænkt at være gældende for fysiske personer og ikke på låneforhold mellem moder- og datterselskaber¹⁴.

Et snævert udvalg blandt aktielovskommissionens medlemmer blev efter betænkning fra 1964 anmodet om at videreføre specielt det nordiske samarbejde om aktieselskabslovgivningen. Dette udmøntede sig i betænkning nr. 540 af 1969¹⁵. I denne betænkning blev spørgsmålet omkring kapitalejerlån behandlet på ny. Det resulterede i et forslag om at opretholde reglerne om kapitalejerlån som beskrevet i betænkningen af 1964. Dog med den ændring, at det ikke skulle være et krav, at lån til aktionærer skulle godkendes af samtlige bestyrelsesmedlemmer.

¹² Betænkning nr. 362 af 1964, side 128

¹³ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 47

¹⁴ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 488

¹⁵ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 48

Låneforholdet mellem moder- og datterselskaber blev foreslået som fortsat undtaget fra reglerne om kapitalejerlån.

På baggrund af de to betænkninger blev aktie- og anpartsselskabslovene¹⁶ af 1973 udformet. I aktieselskabsloven blev følgende bestemmelse indsat i § 115 *”Ydelse af lån til eller sikkerhedsstillelse for aktionærer, anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller dets moderselskab må kun finde sted med betryggende sikkerhed og alene i det omfang, hvori selskabets egenkapital overstiger den bundne egenkapitalen. Selskabets sikkerhedsstillelse er dog bindende medmindre medkontrahenten havde kendskab til, at sikkerheden var stillet i strid med foranstående. Stk. 2. I bestyrelsens protokol skal der gøres bemærkning om ethvert i henhold til stk. 1 ydet lån eller sikkerhedsstillelse. Stk. 3. Bestemmelsen i stk. 1 gælder ikke for lån til et moderselskab og sikkerhedsstillelse for moderselskabs forpligtelser. Ej heller finder bestemmelsen anvendelse på banker. Stk. 4. Et selskab må ikke yde lån til finansiering af erhvervelse af aktier i selskabet eller aktier eller anparter i dets moderselskab. Ej heller må selskabet stille sikkerhed i forbindelse med sådan erhvervelse.”*¹⁷

Den tilsvarende bestemmelse i anpartsselskabsloven var identisk med undtagelse af enkelte sproglige tilpasninger. Denne sproglige lighed mellem lovbestemmelserne blev opretholdt helt frem til SEL af 2010, hvor lovene igen er blevet slået sammen.

Det var nu muligt at foretage udlån fra selskabet, når blot vilkårene i bestemmelsen var opfyldt. Med hensyn til formuleringen omkring betryggende sikkerhed var det ikke særligt uddybet i hverken betænkningen af 1964 eller 1969. Det fremgik udelukkende, at lånet skulle være forsvarligt sikret i forhold til låntagers økonomiske formåen¹⁸. Reglerne mødte efterfølgende en del kritik i både offentligheden og Folketinget. Kritikken gik på, at reglerne blev misbrugt, idet selskaber ydede lån til kapitalejere, uden at de blev sikret i overensstemmelse med lovens krav. Der var eksempler på, at selskaber blev tømt ved successivt at yde lån til hovedaktionærer uden rente- og afdragsvilkår. Det blev også kritiseret, at de lån, der blev ydet, havde til formål at give en form for løntillæg til direktører. Lånene blev altså ydet uden hensyn til selskabernes erhvervsmæssige formål.

¹⁶ Den tidligere aktieselskabslov blev opdelt i hhv. aktieselskabsloven jf. Lov nr. 370 af 13. juni 1973 om aktieselskaber og anpartsselskabsloven jf. Lov nr. 371 af 13. juni 1973 om anpartsselskaber.

¹⁷ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 486-487

¹⁸ Betænkning nr. 362 af 1964, side 132

Med baggrund heri blev aktie- og anpartsselskabsloven ændret igen ved lov nr. 282 og 283 af 9. juni 1982, idet der blev indført et total forbud mod kapitalejerlån, som vi kender det i dag. Ifølge lovbestemmelsen må et selskab ikke yde lån til eller stille sikkerhed for aktionærer, anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller moderselskab til dette. Af lovbestemmelsen følger også, at selskabet ikke må yde lån til eller stille sikkerhed for den, der er knyttet til en af de nævnte personer ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står vedkommende nær.

Bestemmelsen omkring udlån til moderselskabet blev dog opretholdt, således det fortsat var tilladt. Tillige er dispositioner, der er foretaget med henblik på erhvervelse af aktier af eller til medarbejderne i selskaber i et datterselskab lovligt. Til brug herfor må dog alene anvendes selskabets frie reserver. Endvidere er der en undtagelse for udlån fra penge- og realkreditinstitutter¹⁹.

Fra 1982 og frem til selskabsreformen i 2010 har bestemmelserne i selskabslovgivningen ikke ændret sig.

4.1.3 Selskabsreformen 2010

Med udgangspunkt i betænkning nr. 1498 af 2008 blev lov nr. 470 af 12. juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber vedtaget. De tidligere to love henholdsvis aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven blev fusioneret til en samlet lov under betegnelsen: Selskabsloven. Aktieselskaber og anpartsselskaber blev samlet under betegnelsen: Kapitalselskaber. Formålet med den nye fælles lov var særligt at gøre dansk selskabsret internationalt konkurrencedygtigt, at samstemme reglerne for aktie- og anpartsselskaber mest muligt med hinanden og at skabe en betydelig grad af forenkling for det enkelte selskab, herunder med udeladelse af en række tidligere gældende formforskrifter²⁰.

Den centrale lovbestemmelse vedrørende kapitalejerlån findes i SEL § 210 med følgende ordlyd *”Et kapitalselskab må ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, jf. dog §§ 211-214. Tilsvarende gælder i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksom-*

¹⁹ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 487

²⁰ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 50

heder end modervirksomheder, der har bestemmende indflydelse over selskabet. 1 pkt. gælder også personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær. Stk. 2. Et kapitalselskab kan dog uanset stk. 1 yde den i stk. 1 nævnte økonomisk bistand, hvis der er tale om selvfinansiering, jf. reglerne i §§ 206-209.”

Lovbestemmelsen i SEL § 210 lægger sig tæt op ad den tidligere vedtagne i lov nr. 282 af 9. juni 1982. Der er fortsat forbud mod kapitalejerlån, men med enkelte undtagelser jf. §§ 211-214, ligesom det er blevet tilladt med selvfinansiering under visse betingelser jf. §§ 206-209, hvilket blandt andet kommer fra EU-retten jf. mere herom i afsnit 4.1.4.

Lovbestemmelsen har ikke ændret sig i de efterfølgende vedtagne ændringslove, herunder seneste vedtaget ved LBK nr. 610 af 28/04/2015.

Nærværende afsnit har givet et indblik i selskabslovgivningens udvikling siden vedtagelsen af den første aktieselskabslov i 1917. Som nævnt var det først i 1952, at der blev vedtaget en egentlig bestemmelse vedrørende kapitalejerlån. Forholdet var hidtil reguleret af retspraksis, men da retspraksis blev ændret ved dom i 1951, fandt politikerne det nødvendigt at regulere forholdet via lovgivning. Senere ved vedtagelse af en ny aktie- og anpartsselskabslov i 1973 blev reglerne lempet væsentligt, således kapitalejerlån blev lovligt under visse betingelser. Da betingelserne var for uklare medførte det en del misbrug af bestemmelsen. Bestemmelsen fik en del kritik fra omverdenen, hvorfor en ændringslov i 1982 igen ulovliggjorde kapitalejerlån i vid udstrækning. Det er også loven fra 1982, som danner baggrund for den gældende bestemmelse i SEL § 210, dog med lempelser på forholdet omkring selvfinansiering.

4.1.4 EU-retlige forpligtelser

Siden Danmarks indtrædende i EF (nu EU) er en væsentlig del af den nationale lovgivning påvirket af EU direktiver og lignende. Selvom der i afsnit 3.3 er afgrænset fra at undersøge andre landes regler på området vedrørende kapitalejerlån, er nærværende afsnit medtaget for at give en forståelse for, hvordan den danske selskabslovgivning vedrørende kapitalejerlån er påvirket af EU-retten.

I betænkning nr. 1498 af november 2008 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen) undersøgt, hvorvidt der er EU-retlige forpligtelser relateret til kapitalejerlån. I betænk-

ningen konkluderes det, at der ikke er nogen EU-regulering vedrørende kapitalejerlån, hvorfor reguleringen heraf derfor er overladt til medlemslandene selv. Dette medfører samtidig, at der er stor forskel på reguleringen i de enkelte lande. I de fleste lande tillades udlån mv. til aktionærer, anpartshavere, ledelsesmedlemmer og deres nærtstående, men med forskellige restriktioner, der har til formål at forhindre misbrug og beskytte selskabskapitalen²¹.

Som nævnt i SEL § 210, stk. 2 er selvfinansiering tilladt under visse betingelser jf. SEL §§ 206-209. Dette er inspireret af EU-retten. 2. selskabsdirektiv om selskabets kapitalforhold blev ændret i efteråret 2006. Direktivet indeholder dels tvungne ændringer, men også visse valgfrie ændringer, herunder adgangen til selvfinansiering. Indtil direktivændringen var der et absolut forbud mod selvfinansiering i 2. selskabsdirektiv. Direktivændringer betyder, at det bliver muligt for medlemslandene at tillade en begrænset form for selvfinansiering²². Danmark har med vedtagelse af SEL §§ 206-209 valgt et muliggøre denne begrænsede form for selvfinansiering. Begrænsningen ligger i, at der er en del krav, som skal være opfyldt før selvfinansiering kan tillades. Selvfinansiering er uddybet yderligere i afsnit 4.4.5.

Vi har nu belyst den historiske udvikling i selskabslovgivningen herunder EU-rettens indvirkning i den danske selskabsret. I de efterfølgende afsnit vil vi behandle kapitalejerlån i henhold til SEL § 210. Dette sker ved, at paragraffen samt de heri nævnte paragraffer blive gennemgået detaljeret for at give en dybdegående forståelse for, hvad et kapitalejerlån er, hvem der er omfattet, samt hvem og hvad der er undtaget. Afsnittene vil indeholde praktiske eksempler i form af nye afgørelser.

Ordlyden i paragraffen er nævnt i afsnit 4.1.3, hvortil der henvises.

4.2 Hvad er omfattet af selskabslovens § 210?

Det er ifølge SEL § 210 ikke tilladt at stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed. Forbuddet omfatter dermed udlån af penge eller pengeeffekter i form af checks, vekslers eller værdipapirer samt sikkerhedsstillelse i form af for eksempel kaution, garanti og tredjemands-pant. Endvidere er øvrige midler stillet til rådighed af kapitalselskabet omfattet af forbuddet.

²¹ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 488

²² Betænkning nr. 1498 af 2008, side 515

Forbuddet rammer dermed al økonomisk bistand, som kapitalsekskabet stiller til rådighed over for persongruppen omtalt i afsnit 4.3.

Dog omfatter lovbestemmelsen ikke reallån. Det vil sige lån af andre formuegoder end penge. Det kan for eksempel være firmabil eller feriebolig. Det er i denne sammenhæng vigtigt, at et sådant låne- eller udleje forhold sker på markedsvilkår, og der i øvrigt er tale om et låne/leje forhold og ikke et reelt ejeforhold, idet dette kan indebære retsstridighed i forhold til lighedsgrundsætningen i SEL § 45 og/eller udlodningsbestemmelsen i SEL § 194²³.

4.3 Hvem er omfattet af selskabslovens § 210?

4.3.1 Fysiske personer

Forbuddet omfatter alle fysiske personer, som er kapitalejere i kapitalsekskabet, eller som er medlem af ledelsen i kapitalsekskabet. Der er i lovbestemmelsen ikke indsat en nedre grænse for, hvor mange kapitalandele den fysiske person skal eje, hvorfor forbuddet reelt set rammer alle fysiske personer, som ejer én kapitalandel i for eksempel et børsnoteret selskab. Der er dog en undtagelse i SEL § 212, som gør det praktisk muligt for fysiske personer at handle hos et børsnoteret selskab, hvori der ejes kapitalandele, såfremt det er sket som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition jf. mere herom i afsnit 4.4.2.

Ledelsen skal ifølge lovbestemmelsen forstås som direktions-, tilsynsråds- og bestyrelsesmedlemmer, hvorimod repræsentantskabsmedlemmer ikke er omfattet²⁴. I praksis kan det forekomme, at en ledende medarbejder i kapitalsekskabet udadtil benævnes som direktør, men såfremt vedkommende ikke er registreret som en del af direktionen hos Erhvervsstyrelsen, vil vedkommende ikke være omfattet af personkredsen. Desuden er det forholdene på tidspunktet for udlånet, der er afgørende for, om et udlån er ulovligt. Det følger heraf, at et udlån til den, der ved låntagningen ikke er omfattet af den nævnte personkreds, ikke bliver ulovligt, selv om låntageren senere bliver omfattet af kredsen ved at indtræde i ledelsen eller ved at blive kapitalejer²⁵.

²³ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 312-313

²⁴ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 313

²⁵ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 313

For at undgå omgåelse af reglerne gælder forbuddet ligeledes for kapitalejere og ledelsen i selskabets moderselskab og andre virksomheder med bestemmende indflydelse i selskabet.

Endeligt er forbuddet gældende for personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af ovenstående ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller på anden måde står den pågældende særlig nær. Den første del af sætningen med hensyn til tilknytning via ægteskab eller slægtskab må anses for at være objektivt, mens særlig nær må anses for at være subjektivt. I L 170²⁶ nævnes det, at den subjektive del i første omgang er møntet på samlevende. Det angives dog videre, at for eksempel søskende ligeledes kan være omfattet af forbuddet. Dette skal altid bero på en konkret vurdering. Her vil det være relevant at vurdere, om transaktionen alene gennemføres på grund af det nære forhold, eller om selskabet gennemfører tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

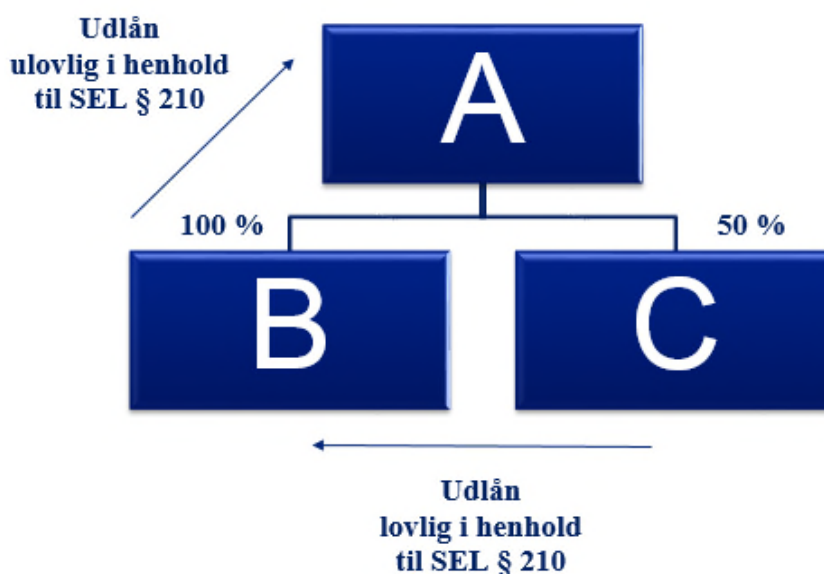
4.3.2 Juridiske personer

Forbuddet gælder også udlån til juridiske personer, som er kapitalejere i selskabet. Dog er der en undtagelse for moderselskaber jf. SEL § 211 jf. mere herom i afsnit 4.4.1. Der er ikke nogen begrænsning i de juridiske personers retsform. Det vil sige, at forbuddet gælder for såvel kapital-selskaber (A/S og ApS), personselskaber (P/S og I/S m.fl.) samt fonde og foreninger mv. Dog omfatter forbuddet ikke udlån til andre selskaber, der er kontrolleret af den samme personkreds, det såvel søster- som datterselskaber. Forbuddet er derved ikke gældende, såfremt udlånet ikke tilsigter en omgåelse af reglerne i øvrigt, for eksempel hvis låneprovenuet indirekte bliver anvendt til udbetaling til kapitalejere i låntagerselskabet. Erhvervsstyrelsen udtalte den 29. april 2010, at der kan opstilles en selskabskonstruktion, som opfylder bestemmelsen ordlyd, men alligevel vil blive betragtet som en overtrædelse, hvis konstruktionen har til formål at omgå det egentlige forbud.

Forud for vurderingen af om et udlån er modstridende med SEL § 210, er det nødvendigt med et fuldt overblik over koncernkonstruktionen, inden det kan fastlægges, om udlånet kan accepteres som en undtagelsesbestemmelse i henhold til SEL § 210.

²⁶ Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) fremsat den 25. marts 2009, side 345

I praksis kan en typisk koncernstruktur bestå af tre selskaber. Selskab A er holdingselskab for selskab B og C. A ejer 50% af selskab C og 100% af selskab B. Selskab A er dermed moderselskab for selskab B, men selskab A har ikke bestemmende indflydelse i selskab C. I henhold til ovenstående kan selskab C udlåne penge til selskab B uden SEL § 210 skal betragtes. Udlånes pengene efterfølgende videre fra selskab B til selskab A, vil det være i strid med SEL § 210 og skal dermed betragtes som et ulovligt kapitalejrlån. Nedenfor er det gældende eksempel illustreret.



4.4 Hvem og hvad er ikke omfattet af selskabslovens § 210?

Hvis reglerne i SEL § 210 undtagelsesfrit skulle efterleves, ville der opstå udfordringer i praksis, da det i et koncernforhold og i samhandels øjemed i det hel taget er naturligt at have medlemværende med den personkreds nævnt i afsnit 4.3. Derfor er der i SEL indsat flere undtagelsesbestemmelser. Indeværende afsnit vil gennemgå disse enkeltvist.

4.4.1 Koncernlån- og sikkerhedsstillelser

Forbuddet mod kapitalejrlån er ikke gældende, såfremt der er tale om et koncernforhold. Det er tilladt for et kapitalselskab at yde lån og stille sikkerhed for dets moderselskab jf. SEL § 211, stk. 1. Et selskab anses i selskabsretlig forstand som moderselskab, når det har bestemmende indflydelse over datterselskabet jf. SEL § 5, nr. 21. Et selskab kan kun have ét direkte

moderselskab jf. SEL § 6. Hvis flere selskaber opfylder kriterierne nævnt i SEL § 7, er det udelukkende det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse, som er moderselskab. Det er positivt nævnt i SEL § 5, nr. 21, at det kun er kapital-selskaber, der kan være moderselskaber. Et kapital-selskab skal forstås som et anpartsselskab, herunder et iværksætter-selskab, eller et aktieselskab, herunder et partnerselskab jf. SEL § 5, nr. 18. Det vil sige, at der afgrænses fra blandt andet interessentskaber og kommanditselskaber, hvorfor der ikke kan ydes udlån til disse virksomhedsformer.

Det er endvidere positivt nævnt i SEL § 211, stk. 1, at kapitalejerlån ligeledes kan gives til visse udenlandske moderselskaber. Det er nævnt i SEL § 211, stk. 2, at det er Erhvervsstyrelsen, som fastsætter hvilke lande, der er omfattet af SEL § 211, stk. 1. Det er nævnt i L 170²⁷, at det er af praktiske årsager, at det er Erhvervsstyrelsen, som fastsætter hvilke lande, som er omfattet, idet positivlisten²⁸ dermed kan ændres særskilt uden loven skal ændres. Alle de nævnte lande er i OECD' landerisiko klassificeret 0 og 1 og er omfattet af positivlisten. Klassificeringen betyder, at de nævnte lande har en selskabsform, som er tilsvarende den vi kender i Danmark.

4.4.2 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Uanset SEL § 210 kan et kapital-selskab som led i sædvanlige forretningsmæssige dispositioner direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen, som er nævnt i afsnit 4.3 jf. SEL § 212. Hvis man undtagelsesfrit efterlevede forbuddet i SEL § 210, ville et selskab i praksis være afskåret fra at have normal forretningsmæssig samhandel med sine kapitalejere og ledelsesmedlemmer. Det ville ikke være hensigtsmæssigt, at der ofte under helt normale forretningsvilkår kan opstå et tilgodehavende for den ene eller anden part i et samhandelsforhold²⁹.

Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og

²⁷ Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) fremsat den 25. marts 2009, side 347

²⁸ <http://www.ft.dk/samling/20081/almdel/ERU/bilag/79/index.htm>

²⁹ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 319

inden for branchen. En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Begrebet ”sædvanlige forretningsmæssige dispositioner” er et fleksibelt og dynamisk begreb, der kan ændre sig over tid. Det er ikke kun transaktionen, som skal være sædvanlig. Dette krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand³⁰.

Praktiske eksempler på sædvanlige forretningsmæssige dispositioner kan være³¹:

- At kapitalejere forhandler selskabets produkter gennem kapitalejernes andre selskaber - her må selskabet yde lån, kaution eller pant til for eksempel udbygning af forretningen mv.
- At selskabet bor til leje i ejernes erhvervsjendom – her må selskabet yde lån mv. til købet eller en ombygning af ejendommen.
- At selskabet leaser ejernes maskineri mv. – her må selskabet yde finansiering til kapitalejernes anskaffelse af leasingaktiverne.

For at inddrage praktiske eksempler, er der nedenfor gengivet to kendelser fra 2013 fra Erhvervsankenævnet, som omhandler udlån, der ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssige disposition jf. SEL § 212.

Kendelse af 5. november 2013³² omhandler følgende:

Selskabet A ApS blev stiftet i 1981 og ejes i dag af B 5,1%, C med 16,9% samt disses 3 børn, D, E og F med hver 26%. C er eneste medlem i direktionen for selskabet. Selskabets vedtægtsmæssig formål er; at selv eller gennem helt eller delvist ejede datterselskaber at drive finansiering, rådgivning, fabrikation og handel. I praksis var selskabets formål i en længere årrække at beskæftige sig med leasing af kontorartikler, investering i fast ejendom samt udlejningsvirksomhed.

Efter at Erhvervsstyrelsen modtager den ikke reviderede årsrapport for 2011, spørger Erhvervsstyrelsen ind til posten andre tilgodehavender på 2.904.729 kr., som var angivet i både

³⁰ LBK nr. 610 af 28/04/2015 jf. kommentarer i note nr. 822

³¹ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 320

³² Erhvervsankenævnet, J.nr. 2013-0033908

årsrapporten for 2011 og 2010. Selskabet oplyser, at beløbet vedrører 3 udlån til D, E og F mod pant i disses ejendomme. Erhvervsstyrelsen anfægter, at der er tale om et ulovligt kapitallejerlån, som Erhvervsstyrelsen mener skal korrigeres i årsrapporten, herunder renteberegnes jf. SEL § 215, ligesom lånene skal tilbagebetales. Selskabets advokat hævder, at der er tale om lån omfattet af undtagelsesbestemmelsen i SEL § 212 med henvisning til selskabets vedtægter og faktiske formål. Endvidere argumenterer selskabets advokat for, at selskabet ikke har lidt tab, idet B har lånt selskabet 4,3 mio. kr., hvor det er mundtligt aftalt, at der er modregningskrav i forhold til udlånene til henholdsvis D, E og F.

Erhvervsankenævnet kommer frem til samme konklusion som Erhvervsstyrelsen, idet de ligger særligt til grund, at en lignende disposition ikke har været indgået med uafhængige tredjemænd. Erhvervsankenævnet ligger dermed ikke vægt på, at selskabets kreditorer ikke har lidt tab, og anser ikke betingelserne i SEL § 212 omkring sædvanlige forretningsmæssige dispositioner for værende opfyldt.

Kendelse af 11. januar 2013³³ omhandler følgende:

Af årsrapporten 2010 for selskabet K ApS fremgik det af henholdsvis selskabets balance samt revisorpåtegning, at der er ydet kapitalejerlån (lånet udgjorde 7.716 t.kr.) i strid med SEL § 210. Erhvervsstyrelsen retter derfor henvendelse til selskabets ledelse for at få dem til at søge lånet inklusiv lovpligtige renter inddrevet. Endvidere oversendes sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, som skal tage stilling til, om der skal pålægges yderligere sanktioner. Selskabets revisor meddeler, at mellemværende med hovedaktionæren opstår i forbindelse med salg af dennes private ejendom til selskabet. Klassifikationen i årsrapporten og revisors supplerende oplysning er givet ud fra et forsigtighedshensyn, idet tinglysningen ikke var gennemført med udgangen af 2010, ligesom endelig vurdering fra eksterne mægler først forelå efter revisors underskrivelse af årsrapporten. Revisor argumenterede videre for, at selskabet var et investeringsselskab, hvor denne transaktion var normalt forekommende og dermed en sædvanlig forretningsmæssig disposition jf. SEL § 212. Ligesom revisor hævdede, at lånet skulle betragtes som en forudbetaling for køb af ejendommen. Endeligt postulerede revisor, at ingen kreditorer havde lidt skade, herunder med henvisning til, at selskabet var velkonsolideret med blandt andet likvide beholdninger på 45 mio. kr. ved udgangen af 2010.

³³ Erhvervsankenævnet, J.nr. 2012-0026414

Erhvervsankenævnet kommer frem til samme konklusion som Erhvervsstyrelsen, idet de ligger særligt til grund, at en lignende disposition ikke har været indgået med uafhængige tredjemænd. Erhvervsankenævnet ligger særligt vægt på, at revisor, ledelse og kapitalejer i forbindelse med godkendelse af årsrapporten 2010 selv har påpeget, at der var tale om et lån i strid med SEL § 210. Lånet skal derfor tilbagebetales inklusiv lovpligtige renter, hvilket skal dokumenteres over for Erhvervsstyrelsen.

Konklusionen er, at der er flere forhold som skal kunne bevises førend en transaktion kan falde under SEL § 212, hvor det blandt andet er væsentligt at bemærke, at det ikke udelukkende er transaktionen i sig selv, som skal opfylde ordlyden i SEL § 212 førend forbuddet i SEL § 210 ikke er overholdt. Hertil kan det bemærkes, at en transaktion skal være foretaget med en uafhængig tredjemand, samt at det ikke har nogen betydning i Erhvervsstyrelsens vurdering, hvorvidt kreditor har lidt tab eller ej.

4.4.3 Pengeinstitutter mv.

Jf. SEL § 213 kan pengeinstitutter og realkreditinstitutter yde lån til og stille garanti mv. for dets kapitalejere, bestyrelsesmedlemmer og direktører. Dette skyldes, at sådanne transaktioner er sædvanlige transaktioner i disse virksomhedsformers erhvervsudøvelse³⁴.

Dermed kan en person, som ejer én aktie i for eksempel Danske Bank, fortsat være kunde i Danske Bank på lige vilkår med ikke-aktionærer i Danske Bank. Teoretisk set kunne bestemmelsen muligvis være undladt, da sådanne udlån formentlig ville falde under undtagelsesbestemmelsen i SEL § 212. Der er dog mange forhold, som skal bevises jf. afsnit 4.4.2, hvorfor lovbestemmelsen er medtaget ud fra et praktisk synspunkt.

4.4.4 Udlån til medarbejdere

Ifølge SEL § 214 er det tilladt, at selskabet yder lån, garanti mv. til medarbejderes køb af kapitalandele i selskabet eller i et datterselskab. Formålet med bestemmelsen er at gøre det lettere at inddrage medarbejderne i selskabets ejerkreds. Anvendelsen af undtagelsen forudsætter, at der er tale om en generel medarbejderordning og ikke blot økonomisk bistand til enkelte

³⁴ LBK nr. 610 af 28/04/2015 jf. kommentarer i note nr. 823

medarbejdere. Undtagelsen omfatter således ikke aktieprogrammer, som er rettet mod selskabets ledelse³⁵. Købet af kapitalandele og selskabets lån hertil eller garanti herfor skal ikke nødvendigvis have samme størrelse for alle medarbejdere, men alle skal principielt kunne deltage, og størrelsen skal bestemmes ud fra visse objektive kriterier, for eksempel årslønnen³⁶.

Ledelsesprotokollen for det centrale ledelsesorgan skal indeholde bemærkninger om enhver disposition jf. SEL § 214 stk. 2, ligesom medarbejderlånene ikke må være større, end at de på udlånstidspunktet kan rummes inden for selskabets frie reserver jf. SEL § 214, stk. 3.

4.4.5 Selvfinansiering

Selvfinansiering omhandler den situation, hvor et selskab yder lån mv. for tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet eller i dets moderselskab. Dette er ikke i alle tilfælde direkte imod forbuddet i SEL § 210, men det er relevant at holde sig for øje, da bestemmelserne omkring selvfinansiering (SEL §§ 206-209) er omtalt i SEL § 210 og er en undtagelse til hovedreglen heri.

Ifølge ordlyden i SEL § 206 er selvfinansiering i udgangspunktet ikke tilladt. Men som omtalt i afsnit 4.1.4 har en ændring af 2. selskabsdirektiv givet mulighed for, at selvfinansiering tillades under visse betingelser, som er nævnt i SEL § 206, stk. 2-3 samt §§ 207-209. Jævnfør LBK nr. 610 af 28/04/2015, jf. kommentarer i note nr. 804 har udviklingen i de finansielle behov i forbindelse med erhvervslivets strukturtilpasning imidlertid vist, at der kan opstå situationer, hvor det kan være i et selskabs interesse at medvirke til selvfinansiering forudsat, at der er tale om en økonomisk fuldt forsvarlig disposition og forudsat, at selskabets ejerkreds bakker op om beslutningen. Ud fra et regelforenklings synspunkt er der derfor på europæisk plan lempet på dette absolutte forbud.

Der er som nævnt en række krav, som skal være opfyldt før selvfinansiering kan tillades. Disse kan kort skitseres således:

³⁵ LBK nr. 610 af 28/04/2015 jf. kommentarer i note nr. 825

³⁶ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 323

- Lånet godkendes på generalforsamling med udgangspunkt i en af ledelsen udarbejdet redegørelse.
- Lånet er økonomisk forsvarligt for selskabet. Det vil sige, at lånet blandt andet ikke må overstige værdien af de frie reserver og et tilsvarende beløb skal bindes under egenkapitalen.
- Låntager skal være kreditværdi.
- Lånet afvikles på sædvanlige markedsvilkår.

Ifølge professor, Erik Werlauff, bør disse krav ikke være vanskelige at opfylde i praksis. Det bliver naturligt vanskeligere jo bredere kapitalejerkredsen og ledelsen er, da flere skal komme til enighed, men selvfinansiering vil oftest også være naturligt i simple koncernstrukturer³⁷.

Såfremt betingelserne ikke er opfyldt, kan ledelsen ifalde ansvar ifølge lovens øvrige bestemmelser. Se mere omkring ledelsesansvar i afsnit 4.5.2.

Med muligheden for selvfinansiering bliver det mindre attraktivt med det knap så kønne efterfinansiering, som blandt andet skete for TDC, da de blev overtaget af en kapitalfond. Efterfinansiering er i øvrigt lovligt og foreligger, når køberen af et selskab gældsætter sig for at præstere købesummen, og hvor køberens gæld efterfølgende ønskes nedbragt med udbytte fra selskabet³⁸. Efterfinansiering udhuler kapitalselskabets egenkapital, mens selvfinansiering ikke ændrer på egenkapitalen som helhed.

Forbuddet i SEL § 210 er som anført her ikke et fuldstændigt forbud, idet der åbnes op for visse udlån under særlige betingelser.

4.5 Selskabsretlige retsvirkninger ved overtrædelse af selskabslovens § 210

Indeværende afsnit vil gennemgå de selskabsretlige retsvirkninger, som kan indtræffe ved overtrædelse af SEL § 210. De selskabsretlige retsvirkninger har ikke indflydelse på, og bliver ej heller påvirket af de skatteretlige retsvirkninger, som kan blive pålagt jf. herom i afsnit

³⁷ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 317

³⁸ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 318

5.4. I afsnittet fokuseres alene på retsvirkninger ved overtrædelse af SEL § 210, mens der ses bort fra retsvirkninger ved overtrædelse af SEL § 206, som typisk vil være identiske.

4.5.1 Tilbagebetalingspligt og forrentning

Såfremt der ydes økonomisk bistand, som er i strid med SEL § 210 foreskriver SEL § 215, at beløbet skal tilbageføres sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling mv. med et tillæg på 2 pct., med mindre højere rente er aftalt. Rentesatsen vil i praksis være Nationalbankens udlånsrente (pr. 01.01.2015 = 0,2%) med et tillæg på 8% samt et yderligere tillæg på 2%. Det vil sige en samlet rente på 10,2%.

I almindelig praksis, som det blandt andet fremgår af kendelserne i afsnit 4.4.2, retter Erhvervsstyrelsen henvendelse til selskabets ledelse med henblik på, at få lovovertrædelsen bragt til ophør jf. ÅRL § 161, stk. 1, nr. 3. Erhvervsstyrelsen pålægger ledelsen at søge udlånet inklusiv de lovpligtige inddrevet straks og dokumentere dette over for Erhvervsstyrelsen. Senest seks uger fra Erhvervsstyrelsens henvendelse skal ledelsen indsende en erklæring underskrevet af selskabets ledelse om, at udlånet med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet, og en erklæring fra en godkendt revisor om, at udlånet med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet. I tilfælde hvor debitor er insolvent, skal der fremsendes en erklæring fra en offentlig instans (eksempel udskrift fra fogedbogen) om, at debitor er insolvent.

Foruden tilbagebetalingspligten i SEL § 215 kan der blive tale om yderligere retsvirkninger i relation til overtrædelse af SEL § 210, hvilke vil blive gennemgået nedenfor.

4.5.2 Ledelses- og erstatningsansvar

I de tilfælde hvor det kan konstateres, at selskabets eller dets kreditorer har lidt tab som følge af overtrædelse af SEL § 210, kan selskabets ledelse blive draget til ansvar, herunder pålagt at betale erstatning.

I henhold til SEL § 361, stk. 1, 1. pkt. er stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres erhverv forsætligt eller uagtsom har tilføjet kapital selskabet skade, pligtige til

at erstatte denne. Det samme er gældende for kapital selskabets revisorer og øvrige rådgivere jf. SEL § 361, stk. 2. I den skelsættende Højesterets dom af 15. november 1951, som senere var med til at ændre SEL, jf. afsnit 4.1.1, blev bestyrelsen pålagt bøde, idet bestyrelsen ikke havde udført sine pligter i selskabet forsvarligt³⁹. I den nyere dom U.1985.940/2H blev tiltalte (hovedaktionær, bestyrelsesformand og daglig leder af aktieselskabet) kendt skyldig i mandatsvig, idet tiltalte havde afholdt udgifter og foretaget personlige hævnings på en mellemregningskonto. Det beløb sig til samlet 1 mio. kr. Den foretagne hævning i selskabet medførte, at selskabet efterfølgende gik konkurs, hvorved selskabets kreditorer led tab.

Ledelsesmedlemmerne kan ikke undgå erstatningsansvaret blot ved at påråbe sig manglende viden omkring lånet og dets ulovlighed. Såfremt revisor har påpeget det ulovlige kapitalejerlån i sin påtegning på årsrapporten, og ledelsen har godkendt denne, er det utvivlsomt, at ledelsesmedlemmerne ikke er erstatningsansvarlige.

I SEL § 215 stk. 2 er indsat en yderligere sikkerhed for kreditorerne, idet de personer, der har truffet aftale eller opretholdt dispositioner i strid med SEL § 210 indestår for eventuelle tab, som kapital selskabet måtte blive påført. Dette er i tråd med bestemmelsen i SEL § 361, stk. 1, 1. pkt., jf. ovenfor.

Sikkerhedsstillelse der har fundet sted i strid med SEL § 210, skulle egentlig uden videre bortfalde som ugyldig, men efter ønske fra finansverdenen er der tilføjet en undtagelse i SEL § 215, stk. 3. Sikkerhedsstillelsen er dermed bindende for selskabet, hvis aftaleparten ikke havde kendskab til, at sikkerhedsstillelsen var i strid med SEL § 210. Det, at aftaleparten (kunne for eksempel være banken) ikke havde kendskab hertil, kræver, at banken var i god tro ved sikkerhedsstillelsens indgåelse. Banken kan ikke indsætte en standardskrivelse i samarbejdsaftalen, hvorved de bliver i god tro⁴⁰. I U.2009.2311H var der et ejerpantebrev i selskabets ejendom primært pantsat til banken til sikkerhed for selskabets gæld, sekundært til sikkerhed for kapitalejerens gæld til banken. Denne sekundære pantsætning var retsstridig, idet banken ikke var i god tro.

³⁹ Betænkning nr. 362 af 1964, side 128

⁴⁰ Werlauff, Erik, Selskabsret, side 327

Det er ikke udelukkende tilbagebetalingsforpligtelsen inklusiv de lovpligtige renter, som indtræffer som retsvirkning, når SEL § 210 overtrædes. Nedenfor er beskrevet endnu nogle retsvirkninger.

4.5.3 Strafferet

I strafferetsbestemmelsen i SEL § 367 er SEL § 210 positivt nævnt. SEL § 367 foreskriver, at overtrædelse af blandt andet SEL § 367 straffes med bøde. I U.1997.256H fastsatte Højesteret den gældende bødetakst for overtrædelse af SEL § 210. Højesteret udtalte, at bøder bør som udgangspunkt beregnes til 5% af lånets hovedstol, eller ved sikkerhedsstillelse er det sikkerhedens pålydende beløb med et afrundet beløb og med en passende minimumstakst. I den pågældende sag havde kapitalejeren tilbagebetalt lånet inklusiv lovpligtige renter ved opdagelsen af lånets ulovlighed og inden for Erhvervsstyrelsens fastsatte frist. Dette medførte, at Højesteret så dette som formidlende omstændigheder og valgte derfor, at bøden skulle halveres. Den pågældende dom har skabt præcedens for senere domsafgørelser, hvilket blandt andet ses af et par nyere domme jf. TfK2012.635 og TfK2014.509/2.

I TfK2012.635 havde en direktør og hovedaktionær i et aktieselskab opretholdt et lån på knap 5 mio. kr. i ca. to år, inden det blev opnået. Byretten bemærkede, at bøden efter fast praksis skulle fastsættes til 123.000 kr. svarende til ca. 2,5%, idet lånet var tilbagebetalt. Byretten fandt dog efter omstændighederne, at bøden skulle fastsættes til 60.000 kr., idet tiltalte havde handlet efter råd fra sin revisor, og der havde ikke været påført selskabets kreditorer nogen konkret risiko. Landsretten fandt efterfølgende, at de formidlende omstændigheder ikke skulle tages i betragtning, hvorved bøden blev fastsat til 120.000 kr. med forvandlingsstraf på 40 dages fængsel.

I TfK2014.509/2 var der ydet et lån til direktør og eneaktionærens fader, som ligeledes var bestyrelsesmedlem i selskabet. Lånet var på knap 6,3 mio. kr. Lånet var gået til at dække faderens dårlige økonomi i dennes landbrugsvirksomhed. Lånet var tilbagebetalt. Byretten fastsatte bøden til ca. 2,5% af hovedstolen, 150.000 kr. til dem hver. Landsretten henviste til U.1997.256H og var enige i bødens størrelse. Dog blev bøderne nedsat til 100.000 kr. på grund af lang sagsbehandlingstid, som anklagemyndigheden ikke kunne redegøre for.

Det ses af de nævnte domme, at bødens størrelse lægger sig op ad U.1997.256H, ligesom der direkte henvises hertil i Tfk2014.509/2. Det er uvæsentligt, at kreditor ikke har lidt tab eller om, hvorvidt tiltalte har været uvidende om, at SEL § 210 har været overtrådt.

4.5.4 Konkursret

Endelig kan konkursret blive aktuelt i sammenhæng med overtrædelse af SEL § 210. Det er set i flere sammenhænge, at optagelse af et lån i et kapitalsselskab har ført til kapitalsselskabets konkurs. Det er blandt andet nævnt i lovforarbejderne til selskabsreformen i 2010, at reglerne i SEL § 210 skal være med til at forhindre et kapitalsselskabets konkurs. Om det er lykkedes eller ej, vil der ikke være en diskussion af her.

Det kan dog konkluderes, at der af og til i et konkursbo konstateres udlån i strid med SEL § 210. Dette er blandt andet gældende i U.2009.2056Ø. I tilfælde af et ulovligt kapitalejerlån i et konkursbo er det kurators opgave at inddrive dette, således konkursboets kreditorers krav kan blive fyldestgjort.

I U.2009.2056Ø opstod tillige en anden interessant problemstilling. T ApS, hvori anpartshaverne A og B begge havde ulovlige kapitalejerlån, var gået konkurs. A og B havde med private midler blandt andet lagt ud for selskabets moms. A og B krævede udlægget modregnet i deres kapitalejerlån. Dette gav Østre Landsret dem ikke lov til, og de blev pålagt at tilbagebetale det fulde beløb.

Som det ses af afsnittet er der flere forskellige retsvirkninger, som bliver relevante i forhold til overtrædelse af SEL § 210. Det er dermed ikke alene sikkert, at lovovertrædelsen udelukkende sanktioneres efter lovens ordlyd i SEL § 215, stk. 1.

5 Skatteretlig aktionærlån

5.1 Lovforarbejdet og behandling af L 199

Som beskrevet i det forgående kapitel har kapitalejerlån været lovbestemt gennem selskabsretten i adskillige årtier, og sanktionerne mod ulovlig kapitalejerlån står klart beskrevet i den selskabsretlige lovbestemmelse. Desværre har udviklingen af aktionærlån været stigende, og ifølge SKATs beregninger skønnes der i 2010 at være udestående ulovlige aktionærlån på ca. 4 mia. kr. SKAT har iværksat compliance-undersøgelser og løbende indsatsprojekter, som viser, at det selskabsretlige forbud mod kapitalejerlån i store træk ikke efterleves, og det vil kræve betydelige ressourcer at håndhæve det selskabsretlige forbud mod kapitalejerlån⁴¹. FSR – danske revisorer er dog af en anden opfattelse og mener, at de eksisterende sanktionsmuligheder i selskabsloven burde være tilstrækkelig til at nedbringe antallet af ulovlige aktionærlån, såfremt sanktionsmulighederne blev udnyttet⁴². Skatteministeriet står dog ved SKATs undersøgelser, og mener yderligere tiltag er nødvendige, hvis der skal dæmmes op for den stigende mængde af aktionærlån. I det følgende afsnit vil vi behandle Skatteministeriets lovforarbejde dybdegående.

I august 2012 blev L 199 fremsat, indeholdende lov om ændring af flere love herunder lov om ændring af ligningsloven, som vi ser nærmere på i dette kapitel. Formålet med ændring af ligningsloven er at fjerne det eksisterende skattemæssige incitament til optagelse af aktionærlån som et skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte i et selskab. Ifølge SKATs compliance-undersøgelser og løbende indsatsprojekter er dette incitament og manglende efterlevelse af bestemmelser i selskabsloven årsagen til de mange aktionærlån. Det fremsatte lovforslag medfører, at aktionærlån fremadrettet beskattes på udbetalingstidspunktet enten som udbytte eller løn og efter skattelovgivningens almindelige regler om hævninger uden tilbagebetalingspligt, således hævningen ikke skal tilbagebetales. Hvis et lån er omfattet af den foreslåede lovbestemmelse i LL § 16 E, vil lånet i skattemæssige relationer dog aldrig blive betragtet som et lån, men blot en hævning. Dette betyder, at låntager ikke vil kunne fradrage sine eventuelle renteudgifter på lånet, og tilsvarende vil eventuelle renteindtægter hos långiver blive beskattet som et skattepligtigt tilskud hos selskabet.

⁴¹ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 8

⁴² Skatteudvalget 2011-12, L 199, bilag 21, d. 02.09.2012

I første forslag til lov om ændring af LL indsættes § 16 E som en ny lovbestemmelse LL, da der i LL ikke eksisterede lovgivning rettet mod beskatning af aktionærlån. Tidligere er lån skattemæssigt blevet reguleret i henhold til Ligningsvejledningen.

I afsnit 4.1.4 har vi set på EU-ret i forhold til det selskabsretlige. L 199 har ingen relationer til EU-retten, da lovforslaget ingen EU-retlige forpligtelser har og alene er baseret på dansk retspraksis. Der er således skatteretlig ingen hensyn at tage i forhold til EU-retten⁴³.

Første forslag til den nye bestemmelse i LL § 16 E lød som følgende: *"Hvis et selskab m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, samt tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet direkte eller indirekte stiller midler til rådighed for, yder lån eller stiller sikkerhed for en fysisk eller juridisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt, forudsat at der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattet af § 2. 1. pkt. finder ikke anvendelse for lån m.v., der ydes m.v. som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition, eller for sædvanlige lån fra pengeinstitutter. 1. pkt. finder heller ikke anvendelse, hvis udbytte fra det långivende til det låntagende selskab er skattefrit efter selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2, eller beskatningen af udbytte vil skulle frafalde eller nedsættes efter bestemmelserne i direktiv 2011/96/EU om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst med den pågældende stat, Færøerne eller Grønland. Stk. 2. Ved tilbagebetaling af lån, der er beskattet efter stk. 1, medregnes det tilbagebetalte beløb ikke ved opgørelse af selskabets indkomst. ⁴⁴"*

Efter forslaget i LL § 16 E, stk. 1, skal der ske beskatning i de tilfælde, hvor et selskab er omfattet af SSL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, samt tilsvarende selskaber mv. hjemmehørende i udlandet direkte eller indirekte stiller midler til rådighed for, yder lån eller stiller sikkerhed for en fysisk eller juridisk person, hvor forbindelsen er omfattet af LL § 2. Långiver er defineret i første del af lovbestemmelsen, mens låntager er defineret sidst i lovbestemmelsen. Långiver udgør alle aktieselskaber og anpartsselskaber samt andre selskaber, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser og fordeler et resultat i forhold til deltagerne

⁴³ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 24

⁴⁴ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 38-39

indskudte kapital i selskabet. Til ovenstående kreds hører alle tilsvarende selskaber i udlandet. Forsimplet kan kredsen af låntager defineres som alle fysiske og juridiske personer, der udøver en bestemmende indflydelse over det långivende selskab⁴⁵.

Lovforslagets definition af særligt låntager gav anledning til en del spørgsmål, og i udvalgsbehandlingen blev blandt andet spørgsmål nr. 1 af 20. august 2012⁴⁶ stillet. Skatteministeren blev bedt om at bekræfte, at et lån mellem datterselskaber i koncernforhold ikke beskattes efter lovforslaget, da eventuelle lån mellem koncernforbundne selskaber er omfattet af SSL § 31 D. SSL § 31 D definerer, at tilskud fra koncernforbundet selskab ikke medtages i den skattepligtige indkomst. Foreslået lovbestemmelse i LL § 16 E modsiger således eksisterende lovgivning i SSL ved at bestemme, at eventuelle renteindtægter beskattes som et skattepligtigt indskud.

I sit svar til spørgsmål nr. 1 af 20. august 2012 fastslår Skatteministeriet, at der efter forslaget ikke vil ske beskatning af lån mellem selskaber i koncernforhold, hvis betingelserne for at yde skattefri tilskud mellem selskaberne er opfyldt. Med dette svar henviser skatteministeriet til 3. pkt. i det fremsatte lovforslag. Beskatningen omfatter dog ifølge lovforslaget lån mellem selskaber, som er i koncernforhold, hvor det låntagende selskab er hjemmehørende i et land uden for EU og der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsaftale med det pågældende land. Som beskrevet i det fremsendte lovforslag er formålet med denne beskatning blandt andet at undgå, at en hovedaktionær ikke modtager et lån direkte fra sit selskab, men indskyder et mellemliggende selskab som formel låntager. Dette formål ligger Skatteministeriet til grund for sit svar, men erkender, at beskatningen af koncernforbundne selskaber vil ramme bredere end tiltænkt, i og med at bestemmelse vil besværliggøre intern finansiering i koncerner med datterselskaber i lande uden for EU og uden dobbeltbeskatningsaftale. I FSR – danske revisorer henvendelse af 29. august 2012⁴⁷ stilles ligeledes spørgsmålstegn ved definitionen af låntagere, særligt i forhold til besværliggørelsen af intern finansiering i koncerner med datterselskaber i lande uden for EU og uden dobbeltbeskatningsaftale. Endvidere anfægter FSR – danske revisorer Skatteministeriets argument for en hovedaktionær, der modtager et lån direkte fra sit selskab, men indskyder et mellemliggende selskab som formel låntager. Ifølge FRS – danske revisorer er det vanskeligt at se, hvad en hovedaktionær vil få ud af at indskyde et mellemliggende sel-

45 Se afsnit 5.2.2 for uddybende gennemgang og analyse af personkredsen i den vedtagne bestemmelse

46 Skatteudvalget 2011-12, L 199, endeligt svar på spørgsmål 1, d. 28.08.2012

47 Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 21, d. 02.09.2012, side 3

skab, hvis der alene etableres et lån mellem de to selskaber. Først når ubeskattede midler overføres til hovedaktionærer, vurderes der at være en reel problemstilling.

I udvalgsbehandlingen er stillet adskillige andre spørgsmål til Skatteministeriet, heriblandt et spørgsmål omkring selvfinansiering, som er omfattet af SEL § 206, stk. 2. I L 199, bilag 13 bedes Skatteministeriet præcisere, hvorvidt selvfinansiering er omfattet af reglerne for beskatning af aktionærlån. I første lovforslag behandles selvfinansiering ikke, hvilket bevirker, at selvfinansiering vil være omfattet af reglerne for beskatning af aktionærlån, såfremt tredje- mand i forbindelse med erhvervelsen af kapitalandele i selskabet kommer til at udøve bestemmende indflydelse over selskabet.

Efter behandling af modtagne henvendelser er betænkning af forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven udarbejdet. I betænkningen foreslås det, at lovforslaget ændres således, at beskatning af aktionærlån ikke skal omfatte lån til juridiske personer. Målgruppen for beskatning af aktionærlån er først og fremmest fysiske personer og ikke juridiske personer. Endvidere er lovforslaget gennemgående præciseret, herunder særligt i forhold til selvfinansiering.

Efter ændring af lovforslaget lyder lovteksten som følgende: *”Hvis et selskab m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt, forudsat at der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattet af § 2. 1. pkt. finder ikke anvendelse på lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, på sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller på lån til selvfinansiering som nævnt i selskabsloven § 206, stk. 2. 1. og 2. pkt. finder tilsvarende anvendelse på sikkerhedsstillelser og på midler, der stilles til rådighed. Stk. 2. Ved tilbagebetaling af lån m.v., der er beskattet efter stk. 1, medregnes det tilbagebetalte beløb ikke ved opgørelse af selskabets indkomst.*⁴⁸”

Denne ændrede og præciserede lovbestemmelse vedtages i Folketinget d. 10. september 2014 og ifølge Lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kilde-

⁴⁸ L 199, Betænkning over lov om ændring af ligningsloven kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven

skatteloven § 5, stk. 5 træder lovbestemmelsen i kraft således, at alle udlån, der ydes fra og med d. 14. august 2012 er omfattet af lovbestemmelsen i LL § 16 E.

I de efterfølgende to afsnit vil den vedtagne lovbestemmelse i LL § 16 E samt de heri nævnte paragraffer blive gennemgået detaljeret for at give en dybdegående forståelse for, hvilken kreds af långivere og låntagere der er omfattet af lovbestemmelsen, hvilke former for aktionærlån der er, samt hvilke skattemæssige konsekvenser der er ved at optage et aktionærlån.

5.2 Hvem er omfattet af ligningslovens § 16 E

5.2.1 Kredsen af långivere

I LL § 16 E henvises der til anden lovbestemmelse for at identificere kredsen af selskaber og personer, som er omfattet af lovbestemmelsen. Først behandles långiver svarende til selskaberne. I LL § 16 E står følgende henvisning på långiver: *”Hvis et selskab m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet”*. I SSL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2 står følgende definition af de selskaber, som er omfattet af paragraffen: *”Skattepligt i henhold til denne lov påhviler følgende selskaber og foreninger m.v., der er hjemmehørende heri landet: indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber, andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens i selskabet indskudte kapital, selskaber omfattet af § 2 C og selskaber m.v. omfattet af § 3 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, som ikke er omfattet af nr. 3, 3 a eller 4”*. Af danske selskaber omfatter denne bestemmelse aktie- og anpartsselskaber, som er direkte oplyst men også iværksætterselskaber, som tilhører gruppen af andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser. Øvrige selskaber er forskellige nuancer af selskaber og foreninger, som for eksempel A.m.b.a. og K/S, hvor fællesnævner for dem alle er, at der er begrænset hæftelse relateret til selskabet eller foreningen. Af tilsvarende selskaber mv. hjemmehørende i udlandet kan nævnes limited company (Ltd)⁴⁹ samt Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)⁵⁰, som henholdsvis er det britiske og tyske svar på et aktie- eller anpartsselskab.

⁴⁹ http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Selskabsret/GmbH

⁵⁰ http://www.denstoredanske.dk/Sprog,_religion_og_filosofi/Sprog/Fremmedord/II-1%C3%A5/Ltd

5.2.2 Kredsen af låntagere

Ifølge LL § 16 E er kredsen af låntagere alle de fysiske personer, hvor der mellem långiver og låntager er en forbindelse, som er omfattet af LL § 2. LL § 2 omfatter både fysiske og juridiske personer, der vil alene blive set nærmere på den gældende lovbestemmelse relateret til fysiske personer.

Af LL § 2, stk. 1, nr. 2 fremgår det, at skattepligtige, omfattende en fysisk person, der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer er omfattet af den gældende bestemmelse. I LL § 2, stk. 2 defineres bestemmende indflydelse som følgende: *"Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne..."*. Bestemmende indflydelse kan opnås på flere forskellige måder, hvoraf den typiske form for bestemmende indflydelse er, når den fysiske person alene ejer mere end 50 % af aktiekapitalen eller råder over mere end 50 % af stemmerne. Andre måder at opnå bestemmende indflydelse på, er blandt andet ved, at den fysiske person sammen med sine nærtstående eller sammen med andre selskabsdeltagere, indgår aftale om at udøve en fælles bestemmende indflydelse. For at komme denne bestemmelse lidt nærmere vil der i det efterfølgende blive set på en afgørelse, hvor den fysiske person ikke har bestemmende indflydelse alene, men udøver bestemmende indflydelse sammen med sin ægtefælle.

I SKM2014.663.SR ejer A og dennes ægtefælle B tilsammen 100 % af selskabet A ApS. I afgørelsen ligger Skatterådet til grund for sin vurdering af aktionærlån, at der mellem A og A ApS er en forbindelse omfattet af LL § 2, jf. LL § 16 E, da A har bestemmende indflydelse i A ApS som følge af, at A og ægtefællen B tilsammen ejer 100 % af A ApS. I begrundelsen er der ikke redegjort nærmere for, om A og B har indgået aftale om at udøve en fælles bestemmende indflydelse, hvorfor det må antages, at så snart der mellem ægtefæller er en ejerandel over 50 % af aktiekapitalen eller en råderet over mere end 50 % af stemmerne, så er der bestemmende indflydelse, uanset om der mellem ægtefællerne er indgået en aftale om fælles bestemmende indflydelse.

Ægtefæller er dog ikke den eneste form for nærtstående parter, som er omfattet af LL § 2, stk. 2. Følgende personer udgør ifølge LL § 2, stk. 2 kredsen af nærtstående: ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte

personer. Det skal hertil bemærkes, at stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med oprindelige slægtskabsforhold.

I tilfælde hvor der ydes udlån direkte til en person, som ikke selv har bestemmende indflydelse over det juridiske selskab, men som er omfattet af kredsen af nærtstående til en fysisk person med bestemmende indflydelse, vil dette lån også være omfattet af LL § 16 E⁵¹. Såfremt denne person hverken er aktionær eller ansat i selskabet, er det ikke muligt at foretage beskatning som udbytte eller løn, og i sådan et tilfælde må hævnningen i praksis anses for at have passeret den fysiske person med bestemmende indflydelse, hvorefter denne person vil blive beskattet af hævnningen som udbytte eller løn. I det fremsendte lovforslag bemærkes det, at der mellem ægtefæller ikke vil ske yderligere beskatning, mens det for andre nærtstående parter er muligt med yderligere beskatning. Skatteministeriet uddyber ikke nærmere i hvilke relationer og tilfælde, det vil være nødvendigt med yderligere beskatning, hvorfor det ud fra lovforslaget ikke er muligt at redegøre nærmere for yderligere beskatning af nærtstående parter.

En forbindelse mellem långiver og låntager ifølge LL § 2, jævnfør LL § 16 E kan også opstå i de tilfælde, hvor lånet sker til en virksomhed, som ikke er et selvstændigt skattesubjekt. Her er vurderingen, hvorvidt det er en fysisk person, som udøver bestemmende indflydelse over långiver også er den samme person, som har tilknytning til låntager. I nedenstående afgørelser fremgår det, at en sådan forbindelse anses som værende omfattet af LL § 16 E.

I SKM2014.15.SR ejer A 100 % A ApS. A ApS ønsker at erhverve en andel af et tilgodehavende hos B K/S, som på erhvervelsestidspunktet ejes 25 % af A. I sit bindende svar afviser SKAT, at hovedanpartshaveren af A ApS ikke vil blive beskattet af lånet hos B K/S i forhold til sin ejerandel i B K/S. I begrundelsen lægger SKAT vægt på, at et kommanditselskab ikke er et selvstændigt skattesubjekt, og skattepligten påhviler den enkelte deltager i kommanditselskabet. Den skattemæssige behandling af lånet afhænger derfor af, om en eller flere af deltagerne i kommanditselskabet efter reglerne i LL § 2 har bestemmende indflydelse i anpartselskabet. Eftersom A ejer 100 % af anparterne i A ApS, har A bestemmende indflydelse og vil derfor blive beskattet af lånet hos B K/S i forhold til sin ejerandel i B K/S. SKAT lægger endvidere til grund i sin vurdering at erhvervelse af andel af tilgodehavendet hos B K/S ikke er en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da lånet er den eneste disposition af sin slags.

⁵¹ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 27

Den pågældende afgørelse vil blive behandlet yderligere i afsnit 6.2. Lignende svar er afgivet i SKM2014.14.SR, hvor der fra et hovedaktionærselskab sker etablering af et lån til et kommanditselskab, hvor hovedaktionæren ligeledes er kommanditist, samt i SKM2014.663.SR hvor der fra et hovedanpartsselskab ønskes ydet et lån til et kommanditselskab, hvor hovedanpartshaveren ligeledes er kommanditist.

I SKM2014.712.SR ejer A 100 % af A ApS. Ledelsen af A ApS er særlig opmærksom på de særlige regler, der gælder for indskyder-garantien i pengeinstitutter i følge lovbekendtgørelse nr. 1271 af 4/11 2013. A ApS har derfor hen over tiden oprettet flere forskellige bankkonti med et maksimalt indestående på kr. 750.000. Heriblandt har selskabet anvendt en bankkonto i A's virksomhedsordning. Denne bankkonto anvendes som en midlertidig placering, hvor der ingen hævning sker ud over tilbageførsel til A ApS. Til trods for at overførsel til bankkonto i A's virksomhedsordning ikke har været med til at finansiere et privatforbrug hos hovedanpartshaveren, men alene er foretaget for at sikre selskabets midler, vurderer SKAT, at den midlertidige placering af pengene må sidestilles med et udlån i og med, at A udøver bestemmende indflydelse over A ApS og samtidig er indehaver af virksomhedsordningen. Tillige ligger til grund at udlånet ikke ydes som led i almindelig samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår.

Som nævnt i afsnit 5.1 er formålet med LL § 16 E at fjerne det eksisterende skattemæssige incitament til optagelse af aktionærlån som et skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte i et selskab. I SKM2014.712.SR gør dette forhold sig ikke gældende, da overførsel alene sker for at sikre selskabets midler, alligevel vurderer SKAT, at overførslerne er omfattet af LL § 16 E. Intentionen med de foretagne overførsler har derfor ingen indflydelse, trods intentionen er en anden end formålet med lovbestemmelsen. Såfremt kredsen af långivere og låntagere skal være undtaget af lovbestemmelserne i LL § 16 E, skal de være undtaget i henhold til LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt. omhandlende lån, der ydes som en del af sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, som sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller være lån til selvfinansiering. I det efterfølgende afsnit behandles disse undtagelsesbestemmelser nærmere.

Som det fremgår af ovenstående har ordlyden "bestemmende indflydelse" stor betydning for, om en låntager er omfattet af LL § 16 E. Modsat betyder det, at "ikke-bestemmende indflydelse" er med til at undtage en låntager fra at være omfattet af LL § 16 E. I praksis betyder dette, at et selskab kan være ejet 50/50 af to parter uden, at de i fællesskab udøver bestem-

mende indflydelse, eller et selskab ejes 25 % af fire adskilte aktionærer, som heller ikke udøver bestemmende indflydelse. I tilfælde som disse vil et eventuelt lån ikke være omfattet af LL § 16 E, da ingen af de to eller fire aktionærer udøver bestemmende indflydelse. Ifølge SKATs compliance-undersøgelser og indsatsprojekter har det vist sig, at optagelse af aktionærlån ofte anvendes til finansiering af privatforbrug, og det ikke er aktionærernes hensigt at tilbagebetale lånene⁵². Med denne begrundelse må det formodes, at en ejerkreds uden bestemmende indflydelse ikke vil godkende finansiering af en aktionærs privatforbrug samt undladelse af tilbagebetaling. Hvorvidt der er ejerkredse uden bestemmende indflydelse, som vil acceptere aktionærlån afvises ikke, men i henhold til LL § 16 E, vil disse lån ikke blive beskattet som hævningslån uden tilbagebetalingspligt. Det undrende er dog, at LL § 16 E udelukker eventuelle aktionærlån til en minoritetsaktionær, som finansierer et privatforbrug, men omfatter lån til en virksomhed, som ikke er et selvstændigt skattesubjekt, såfremt der er sammenfald mellem hovedaktionær af det långivende selskab og ejerkredsen af det ikke selvstændige skattesubjekt.

5.3 Hvad er omfattet af ligningslovens § 16 E

Vi har nu belyst kredsen af långivere og låntagere og vil i det følgende belyse, hvilke lån der er omfattet af LL § 16 E.

Alle lån der ydes, sikkerhedsstillelser og midler der stilles til rådighed mellem långiver og låntager i henhold til ovenstående afsnit er som hovedregel omfattet af LL § 16 E. Ordlyden af lånformerne er inspireret af SEL § 210. Formålet er at anvende en bred fortolkning af lånene på linje med kapitalejerlån ifølge selskabsretten, dog uden at de to lovbestemmelser nødvendigvis altid vil fortolkes ens⁵³. Da der skatteretlig ikke er defineret yderligere, hvad disse låneformer indeholder, henvises der til afsnit 4.2 for beskrivelse af, hvilke låneformer der er omfattet af lovbestemmelsen. I spørgsmål 526 af 13. juni 2013 bliver skatteministeren bedt om at svare på, om selv småkøb i forbindelse med udlandsrejser virkelig kan betegnes som aktionærlån. Her fastslår Skatteministeren, at såfremt et selskab betaler for hovedaktionærens private udgifter, skal det betalte beløb beskattes som løn eller udbytte, og der gælder ingen

⁵² L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 7

⁵³ Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 21, d. 02.09.2012, side 6

bagatelgrænse ved beskatningen. Skatteministeren tilføjer dog, at en ansat hovedaktionær på en forretningsrejse kan foretage en sædvanlig rejseafregning, uden der opstår et aktionærlån, selvom det er private udgifter, som er betalt af selskabet. Dette er dog en konkret vurdering, hvor der lægges vægt på, hvad der er sædvanligt i forhold til øvrige ansatte, som ikke har bestemmende indflydelse.

5.3.1 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Der findes dog undtagelsesbestemmelser til denne hovedregel, og disse er at finde i LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt. Det fremgår, at loven ikke findes anvendt på lån ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, på sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller på lån til selvfinansiering som står nævnt i SL § 206, stk. 2. Der findes ingen udtømmende lister over de situationer som er under undtagelsesbestemmelserne, men i C.B.3.5.3.3 Aktionærlån, version: 2.4 af d. 31.07.2015 har SKAT udsendt en opdateret juridisk vejledning omhandlende aktionærlån. Heri redegøres de for de tre undtagelsesmuligheder.

Ordlyden ”lån der ydes som led i sædvanlige forretningsmæssige dispositioner” er inspireret eller snarere kopieret fra selskabslovens § 212, og praksis fra denne lovbestemmelse vil være vejledende for LL § 16 E. Når dette er sagt, kommenterer SKAT dog, at de to lovbestemmelser ikke altid vil blive fortolket ens, da de skal varetage forskellige hensyn⁵⁴. I mange tilfælde beror undtagelsen af sædvanlig forretningsmæssig disposition på en konkret vurdering fra SKAT. Udgangspunktet er dog taget fra praksis fra SEL § 212, der viser, at lånet skal være opstået som led i aktionærens almindelige samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår. For nærmere gennemgang af sædvanlige forretningsmæssige dispositioner ifølge SEL § 212 henvises til afsnit 4.4.2. SKAT vil derfor som udgangspunkt ikke beskatte en hovedaktionær, hvis selskabet allerede løbende yder lån som led i tilsvarende dispositioner med uafhængig tredjemand. Der kan dog forekomme situationer, hvor der er tale om enkeltstående dispositioner, hvor selskabet ikke tidligere har gennemført tilsvarende dispositioner med tredjemand. I både SKM2013.113.SR og SKM.2014.107.SR er der tale om enkeltstående dispositioner, hvor SKAT foretager en konkret vurdering af den enkeltstående disposition. I SKM2013.113.SR vurderer SKAT, at der ikke er tale om en sædvanlig forretningsmæssig

⁵⁴ Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 14, d. 30.08.2012

disposition, mens det forholder sig anderledes i SKM2014.107.SR, hvor SKAT vurderer, der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. I det efterfølgende vil de to afgørelser blive gennemgået.

I SKM2013.113.SR ønsker hovedaktionær at erhverve en nyopført beboelsesejendom fra sit holdingselskab. Finansieringen skal ske gennem realkreditinstitut, men da den af realkreditinstituttet vurderede handelsværdi overstiger opførelsesomkostningerne, er det ikke muligt at finansiere hele handlen gennem realkreditinstituttet. Hovedaktionæren ønsker derfor at finansiere den restende del gennem et sælgerpantebrev til holdingselskabet. Dette sælgerpantebrev skal ydes på normale markedsvilkår med hensyn til kontant udbetaling, lånets forrentning, afdrag og opsigelsesvilkår mv. I sit bindende svar afviser SKAT, at hovedaktionæren kan finansiere den restende del af handlen uden, at dette betragtes som et aktionærlån ifølge LL § 16 E. I SKM2013.113.SR er det oplyst, at selskabet ejer en række erhvervsejendomme samt den nyopførte beboelsesejendomme. Da selskabet ikke sædvanligvis opfører og sælger beboelsesejendomme og i samme forbindelse yder lån ved salget, vurderer SKAT, at lånet ikke er en sædvanlige forretningsmæssig disposition, hvorfor lånet vil blive anset som et aktionærlån, som skal beskattes efter bestemmelserne i LL § 16 E.

I SKM2014.107.SR ejer A 100 % af A ApS. A ApS ejer én erhvervsejendom, som A ønsker at sælge fra A ApS til sig selv privat. Efterfølgende ønsker A at likvidere selskabet, da selskabet tidligere har solgt sine øvrige aktiviteter. I forbindelse med dette salg ønsker spørger blandt andet at få bekræftet fra Skatterådet, at en eventuel refusionsopgørelse i selskabets favør ikke vil blive anset som aktionærlån ifølge LL § 16 E. Hvis refusionsopgørelsen resulterer i, at A skal betale penge til selskabet, er udgangspunktet, at der vil opstå et anpartshaverlån i perioden fra refusionsopgørelsen til betalingen sker, da A efter lovbestemmelserne i LL § 2 har bestemmende indflydelse i A ApS, ifølge LL § 16 E. Det er dog SKATs vurdering i den nærværende sag, at A ApS ville have solgt ejendommen på tilsvarende vilkår til en uafhængig part, hvis ikke A havde været interesseret. SKAT er derfor af den opfattelse, at det aktionærlån, der eventuelt ville opstå i perioden fra refusionsopgørelsen til betalingen sker, må anses for at være led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, såfremt betalingen sker inden for den tidsramme, som er sædvanlig for handel med ejendomme. SKM2014.107.SR er et eksempel på en sag, hvor et lån anses for at være en sædvanlig forretningsmæssig disposition, selv om selskabet ikke løbende foretager dispositioner af tilsvarende karakter med uafhængige

parter. Alene formodningen om at selskabet ville indgå samme disposition med en uafhængig part gør, at dispositionen anses for at være en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

I situationer hvor en hovedaktionær har samhandel med sit selskab, og denne samhandel er led i sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, vil et til udlån ikke være omfattet af LL § 16 E, under den forudsætning, at lånet er ydet på sædvanlige vilkår. I situationer hvor sådan en handel ikke sker på markedsvilkår, kan prisen efterfølgende korrigeres, og forskelsværdien vil som udgangspunkt medføre udbyttebeskatning hos hovedaktionæren. Hovedaktionæren har dog mulighed for at påtage sig en betalingsforpligtelse, hvilket betyder, at hovedaktionæren forpligter sig til at indbetale forskelsværdien i en rimelig tid efter afgørelsen er truffet og derved undlade at blive udbyttebeskattet⁵⁵. Betalingsforpligtelse eksisterede i tidligere retspraksis, men er ved indførelse af LL § 16 E blevet præciseret. Som beskrevet i afsnit 3.3 vil indeværende kandidat speciale ikke behandle gældende ret eller problemstillinger før LL § 16 E.

5.3.2 Pengeinstitutter mv. samt selvfinansiering

Udover sædvanlige forretningsmæssige dispositioner er der de to øvrige undtagelsesregler. Sædvanlige lån fra pengeinstitutter omfatter udlån, der ydes til en aktionær med bestemmende aktiepost i et pengeinstitut. Her kan den pågældende aktionær optage et sædvanligt banklån i pengeinstituttet uden at blive omfattet af LL § 16 E. For undtagelsesbestemmelse vedrørende lån til selvfinansiering henvises til gennemgang i det selskabsretlige afsnit 4.4.5. Som det fremgår af lovtæksten i LL § 16 E henvises der direkte i lovtæksten til SEL § 206.

Som det fremgår af ovenstående afhænger det i mange tilfælde af en konkret vurdering, hvorvidt et lån mellem en aktionær med bestemmende indflydelse og dennes selskab er et aktionærlån i henhold til bestemmelserne i LL § 16 E. I det efterfølgende behandles, hvilke skattemæssige konsekvenser det har for långiver og låntager, når der efter LL § 16 E er et aktionærlån.

⁵⁵ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 8-9

5.4 Skattemæssige retsvirkninger ved overtrædelse af ligningslovens § 16 E

Aktionærlån beskattes ved optagelse af udlånet og behandles efter skattelovningens almindelige regler om hævninger uden tilbagebetalingspligt. For låntager betyder dette, at personen skal beskattes af hævningen, som var det løn eller udbytte og efter de eksisterende regler for den gældende type indkomst. Som udgangspunkt vil hævningen blive skattet som maskeret udbytte. Men er aktionæren ansat i selskabet, og hævningen kan anses som rimelig aflønning i forhold til aktionærens indsats, kan hævningen beskattes som løn.⁵⁶

For både långiver og låntager vil det have forskellig betydning, hvorvidt hævningen betragtes som udbytte eller løn. Betragtes en hævning som udbytte, vil det for långiver have den konsekvens, at selskabet ikke har skattemæssig fradragsret for hævningen. For låntager vil det betyde, at lånet beskattes som aktieindkomst. Betragtes hævningen i stedet for som løn, vil det for långiver betyde, at de har skattemæssig fradragsret for hævningen som en driftsomkostning, da der er tale om vederlag for personligt arbejde, hvor selve hævningen kan rummes inden for en rimelig aflønning for det udførte arbejde. For låntager vil det betyde, at lånet beskattes som personlig indkomst. Det er selskabet, som skal indeholde og indbetale den gældende kildeskat, hvilket gør, at selskabet som udgangspunkt har et regreskrav mod låntager for den kildeskat, som selskabet har indbetalt. Dette regreskrav udgør som udgangspunkt ikke et nyt aktionærlån, såfremt låntager tilbagebetaler kildeskatten til selskabet inden udløb af selskabets selvangivelsesfrist for det indkomstår, hvor aktionærlånet blev udbetalt⁵⁷.

Skattemæssigt skelnes der ikke mellem lovlig eller ulovlig aktionærlån, og i realiteten vil der i alle skattemæssige relationer blive lagt til grund, at der hverken hos långiver eller låntager foreligger et lån. Så trods betegnelsen aktionærlån anses det skattemæssigt ikke for at være et lån, men en hævning uden tilbagebetalingspligt. At et aktionærlån skattemæssigt ikke betragtes som et lån har den betydning, at låntager ikke vil kunne fradrage sine renteudgifter på lånet, ligesom renteindtægter vil blive betragtet som et skattepligtigt tilskud til långiver. Det forhold at et aktionærlån skattemæssigt ikke betragtes som et lån og behandles efter skattelovgivningens almindelige regler om hævninger uden tilbagebetalingspligt medfører, at lånet ikke skal tilbagebetales. Efter de selskabsretlige forhold skal et kapitalejrlån dog tilbagebetales. Som følge af denne forskel mellem skatteret og selskabsret, er det fastsat i LL § 16 E, stk.

⁵⁶ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 27

⁵⁷ C.B.3.5.3.3 Aktionærlån, SKAT, d. 19.02.2015, side 9

2, at långiver ikke beskattes, hvis lånet tilbagebetales. En tilbagebetaling af aktionærlånet vil dog ikke medføre en genoptagelse af beskatningen hos aktionæren. Som bemærket i lovforslaget af 14. august 2012 svarer det til, at der ikke er mulighed for at ophæve beskatning ved at tilbagebetale sin løn eller udbytte.

6 Analyse af forskel mellem selskabslovens § 210 og ligningslovens § 16 E samt tilknyttede undtagelsesbestemmelser

I de foregående to kapitler er gennemgået de enkelte elementer i selskabsretten og skatteretten i henhold til kapitalejerlån. Gennem arbejdet med L 199 er det blevet synligt, at tanken bag lovforslaget ikke nødvendigvis var at skabe overensstemmelse mellem selskabsret og skatteret. Dette kommer til udtryk i følgende citater fra L 199: *”Derved omfatter lovforslaget ikke alle ulovlige aktionærlån, idet det selskabsretlige forbud mod aktionærlån ikke er begrænset til aktionærer med en kvalificeret tilknytning til selskabet. Omvendt omfatter lovforslaget også aktionærlån, der ikke er omfattet af et selskabsretligt forbud, idet lovforslaget ikke skelner mellem aktionærlån fra danske selskaber og aktionærlån fra udenlandske selskaber, hvor aktionærlån i en række lande er lovlige”*⁵⁸ samt *”Det er således ikke afgørende for beskatningen, om der er tale om et ulovligt aktionærlån. F.eks. er lån ulovlige efter selskabsloven, uanset om låntager har bestemmende indflydelse over selskabet eller ej, ligesom lån til ledelsesmedlemmer er ulovlige efter selskabsloven, men ikke nødvendigvis skattepligtige efter den foreslåede § 16 E”*⁵⁹. I indeværende kapitel belyses hver af de elementer, som er gennemgået i de forgående kapitler. Med udgangspunkt i disse besvares problemformuleringen ved at analysere på de forhold, som er forskellige mellem de to lovgivninger og identificere hvilke øvrige forskelle, der er mellem selskabsret og skatteret end de som er påpeget i lovforslaget. Som et naturligt led i analysen på de forhold, som er forskellige, vil der også blive set på de forhold, som er overensstemmende mellem de to lovgivninger.

I tabellen på de næste sider er det illustreret, hvilke elementer der er omfattet af selskabsretten og skatteretten. Endvidere indeholder tabellen en kort beskrivelse af hvilke lovbestemmelser, der gør sig gældende og hvad hovedtrækket er i den pågældende lovbestemmelse. Tabellen er med til at give et overblik og struktur for kapitlets øvrige indhold⁶⁰.

⁵⁸ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 7

⁵⁹ L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, side 8

⁶⁰ Se Bilag 1 hvor tabellen er udbygget med de gældende forskelle som alle gennemgås i det efterfølgende.

Områdebeskrivelse	Selskabsret	Skatteret
Kreds af långivere	<p><i>SEL § 210 jf. SEL § 5, stk. 1, nr. 18</i></p> <p>Kapitalselskaber i form af anpartselskab herunder et iværksætterselskab eller aktieselskab herunder et partnerselskab.</p>	<p><i>LL § 16 E jf. SSL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2</i></p> <p>Kapitalselskaber i form af aktie- og anpartsselskaber samt iværksætterselskaber. Øvrige selskaber i form af A.m.b.a., K/S mv., hvor fællesnævner for dem alle er, at der er begrænset hæftelse relateret til selskabet eller foreningen. Af tilsvarende selskaber mv. hjemmehørende i udlandet kan nævnes limited company (Ltd) samt Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).</p>
Kreds af låntagere	<p>Fysiske personer</p> <p><i>SEL § 210 jf. SEL § 5, stk. 1, nr. 16 samt SEL § 5, stk. 1, nr. 20</i></p> <p>Kapitalejere samt ledelse herunder direktion, tilsynsråd og bestyrelsesmedlemmer. Tilsvarende findes på kapitalejere og ledelse i moder- og andre selskaber som har bestemmende indflydelse over selskabet.</p> <p>Nærtstående til ovennævnte parter er ligeledes omfattet af bestemmelsen.</p> <p>Juridiske personer</p> <p><i>SEL § 210</i></p> <p>Alle juridiske personer herunder kapital-selskaber, personselskab samt fonde og foreninger mv.</p>	<p>Fysiske personer</p> <p><i>LL § 16 E jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2</i></p> <p>Alle fysiske personer der udøver bestemmende indflydelse over juridiske personer.</p> <p>Nærtstående til ovennævnte parter er ligeledes omfattet af bestemmelsen både alene og i tilfælde, hvor to parter sammen udøver bestemmende indflydelse.</p> <p>Juridiske personer</p> <p>Ingen.</p>

Områdebeskrivelse	Selskabsret	Skatteret
Hovedregel for hvad der er omfattet af kapitalejerlån	<i>SEL § 210</i> Alle lån der ydes, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed mellem långiver og låntager er omfattet af kapitalejerlån.	<i>LL § 16 E</i> Alle lån der ydes, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed mellem långiver og låntager er omfattet af kapitalejerlån.
Undtagelser til hovedregel		
1. Undtagelse – koncernlån- og sikkerhedsstillelser	<i>SEL § 211</i> Udlån og sikkerhedsstillelser til moderselskaber eller øvrige selskaber som har bestemmende indflydelse over kapitalselskabet samt visse udenlandske moderselskaber.	Ikke aktuel da lån til juridiske personer ikke er omfattet af skatteret.
2. Undtagelse – sædvanlige forretningsmæssige dispositioner	<i>SEL § 212</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.	<i>LL § 16 E, stk.1, pkt. 2</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.
3. Undtagelse – sædvanlige lån fra pengeinstitutter	<i>SEL § 213</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i et sædvanlig lån fra pengeinstitut.	<i>LL § 16 E, stk. 1, pkt. 2</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i et sædvanlig lån fra pengeinstitut.
4. Undtagelse – lån til medarbejdere	<i>SEL § 214</i> Dispositioner foretaget med henblik på at erhverve kapitalandele af eller til medarbejderne i selskabet eller et datterselskab.	Ikke omfattet af skatteret.
5. Undtagelse – lån til selvfinansiering	<i>SEL § 206, stk. 2</i> Selvfinansiering i form af tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet.	<i>LL § 16 E, stk. 1, pkt. 2 jf. SEL § 206, stk. 2</i> Overensstemmende med selskabsret, da der er direkte henvisning dertil.

6.1 Kreds af långivere

Kredsen af långivere er i selskabsretten afgrænset til at omfattet alle kapitalselskaber i form af anpartsselskaber herunder iværksætterselskaber samt aktieselskaber herunder partnerselskaber. Modsat forholder det sig i skatteretten, hvor kredsen af långivere er bredere og kræver en større grad af kendskab og oplysning af den enkelte långiver for at vurdere om långiver er omfattet af LL § 16 E. Kun kapitalselskaber i form af anpartsselskaber herunder iværksætterselskaber samt aktieselskaber er direkte oplyst. Mens øvrige selskaber og foreninger som også er omfattet af lovbestemmelsen er de selskaber og foreninger, hvor der er begrænset hæftelse relateret til selskabet eller foreningen. Dette kan eksempelvis være A.m.b.a. og K/S, og det er for disse selskaber, at der kræves en større grad af kendskab og oplysning for at vurdere, hvorvidt de er omfattet. Inden vi går videre med kredsen af långivere kan man allerede her se forskel mellem selskabsret og skatteret. Selskabsretlig er et partnerselskab omfattet af kredsen af långivere, men da et partnerselskab ikke er et selvstændigt skattesubjekt, vil et kapitalejerlån i et partnerselskab ikke skatteretlig blive omfattet af LL § 16 E. Tilsvarende omfatter selskabsretten ikke øvrige selskaber og foreninger, da de ikke udgør et kapitalselskab i henhold til SEL § 5, stk. 1, nr. 18. Dette betyder, at et A.m.b.a. eller K/S trods deres mulige begrænset hæftelse ikke selskabsretlig vil blive omfattet af kapitalejerlån.

I LL § 16 E er yderligere medtaget, at selskaber mv. tilsvarende til de oplyste i SSL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2 hjemhørende i udlandet ej heller må yde lån. I SEL § 210 er udenlandske selskaber ikke oplyst, og som det står nævnt i afsnit 4.1.4 er der ingen EU-regulering vedrørende kapitalejerlån, hvorfor regulering heraf er overladt til de enkelte medlemslande. Dette har den betydning, at der er stor forskel på reguleringerne i de enkelte lande, hvor de fleste lande tillader kapitalejerlån dog med forskellige restriktioner, der har til formål at forhindre misbrug og beskytte selskabskapitalen. Som det fremgår af ovenstående citat fra lovforslaget, er dette en af de forskelle som Skatteministeriet er bekendte med, og det er således muligt at have en situation, hvor et selskab mv. hjemhørende i udlandet tillader kapitalejerlån, men hvor skatteretten bestemmer at lånet er omfattet af LL § 16 E og derfor skal beskattes enten som løn eller udbytte.

6.2 Kreds af låntagere

Ifølge selskabsretten udgør kredsen af låntagere alle kapitalejere samt ledelse såsom direktion, tilsynsråd og bestyrelsesmedlemmer. Tilsvarende gælder det for kapitalejere og ledelse i moderselskabet eller andre selskaber, som har bestemmende indflydelse. Der findes ingen nedre grænse for kapitalandel, hvilket vil sige, at ejer man 1% af kapitalen er man kapitalejer og vil være omfattet af den gældende lovbestemmelse. I skatteretten findes en helt anden definition af kredsen af låntagere. Ifølge skatteretten udgør kredsen af låntagere alle fysiske personer, der udøver bestemmende indflydelse over det juridiske selskab. Det betyder således, at man skatteretlig skelner mellem om man har eller ikke har ”kvalificeret tilknytning til selskabet”, som det tidligere er beskrevet i citatet fra lovforslaget. I forhold til kapitalejere er der således en lang række af kapitalejere, som ejer fra 1 % til 50 % af selskabskapitalen, som selskabsretlig vil blive omfattet af kapitalejerlån, mens de skatteretlig ikke vil blive omfattet, da de ikke har bestemmende indflydelse over selskabet. Tilsvarende gælder det for alle personer omfattet af ledelsen. Disse vil alene være omfattet af selskabsrettens bestemmelser for kapitalejerlån med mindre, at de samtidig er kapitalejere med en bestemmende indflydelse. Er dette tilfældet vil ledelsen, som ligeledes er kapitalejere, være omfattet af skatteretten.

Både i selskabsret og skatteret er kredsen af låntagere udvidet således nærtstående parter også er omfattet af lovbestemmelserne. Selskabsretlig er nærtstående parter defineret som følgende i afsnit 4.3.1: ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje eller på anden måde står den pågældende særlig nær. Skatteretlig er nærtstående parter defineret som følgende i afsnit 5.2.2: ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disse ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Langt hen ad vejen er kredsen af nærtstående parter ens for både selskabsret og skatteret. Selskabsretten har dog en mere subjektiv vinkel på de nærtstående parter, da disse omfatter alle de som på en eller anden måde står den pågældende særlig nær. Dette er som nævnt møntet på samlevere, men også søskende kan være omfattet af forbuddet. I disse tilfælde beror vurderingen på en konkret vurdering. Skatteretlig er der ikke tilføjet en lignende subjektiv vinkel, og der har praksis ikke været tilfælde, hvor man skatteretlig har fastslået, at samlevere eller anden særlig nær person også kan være omfattet.

Selskabsretlig har nærtstående parter alene betydning i forhold til, at de lige som kapitalejere eller ledelsen ej heller må låne af kredsen af långivere. Skatteretlig har nærtstående parter derimod en yderligere betydning. Ligesom ved selskabsret må nærtstående parter skatteretlig ej heller låne af kredsen af långivere, men derudover kan de nærtstående også påvirke vurde-

ringen af den bestemmende indflydelse. Ejer ægtefællerne A og B hver 50 % af A ApS, vil de enkeltvis ikke have bestemmende indflydelse, men i praksis fra SKM2014.663.SR viser det sig, at man anser A og B for tilsammen at have bestemmende indflydelse, da de er nærtstående parter og vil derfor skattemæssigt være omfattet af LL § 16 E.

Som det fremgår af ovenstående har begrebet bestemmende indflydelse en stor betydning i forhold til vurdering af kredsen af låntagere i forhold til skatteret. Begrebet har dog ingen betydning i forhold til selskabsret.

I selskabsretten har vi endnu en kreds af långivere, svarende til alle juridiske personer omfattende kapitalselskaber, personselskaber i form af P/S, I/S mv. samt fonde og foreninger. Forbuddet omfatter dog ikke udlån til andre selskaber, som er kontrolleret af den samme personkreds, hvilket vil sige søster- og datterselskaber. I afsnit 4.3.2 er der givet et eksempel på, hvorledes dette forhold mellem søster- og datterselskaber skal forstås. Hovedregel i selskabsretten er således, at långiver ej heller må låne til en juridisk person. I skatteretten findes der ikke forbud mod at yde udlån til juridiske personer. I L 199 var en begrænset del af juridiske personer dog omfattet af skatteretten, men efter flere indsigelser mod forbuddet blev det fjernet, da udlån til juridiske personer ikke var i tråd med formålet for vedtagelse af L 199. Endvidere harmonerede forbuddet heller ikke med den øvrig skattelovning, da det blandt andet er skattefrit at udlatte udbytte fra datterselskab til moderselskab jf. SSL § 13, stk. 1, nr. 2 samt skattefrit at give tilskud mellem koncernforbundne i henhold til SSL § 31 D.

Skatteretten går således alene på fysiske personer, men en forbindelse mellem långiver og låntager kan også godt opstå skatteretlig, hvis der sker lån til en virksomhed, som ikke er et selvstændigt skattesubjekt. Den skattetransparente virksomhed anses for at være en og samme person, som den fysiske person som ejer virksomhed. Her vurderes det, hvorvidt den fysiske person udøver bestemmende indflydelse over långiver også er den samme person, som har tilknytning til låntager, som er den skattetransparente virksomhed. Tidligere i afsnit 5.2.2 er SKM2014.15.SR gennemgået. I den pågældende sag afviste SKAT, at hovedanpartshaveren af A ApS ikke vil blive beskattet af et lån fra A ApS til B K/S i henhold til sin ejerandel i B K/S i og med hovedanpartshaveren har bestemmende indflydelse i A ApS. Det specielle ved SKM2014.15.SR er, at SKAT således fastslår, at det gældende lån er et kapitalejrlån i henhold til bestemmelserne i LL § 16 E, mens Erhvervsstyrelsen har udtalt, at det samme lån ikke er ulovligt selskabsretligt, da det antages, at lån til kommanditselskab ikke vil være omfattet

af SEL § 210, hvis alene en eller flere af kommanditisterne er kapitalejer i det långivende selskab. Svaret fra Erhvervsstyrelsen forudsætter dog, at formålet med lånet ikke er, at midlerne skal videreføres til kommanditisten, som er kapitalejer i det långivende selskab. Vi har således med SKM2014.15.SR et tilfælde, hvor SKAT og Erhvervsstyrelsen demonstrerer forskellen mellem de to lovbestemmelser. Det fremgår dog ikke helt tydelig af SKM2014.15.SR hvad det præcist er Erhvervsstyrelsen ligger til grund for sin vurdering, da SKM2014.15.SR kun indeholder et uddrag af en mail fra Erhvervsstyrelsen. Det er således ikke muligt at sige, hvorvidt begrundelsen er, at et K/S ikke falder under betegnelse personselskab eller om et K/S kan falde under undtagelsen, hvor lån gerne må ydes mellem søster- og datterselskaber med samme kontrollerede personkreds.

6.3 Hovedregel for hvad der er omfattet af kapitalejerlån

I de forgående to afsnit har vi analyseret overensstemmelserne og forskelle i kredsen af långivere og låntagere, og hvor der i begge elementer var væsentlige forskelle. I dette afsnit vil vi analysere nærmere på hovedreglen for hvad der er omfattet af kapitalejerlån.

Selskabslovens definitionen af hvad der er omfattet af kapitalejerlån er simpel: ”... *stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for...*”⁶¹. I LL § 16 E er selve definitionen ikke opstillet på samme simple vis, men indholdet er det samme. Hovedreglen for hvad der er omfattet af kapitalejerlån er således, set ud fra lovteksten, overensstemmende mellem selskabsret og skatteret.

I forhold til både selskabsret og skatteret gælder det, at der ingen bagatelgrænse er for kapitalejerlån. Som belyst i afsnit 5.3 er det slået fast af Skatteministreret, at der ingen bagatelgrænse er og tilsvarende er det af Jesper Seehausen, seniorkonsulent, cand.merc.aud. og ph.d., vurderet ud fra praksis i selskabsret, at et forbud mod kapitalejerlån er absolut og der ingen bagatelgrænse er set i forhold til udlånet⁶².

Forbuddet mod kapitalejerlån omfatter således både selskabsretlig og skatteretlig udlån af penge eller pengeeffekter i form af check, veksler eller værdipapir, sikkerhedsstillelser i form

⁶¹ Selskabsloven § 210, stk. 1, nr. 1

⁶² Planche fra SMV-forum 2014, Comwell Middelfart, Seniorkonsulent, cand.merc.aud., ph.d. Jesper Seehausen, d. 16.01.14, planche 71

af kautioner, garanti mv. eller midler som er stillet til rådighed, og dette er uanset den økonomiske værdi og om kreditorer har eller ville lide tab.

6.4 Undtagelse til hovedreglen – koncernlån- og sikkerhedsstillelser

Som beskrevet i afsnit 6.2 er der selskabsretlig forbud mod at låne til juridiske personer, med mindre lånet sker til et selskab, som er kontrolleret af den samme personkreds, hvilket vil sige søster- og datterselskaber. I SEL § 211 er indarbejdet en undtagelsesbestemmelse, hvor udlån og sikkerhedsstillelser til danske og visse moderselskaber samt øvrige selskaber med bestemmende indflydelse over kapital selskabet ikke er omfattet af forbuddet. I skatteretten finder vi ikke et lignende forbud, da lån til juridiske personer som nævnt tidligere ikke er omfattet af LL § 16 E.

Forskellen mellem selskabsret og skatteret går således ikke på undtagelsesbestemmelsen, men derimod på hovedreglen, i og med der er forskelle mellem den kreds af låntagere der er inden for selskabsret og skatteret.

6.5 Undtagelse til hovedreglen – sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Både selskabsretlig og skatteretlig er der indarbejdet en undtagelse, som skal bevirke, at sædvanlige forretningsmæssige dispositioner ikke bliver omfattet af forbuddet. I selskabsloven er undtagelsen indarbejdet i SEL § 212 med ordlyden ”Uanset § 210 kan et kapital selskab som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen, der er nævnt i § 210”, mens undtagelsen i ligningsloven er indarbejdet i selve lovbestemmelsen med følgende ordlyd ”1. pkt. findes ikke anvendelse på lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition ... 1. og 2. pkt. findes tilsvarende anvendelse på sikkerhedsstillelser og på midler, der stilles til rådighed”. Som det fremgår af de to ordlyde er undtagelsen nævnt i selskabsret stort set identisk med skatteret. Begge undtagelser indeholder ”en sædvanlig forretningsmæssig disposition” og begge undtagelser gælder for både lån, sikkerhedsstillelse og midler der stilles til rådighed. Endvidere referere begge undtagelser til den respektive personkreds for den gældende lovbestemmelse.

Som henvist til tidligere i kandidatspecialet kommenterer Skatteministeren i sit svar til henvendelse fra CORIT ADVISERY af 24. august 2012, at ordlyden i LL § 16 E er inspireret af SEL § 212 samt at praksis for denne bestemmelse vil være vejledende ved fortolkningen af LL § 16 E. Dog tilføjer Skatteministeren, at dette ikke nødvendigvis medfører, at fortolkning af de to lovbestemmelser altid vil være ens, da de to lovbestemmelser skal varetage forskellige hensyn.

Med den viden, at ordlyden stort set er identisk og praksis fra SEL § 212 vil være vejledende for LL § 16 E, men at fortolkningen ikke nødvendigvis vil være ens, behandles den praksis der er inden for begge lovbestemmelser. Herunder belyses det, hvorvidt der er overensstemmelser eller forskel mellem hvorledes ordlyden ”en sædvanlig forretningsmæssig disposition” anvendes i henhold til selskabsret og skatteret.

I Erhvervsankenævnets kendelse fra 11. januar 2013 stedfæster Erhvervsankenævnet, at der i den pågældende sag er tale om et ulovligt kapitalejrlån i henhold til SEL § 210, og det pågældende lån ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelse omkring sædvanlig forretningsmæssig disposition, da det ikke vurderes, at en lignende disposition ville være indgået med en uafhængig tredjemand⁶³. Denne vurdering sker til trods for, at selskabet har lignende aktivitet inden for samme område som kapitalejrlån opstår indenfor, der har dog aldrig været en lignende situation som denne, hvori kapitalejrlånet opstår. Erhvervsankenævnet er meget detaljeret i deres vurdering og ligger endvidere vægt på, at de forhold som revisor i den pågældende sag argumenterer for, ikke fremgår af årsrapporten, hvorfor forholdene ikke kan tages med i vurderingen. Endvidere ligger Erhvervsankenævnet også vægt på, at revisor i årsrapporten har afgivet en supplerende oplysning omkring ulovligt kapitalejrlån.

I Erhvervsankenævnets kendelse af 5. november 2013 stedfæster Erhvervsankenævnet, at lån til tre af kapitalejere er ulovlig kapitalejrlån i henhold til SEL § 210 samt at lånene ikke kan gå under undtagelsesbestemmelsen i § 212, da det ikke anses for at være en sædvanlig forretningsmæssig disposition, selvom det i selskabets vedtægter og formål står, at finansiering er en del af selskabets aktivitet⁶⁴.

⁶³ Der henvises til 4.4.2 for gennemgang af den pågældende kendelse.

⁶⁴ Der henvises til 4.4.2 for gennemgang af den pågældende kendelse.

I både kendelsen af 11. januar 2013 og 5. november 2013 står det klart, at det ikke er tilstrækkeligt, for at være omfattet af undtagelsesbestemmelse omkring sædvanlig forretningsmæssig disposition, at et selskab yder lån til en kapitalejer med den begrundelse, at det står i selskabets vedtægter, eller at lånet er relateret til selskabets aktivitet. For at en disposition kan være omfattet af undtagelsesbestemmelsen, sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal dispositionen være foretaget med tredjemand.

I skatteret findes der endnu flere afgørelser inden for sædvanlig forretningsmæssig dispositioner, da alle domme, bindende svar mv. hver gang inddrager sædvanlig forretningsmæssig disposition for at sikre sig et gældende kapitalejerlån ikke er omfattet af denne undtagelse.

I SKM2013.113.SR findes en afgørelse lignende den i kendelsen af 11. januar 2013. I SKM2013.113.SR afviser SKAT, at hovedaktionæren kan finansiere dele af en handel mellem hovedaktionæren og holdingselskabet uden dette vil blive betragtet som et ulovligt kapitalejerlån ifølge LL § 16 E. I denne sag har selskabet også aktivitet inden for samme område som kapitalejerlån opstår indenfor, men tilsvarende i denne sag er der ikke sket lignende dispositioner, som kan bevirke, at kapitalejerlånet er omfattet af sædvanlig forretningsmæssig disposition⁶⁵.

Skatteretten har dog ikke sammen stringente tilgang til, at dispositionen skal være foretaget med tredjemand, som selskabsretlig praksis tyder på har. I SKM2014.107.SR ønsker spørger bindende svar på flere spørgsmål i forbindelse med salg af erhvervsejendom fra kapitalselskab til kapitalejeren⁶⁶. Et af disse spørgsmål går på en refusionsopgørelse, hvor SKAT er af den opfattelse, at den gældende disposition anses for at være foretaget som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition, selvom selskabet ikke løbende foretager dispositioner af tilsvarende karakter med tredjemand. SKAT formoder dog, at selskabet vil indgå samme disposition med tredjemand. Som nævnt tidligere er der ingen bagatelgrænse for et kapitalejerlåns størrelse, hvorfor dette ikke kan have indflydelse på SKATs bedømmelse af om refusionsopgørelsen er ulovlig eller lovlig, men det faktum, at en refusionsopgørelsen sjældent er af væsentlig størrelse, kan muligvis spille ind på SKATs vurdering af, hvorvidt en lignende disposition vil være foretaget med tredjemand eller ej.

⁶⁵ Der henvises til 5.3.1 for gennemgang af den pågældende afgørelse.

⁶⁶ Der henvises til 5.3.1 for gennemgang af den pågældende afgørelse.

Af ovenstående kendelser fra Erhvervsankenævnet og afgørelser fra SKAT tegner der sig et vist mønster mellem selskabsret og skatteret. Nuværende praksis viser, at selskabsret og skatteret overordnet er enige i deres vurdering af sædvanlig forretningsmæssig disposition. Der hvor forskellen kan ligge er i tolkningen af, om en disposition skal være foretaget med tredjemand eller det formodes at dispositionen vil foretages med tredjemand. Selskabsretlig skal der i selskabet være foretaget dispositioner af samme karakter med tredjemand for at dispositionen er omfattet af sædvanlig forretningsmæssig disposition. Mens der med afgørelse i SKM2014.107.SR åbnes op for en mere lempelig tilgang i skatteretten, hvor en formodning om, at dispositioner af samme karakter vil være foretaget med tredjemand er nok for at dispositionen er omfattet af sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Uden at samme sag både behandles i Erhvervsankenævnet og hos SKAT, er det dog svært at konkludere på forskellen mellem selskabsret og skatteret, selvom det er muligt at se et vist mønster i deres vurderinger, er det alligevel meget begrænset. Praksis mellem selskabsret og skatteret sættes af to forskellige myndigheder, som sidder med hver deres baggrund. Praksis i selskabsretten har baggrund i en eksisterende begivenhed, hvilket vil sige, at de har en årsrapport og muligvis en revisionspåtegning af støtte sig til. Mens praksis i skatteretten oftest kommer gennem bindende svar, hvilket vil sige, at den gældende situation ikke er opstået endnu, og SKAT har derfor heller ikke en årsrapport eller en mulig revisionspåtegning af støtte sig til. Med to forskellige myndigheder og baggrunde som oftest er forskellige, vil vurdering af begrebet sædvanlig forretningsmæssig disposition altid være differentieret. Dette er også hvad Skatteministeren tilkendegiver i sit svar til CORIT ADVISERY af 24. august 2012⁶⁷.

6.6 Undtagelse til hovedreglen – sædvanlige lån fra pengeinstitutter

Gældende for både selskabsret og skatteret er det muligt for personer omfattet af personkredsen for låntagere at optage lån, modtage sikkerhedsstillelser og få stillet midler til rådighed, hvis det er som del i sædvanlige lån mv. fra pengeinstituttet. I begge lovbestemmelserne er der ikke de store tvivlsspørgsmål i forhold til, hvornår et lån er omfattet af undtagelsesreglen.

⁶⁷ Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 14, d. 30.08.2012

Der er således hverken selskabsretlig eller skatteretlig praksis inden for bestemmelsen som stedfæster forskel mellem selskabsret og skatteret.

6.7 Undtagelse til hovedreglen – lån til medarbejdere

I selskabsretten findes en undtagelsesbestemmelse mod lån til medarbejdere. Denne bestemmelse skal gøre det lettere at inddrage medarbejdere i selskabets ejerkreds. Der er dog visse krav til undtagelsen, blandt andet at der skal være tale om en generel medarbejderordning og ikke blot økonomisk bistand til enkelte medarbejdere⁶⁸. I selskabsretten udgør personkredsen af låntagere alle kapitalejere samt ledelsen, foruden denne undtagelsesbestemmelse ville alle medarbejdere som køber kapitalandele gennem en general medarbejderordning, hvor selskabet yder lån eller stiller garanti for købet blive omfattet. Da skatteretten ikke har samme personkreds for låntagere, vil samme erhvervelse af kapitalandele for medarbejdere ikke blive omfattet af LL § 16 E, så længe de ikke erhverver mere end 50 % af kapitalen. Der er således ikke indarbejdet en lignende undtagelsesbestemmelse i skatteretten, for i tilfælde af, at en medarbejder erhverver mere end 50 % af kapitalen, så kan der næppe være tale om en general medarbejderordning, men i stedet for vil der være tale om økonomisk bistand til en enkelt medarbejder. Et tilfælde som dette vil ikke være omfattet af undtagelsesbestemmelsen i SEL § 214. På denne måde er der overensstemmelse mellem selskabsretten og skatteretten til trods for skatteretten ikke direkte har indarbejdet en undtagelsesbestemmelse for lån til medarbejdere.

Der kan dog opstå uhensigtsmæssighed ved, at skatteretten ikke har indarbejdet en undtagelsesbestemmelse mod lån til medarbejdere. I tilfælde af, at et kapitalselskab har en hovedaktionær som ejer mere end 50 % af aktionær, vil han efter de skatteretlige bestemmelser have bestemmende indflydelse. Han og hans nærtstående parter kan derfor ikke have kapitalejerlån uden at blive beskattet efter LL § 16 E. Yder dette selskab lån til sine medarbejdere i forbindelse med køb af kapitalandele som beskrevet ovenfor, vil det som udgangspunkt ikke give problemstillinger hverken selskabsretlig eller skatteretlig. Problemstillingen opstår først skatteretlig, hvis en eller flere af disse medarbejdere er nærtstående part til hovedaktionærer. I sådan et tilfælde vil det skatteretlig ikke være muligt at låne til den del af medarbejderne, som

⁶⁸ Der henvises til afsnit 4.4.4 for nærmere gennemgang af forudsætning for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen

er nærtstående part til hovedaktionæren, da de ifølge betegnelse af kredsen af låntagere vil være omfattet, og derfor skal beskattes.

Der har i praksis ikke været tilfælde, hvor en situation som ovenstående er opstået. Det kan derfor ikke vides, hvorledes SKAT vil håndtere den gældende situation, men som lovtæksten er defineret vil ovenstående senarie ikke være muligt.

6.8 Undtagelse til hovedreglen – lån til selvfinansiering

Den sidste undtagelsesbestemmelse er lån til selvfinansiering, hvor et selskab yder lån mv. til tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet. Lån til selvfinansiering er indarbejdet i SEL § 206 og frem til SEL § 209. I både SEL § 210 og i LL § 16 E har man indarbejdet en reference til SEL § 206. Der er således ingen forskel mellem selskabsret og skatteret, da begge lovbestemmelser referer til sammen lovbestemmelse i SEL § 206.

I de forgående afsnit har vi analyseret de overensstemmelser og forskelle der er mellem SEL § 210 og LL § 16 E samt relateret lovbestemmelser. Efter denne analyse står det klart, at der er tydelige forskel mellem selskabsret og skatteret, særligt i form at kredsen af långivere og låntagere. Det er dog ikke inden for alle elementer under kapitalejerlån, at der er lige store forskelle mellem selskabsret og skatteret. Når det studeres, hvad der er et kapitalejerlån, viser det sig, at der i skatteretten er mange henvisninger til selskabsretten, således der sikres overensstemmelse mellem, hvad er et kapitalejerlån og hvilke undtagelser er der til forbuddet. Ses der på disse undtagelser er der i selskabsret indarbejdet noget undtagelser, som ikke er medtaget skatteretlig, da undtagelsen ikke er nødvendig som følge af forskellen i kredsen af långivere og låntagere mellem selskabsret og skatteret. Der hvor forskellen mellem selskabsret og skatteret findes, når vi ser på selve indholdet af et kapitalejerlån, så er det betegnelsen sædvanlig forretningsmæssig disposition. Betegnelsen indeholder en vis grad af subjektivitet og med to forskellige dømmende myndigheder, giver dette en differentiering i praksis mellem selskabsret og skatteret.

6.9 Sanktioner – selskabsret og skatteret

Overensstemmelser og forskel mellem selskabsret og skatteret er med til at gøre, at et ulovligt kapitalejerlån ikke altid vil blive behandlet ens, da det enten kan være ulovligt både selskabsret og skatteret, alternativt kan det være ulovligt selskabsretlig og lovlige skatteretlig eller omvendt. I det efterfølgende ses der nærmere på den forskel der er i sanktionerne for långiver og låntager, alt efter hvilken type ulovlig kapitalejerlån, der er tale om.

6.9.1 Ulovlig kapitalejerlån i henhold til SEL § 210 og LL § 16 E

I henhold til SEL § 215 skal et ulovligt kapitalejerlån tilbagebetales til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, som er fastsat i bekendtgørelse om renteloven § 5, stk. 1 og 2 og med et tillæg på 2 %, med mindre et højere beløb er aftalt. Ifølge LL § 16 E gælder skattelovgivningens almindelige regler for hævning uden tilbagebetalingspligt, hvilket vil sige skatteretlig skal lånet ikke tilbagebetales⁶⁹. I og med der i mange tilfælde er sammenfald mellem at et kapitalejerlån både er ulovligt selskabsretlig og skatteretlig, er der i LL § 16 E, stk. 2 indarbejdet en bestemmelse relateret til tilbagebetaling af lån. Tilbagebetales et udlån der er beskattet efter reglerne i LL § 16 E, stk. 1, medregnes det tilbagebetalte ikke ved opgørelse af den skattepligtige indkomst for selskabet. Når beskatningen er sket af lånet og renter kan lånet tilbagebetales, som en modregning på mellemregningen uden yderligere handlinger. Ses der nærmere på beskatningen jf. LL § 16 E beskattes lånet som nævnt efter skattelovgivningens almindelige regler for hævning uden tilbagebetalingspligt. Dette betyder, at lånet beskattes hos låntager enten som udbytte eller løn⁷⁰.

Såfremt et kapitalejerlån er ulovligt i henhold til både SEL § 210 og LL § 16 E vil lånet i første omgang blive forrentet, derefter vil låntager blive beskattet af lånet inklusiv renter enten som udbytte eller løn, og afslutningsvist tilbagebetales lånet inklusiv renter og den eventuelle skat, som selskabet har betalt enten i form af udbytteskat eller A-skat og AM-bidrag. Der er således ingen tvivl om, at vedtagelse af supplerende lovbestemmelse i LL § 16 E har gjort sanktionen for ulovlig kapitalejerlån betydeligt hårdere i de tilfælde for de ulovlige kapitalejerlån både er ulovligt selskabsretlig og skatteretlig.

⁶⁹ Der henvises til afsnit 5.1 for gennemgang af den skattemæssige forståelse af kapitalejerlånet som en hævning og ikke et lån

⁷⁰ Der henvises til afsnit 5.4 for gennemgang af hvorvidt et kapitalejerlån skal beskattes som udbytte eller løn.

**6.9.2 Ulovlig kapitalejrlån i henhold til SEL § 210, men lovligt i henhold til LL § 16 E
eller omvendt**

Er et kapitalejrlån alene ulovligt i henhold til SEL § 210, vil sanktionen alene være renteberegning og tilbagebetaling af lånet. Sanktionen ved et kapitalejrlån som alene er ulovligt selskabsretlig vil på sin vis kunne siddestilles med et lån i banken, som også skal forrentes og tilbagebetales.

Modsat gælder det hvis kapitalejrlånet alene er ulovligt i henhold til LL § 16 E, her vil sanktionen alene være, at lånet beskattes og skal ikke tilbagebetales. Sanktionen ved et kapitalejrlån, som alene er ulovligt skatteretlig vil i stedet for kunne siddestilles med almindelig udbytte eller løn, hvor man heller ikke skal tilbagebetale det udbytte eller løn man har fået, så snart det er beskattet. Som beskrevet i afsnittet ovenfor skal selve skatten dog tilbagebetales til selskabet, såfremt selskabet har stået for at indbetale denne til SKAT.

7 Ligningsloven § 16 E – er formålet opnået?

I det forgående kapitel har vi analyseret forskellen mellem selskabsret og skatteret, hvoraf det tydeligt fremgik, at der er forskelle mellem de to lovbestemmelser samt at indførelse af den supplerende lovbestemmelse i LL § 16 E har gjort sanktionerne for ulovlig kapitalejrlån betydelig hårdere i de tilfælde, hvor et kapitalejrlån både er ulovligt selskabsretlig og skatteretlig.

I indeværende kapitel bliver det derfor interessant at belyse, hvorvidt formålet med vedtagelse af LL § 16 E er opnået. Som beskrevet tidligere i afsnit 5.1 var formålet med vedtagelse af LL § 16 E at fjerne det eksisterende skattemæssige incitament til at optage kapitalejrlån som et skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte fra et selskab, og derved komme ulovlige kapitalejrlån til livs. Ifølge en artikel af journalist, Lone Andersen, udgivet i Jyllands-Posten den 8. december 2014, var der 10.000 virksomheder i 2013, som havde ydet lån til en aktionær⁷¹. Det kan derfor hurtigt konkluderes, at formålet endnu ikke er opfyldt, da 10.000 ulovlige kapitalejrlån ikke må siges at være ”kommet kapitalejrlånene til livs”. Men hvorfor er det ikke gået bedre, og hvorfor hedder de ulovlig kapitalejrlån ikke nul her tre år efter vedtagelsen af LL § 16 E? Det kan skyldes flere forhold og i indeværende kapitel stilles der skarpt på nogle af de forhold, som kan være skyld i, at formålet ikke er opnået, og der fortsat eksisterer ulovligt kapitalejrlån.

7.1.1 Opdagelse af udlån i praksis

I afsnit 4.5 og 5.4 er beskrevet de selskabsretlige og skatteretlige sanktioner ved optagelse af ulovlige kapitalejrlån. Men inden det er muligt at håndhæve disse sanktioner skal de ulovlige kapitalejrlån først identificeres. Det findes nærliggende at undersøge, hvordan identificeringen og håndhævelse af sanktionerne foregår, da fejl og mangler i dette område kan være skyld i, at ulovlige kapitalejrlån endnu ikke er et afsluttet kapitel. Da der ikke foreligger nogen offentliggjort vejledning fra hverken Erhvervsstyrelsen eller SKAT til at identificere kapitalejrlån og håndhævelse af sanktioner, vil indeværende kapitel være baseret på information fra de afgørelser, som er anvendt tidligere i kandidatspecialet samt fra egne erfaringer i revisionsbranchen.

⁷¹ Artikel: ”Ulovlige aktionærlån er stadig en plage”, Andersen, Lone, Jylland Posten, 08.12.14

I praksis vil både Erhvervsstyrelsen og SKAT kunne identificere ulovlig kapitalejrlån ved gennemgang af årsrapport, herunder gennemlæsning af revisorpåtegning og supplerende oplysning omkring ulovlig kapitalejrlån. Denne gennemgang er for Erhvervsstyrelsen blevet endnu lettere efter indførsel af krav om digital indberetning af årsrapporten. Erhvervsstyrelsen kan således udsøge årsrapporter med supplerende oplysninger omkring ulovlige kapitalejrlån samt den pågældende regnskabspost. Hvorvidt SKAT har adgang til samme systematiske ud-søgning vides ikke. SKAT har dog den fordel, at der på selvangivelsen afgives oplysninger om, hvorvidt der er afgivet supplerende oplysning i årsrapporten relateret til overholdelse af skatte- og afgiftslovgivning eller overholdelse af selskabslovgivningen. Såfremt der er afgivet supplerende oplysning om et eller af begge forhold kan det tyde på, at der er ulovlig kapitalejrlån.

I et nyhedsbrev fra maj 2015⁷² skrev Erhvervsstyrelsen, at de havde udsendt 1.600 breve til selskaber, som var blandt dem, der havde de største kapitalejrlån i 2013. Dette er én metode til at forsøge at komme kapitalejrlån til livs. De 1.600 udvalgte selskaber var utvivlsomt udvalgt fordi der har været anført en supplerende oplysning i revisorpåtegningen om, at selskabet har ydet kapitalejrlån modstridende med bestemmelsen i SEL § 210. Det er på samme måde, at Lone Andersen i sin artikel kan fremføre, at der i 2013 var 10.000 ulovlige kapitalejrlån. Dermed tillægges revisors rolle stor betydning, når ulovlige kapitalejrlån skal identificeres.

Når et ulovlig kapitalejrlån i henhold til SEL § 210 er identificeret, er det Erhvervsstyrelsen som har ansvaret for at påpege over for selskabet, at det ulovlige kapitalejrlån skal indfries og dokumentation for indfrielse skal fremsendes til Erhvervsstyrelsen. Det er endvidere Erhvervsstyrelsen ansvar at sanktionerne i henhold til SEL håndhæves. Erhvervsstyrelsen har mulighed for at videresende sagerne til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, som, hvis denne finder grundlag herfor, indsender sagen for domstolene. I de afgørelser, der forelægges domstolene, er der forud herfor taget stilling til, om den foretagne disposition er i strid med SEL § 210. Domstolene tager i stedet særligt stilling til en eventuel bøde og dennes størrelse. I tilfælde, hvor selskabet ikke er enig i Erhvervsstyrelsens skrivelse, kan selskabet indbringe dette for Erhvervsankenævnet, som derefter skal tage stilling til sagen.

⁷² <https://erhvervsstyrelsen.dk/erhvervsstyrelsen-stiller-skarpt-paa-ulovlige-laan>

Når et ulovligt kapitalejerlån i henhold til LL § 16 E identificeres, er det SKATs ansvar at kontrollere, at hævnningen beskattes efter gældende regler for beskatning af løn og udbytte. Hævningen skal efter lovbestemmelsen beskattes i forlængelse af hævnningen. Dette er dog ikke altid praksis, og et ulovlig kapitalejerlån jf. LL § 16 E, kan derfor godt være opstået i et indkomståret, og først blive beskattet i et efterfølgende indkomstår. Uanset om hævnningen og beskatningen sker i hvert sit indkomstår er det SKAT, som skal sikre, at sanktionen håndhæves.

Vejen fra identifikation til sanktion er lang både tidsmæssigt og administrationsmæssigt. Vi har nedenfor illustreret hvordan en normal proces vil være, når et kapitalejerlån er ulovlig både i henhold til SEL § 210 og LL § 16 E:

- En hovedaktionær optager et ulovligt kapitalejerlån i sit aktieselskab primo regnskabsår 20x1.
- Revisor opdager lånet ved sin gennemgang af regnskabsmaterialet i foråret 20x2. Det antages her at udlånet er renteberegnet i henhold til lovbestemmelse i SEL § 215. Revisor anfører i sin revionspåtegning, at der i selskabet er optaget et ulovligt kapitalejerlån. Kapitalejerlånet bliver sanktioneret enten som udlodning af udbytte eller løn som lovbestemt i LL § 16 E.
- Erhvervsstyrelsen retter henvendelse til selskabet i foråret 20x3 og beder ledelsen dokumentere, at lånet er tilbagebetalt inklusiv de lovpligtige renter. I samme omgang overdrages sagen til SØK.

Det ses af den tænkte proces, at fra lånet optages i 20x1 til lånet tilbagebetales går der ca. et år. Det er forudsat, at hovedaktionæren er uvidende om ulovligheden, hvorfor denne først bliver opmærksom på dette i forbindelse med revisors gennemgang. I andre tilfælde kunne ulovligheden muligvis være udredt tidligere. Dette ændrer dog ikke på, at der går endnu et år før sagen overdrages til SØK, som skal tage stilling til, om der skal aflægges sag, som kan resultere i en bøde. Denne sagsbehandlingstid kan være meget forskellig, men det er set i TfK2014.509/2, at der kan gå op til 1½ år før sagen kom for en domstol.

Når SKAT tager på stikprøvevis kontrolbesøg hos virksomhederne, kunne de eventuelt opdage et ulovligt kapitalejerlån tidligere og derved gøre ovennævnte proces kortere, i og med de

vil opdage det ulovlig lån før revisor. Dette ændrer dog ikke på, at det ulovlige kapitalejrlån er opstået og dermed vil tælle med i statistikken.

Ovennævnte beskriver flere måder, hvorpå ulovlige kapitalejrlån kan identificeres i praksis. Indledningsvist i dette kapitel blev det konkluderet, at kapitalejrlånene endnu ikke er kommet til livs. Der er dog sket en forbedring siden 2012, hvor antallet af ulovlige kapitalejrlån er opgjort til 14.000⁷³. Om dette fald er resultatet af indførsel af LL § 16 E, herunder SKATs skærpede opmærksomhed på området efter indførsel af LL § 16 E eller de digitale årsrapporter vides ikke. Som berørt tidligere er revisors rolle væsentlig i identifikationen af kapitalejrlån. Dermed ligger der også en vis usikkerhed i, om det faktiske antal af kapitalejrlån er langt højere, idet der er mulighed for fravalg af revision under visse betingelser. Det efterfølgende afsnit vil diskutere dette forhold.

7.1.2 Fravalg af revision

”Fravalg af revision skaber frygt for skattesnyd” Sådan lyder overskriften på artikel i Børsen den 28. august 2015⁷⁴. Artiklen indledes med: *”Antallet af danske selskaber, som vælger revisionen fra, er ekspoleret de seneste år. Den tendens åbner en port for skattesvindler, lyder advarslen.”*

Kapitalselskaber med maksimalt 12 ansatte, en balancesum på 4 mio. kr. og en nettoomsætning på 8 mio. kr. kan fravælge revision. Det er blot krævet, at det er 2 af betingelserne, som er opfyldte, ligesom grænserne skal være opfyldte på hinanden to følgende regnskabsår.

I artiklen har selskabsdatabasen BIQ lavet en undersøgelse, som viser, at 12,6% af landets selskaber i 2014 havde fravalgt revision. Det er ligeledes angivet, at 70% af alle virksomheder har mulighed for at fravælge revision.

Som begrundet i afsnit 7.1.1 spiller revisor en væsentlig rolle i identifikation af kapitalejrlån. Hvis revisionen fravælges er der dermed en større risiko for, at kapitalejrlånene ikke identificeres. Erhvervsstyrelsen og SKAT har blandt andet ikke mulighed for at lave samme søgning blandt de digitale årsrapporter, da der i en årsrapport, hvor der er fravalgt revision ikke vil

⁷³ Artikel: ”Tusindvis af danskere tager ulovlige lån”, Mathiasen, Morten Plesner, epn.dk, 11.11.13

⁷⁴ Artikel: ”Fravalg af revision skaber frygt for skattesnyd”, Vorre, Nicolaj, Børsen, 28.08.2015

være afgivet supplerende oplysning vedrørende ulovlig kapitalejrlån. At en hovedaktionær, som har optaget et ulovligt kapitalejrlån selv, oplyser herom er naivt at tro, trods der er krav om at oplyse herom jævnfør ÅRL. Det er således ikke muligt at foretage digitale udsøgninger, og et kapitalejrlån må alt andet end lige skulle observeres ved almindelig stikprøvevis kontrol.

FSR' administrerede direktør, Charlotte Jepsen udtaler i artiklen, at: *"når virksomhederne ikke revideres, så er det jo evident, at staten risikerer betydelige tab"*. Dette begrundes hun med, at i en rundspørge til ca. 200 revisorer har ni ud af ti angivet, at en revision oftest medfører en korrektion til virksomhedernes indberetning til SKAT.

Antallet af kapitalejrlån kan således være langt større end angivet i afsnit 7.1.1, idet statistikken bygger på de årsrapporter, hvori revisor har givet supplerende oplysninger. Som det antydes af eksperter på området, kan antallet af ulovlige lån dermed reelt set været steget de sidste år i takt med at flere fravælger revision. Det kan også være nærmest umuligt at opgøre, idet et fravalg af revision ligeledes kan medføre et fravalg af revisor. Selvom revisionen fravælges er det ikke altid ensbetydende med, at revisor fravælges, idet nogle virksomheder fortsat anvender revisor til assistance med regnskabsopstillingen. Revisor har ikke pligt til og ej heller mulighed for at give en supplerende oplysning i sin erklæring, hvis der alene assisteres med regnskabsopstillingen. Der er dog som nævnt tidligere i ÅRL krav om en særlig note, hvis der er optaget et kapitalejrlån. Såfremt Erhvervsstyrelsen udsøger denne særlige note i stedet for revisionsbemærkningen i påtegningen, kan de fortsat få et billede af, hvor mange kapitalejrlån der eksisterer.

Erfaringer viser, at risikoen for fejl i årsrapporterne er væsentlig større, når revisor ikke er involveret, hvilket ligeledes understøttes af Helge Sigurd Næss-Schmidt, økonom og partner hos Copenhagen Economics. Han udtaler i samme artikel: *"Det er helt åbenlyst, at det bliver nemmere at begå skattesvig, når man ikke bliver tjekket grundigt. Men også selvom man ikke har til hensigt at snyde, er der en risiko for, at man kommer til at lave fejl med skatteangivelse"*.

Det kan dermed af ovennævnte udledes, at muligheden for fravalg af revision gør det besværligt at identificere og opgøre det faktiske antal ulovlige kapitalejrlån.

Hovedaktionærselskaber er typisk de virksomheder, der opfylder betingelserne for at fravælge revision. Denne type virksomhed er karakteriseret ved at have få ansatte og en begrænset balancesum. I lovforarbejderne til LL § 16 E anførte lovgiver, at det akkurat er hovedaktionærselskaber, som typisk ville blive sanktioneret efter LL § 16 E, da disse virksomhedstyper oftest har ulovlige kapitalejerlån. Dette forhold virker modstridende i forhold til, at man besværliggøre muligheden for at identificere de ulovlige kapitalejerlån.

Det er endvidere besynderligt, hvordan lovgiver kan anføre i lovforarbejderne, at det ikke bliver mere bekostelig at administrerer, idet de ulovlige kapitalejerlån i hovedaktionærselskab, som har fravalgt revision, skal identificeres via almindelig stikprøveudvælgelse⁷⁵. Hvis LL § 16 E skal have den ønskede effekt, kan det ud fra den nuværende situation kun konkluderes, at stikprøveudvælgelsen skal udvides, hvilket bestemt vil koste yderligere.

I fremtiden kan der dog være lidt hjælp at hente for Erhvervsstyrelsen og SKAT. Folketinget har den 21. maj 2015 vedtaget en række ændringer af ÅRL. En af ændringerne er den metode, hvorpå nettoomsætningen opgøres, når beløbsgrænserne skal vurderes. Nettoomsætningen skal ifølge den nye ÅRL, som træder i kraft 01.01.2016, jf. § 7 stk. 4 medregne finansielle indtægter og indtægter fra investeringsvirksomhed, som tilsammen mindst svarer til nettoomsætningen. Ændringen betyder, at en række investerings- og holdingselskaber fremover ikke kan fravælge revision. For at sætte det lidt i perspektiv, kan følgende eksempel inddrages. Et selskab har frasolgt sin aktivitet og fungerer nu alene som investeringsselskab. Selskabet investerer i værdipapirer af forskellig art. Sådan et selskab vil typisk være kendetegnet ved ingen omsætning, ingen ansatte, men en balancesum, som antages at overstige 4 mio. kr. Selskabet har derfor mulighed for at fravælge revision, hvilket kan gøre det sværere at identificere ulovlige kapitalejerlån jævnfør argumenterne tidligere. Det forudsættes, at finansielle indtægter overstiger 8 mio. kr., hvilket vil medføre, at selskabet ikke fremover kan fravælge revision. Dermed er der en chance for, at ulovlige kapitalejerlån identificeres af revisor.

Det kan opsummeres, at lovgiver har forskellige interesser, hvor de på den ene side vil kapitalejerlån til livs, men på den anden side ønsker at lempe virksomhedernes administrative byrde. Det giver en del udfordringer for de myndigheder, som skal identificerer og sanktionere ulovlige kapitalejerlån.

⁷⁵ C.B.3.5.3.3 Aktionærlån, SKAT, d. 19.02.2015, side 10

7.1.3 Stemningen før og efter indførelse af LL § 16 E

Lad os skrue tiden tilbage til august 2012, hvilket var før LL § 16 E blev vedtaget. L 199 blev fremsat den 14. august 2012. I perioden efter havde forskellige interesseorganisationer og lignende mulighed for at stille spørgsmål og komme med bemærkninger til lovforslaget.

I bilag 14 til lovforslaget L 199 udtaler Corit Advisory P/S blandt andet: *"Først og fremmest skal vi i lighed med de allerede afgivne hørings svar fremhæve det u hensigtsmæssige i, at der foreslås indført et nyt kompliceret skatteretligt regelsæt vedrørende en problemstilling, som allerede er reguleret i selskabslovgivningen. De u hensigtsmæssigheder, der fremhæves som led i fremsættelsen af forslaget bunder i en manglende håndhævelse og sanktionering i selskabsretlig henseende"*⁷⁶. Endvidere i bilag 21 udtaler FSR - danske revisorer: *"FSR støtter indsatsen for en reduktion i antallet af ulovlige aktionærlån. Det er dog FSR's opfattelse, at de eksisterende sanktionsmuligheder i selskabsloven burde være tilstrækkelige til at nedbringe antallet af ulovlige aktionærlån, hvis sanktionsmulighederne blev udnyttet"*⁷⁷.

Som det fremgår af ovenstående var der ikke den store opbakning til L 199. Som nævnt i kandidatspecialet er der manglende samspil mellem det selskabsretlige og skatteretlige, hvilket også i praksis har givet udfordringer. Her kan særligt henvises til kapitel 6.

Hvis vi igen springer til nutiden er det interessant at se, om stemningen blandt interesseorganisationerne har ændret sig. Det er tidligere beskrevet, at de ulovlige kapitalejerlån ikke er udryddet. Det umiddelbare svar er også, at stemningen ikke har ændret sig. FSR's administrerende direktør, Charlotte Jepsen udtaler i Jyllands-Posten⁷⁸: *"...der stadig er omfattende mængder af ulovlige aktionærlån, og at mange ikke er synlige, fordi så mange virksomheder vælger ikke at blive revideret. Det skal man være opmærksomme på, hvis man investerer i eller låner penge til en virksomhed, der ikke er revideret"*.

Udtalelsen understøtter de forskellige synspunkter, som er i dette kapitel. Umiddelbart er der fra FSR - danske revisorerers side fortsat ikke tilfredshed med de nye skattemæssige sanktioner, idet den supplerende lovbestemmelse ikke gør noget ved de "usynlige" kapitalejerlån.

⁷⁶ Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 14, d. 30.08.2012

⁷⁷ Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 21, d. 02.09.2012

⁷⁸ Artikel: "Ulovlig aktionærlån er stadig en plage", Andersen, Lone, Jylland Posten, 08.12.14

7.1.4 Revisors udfordringer med et komplekst regelsæt

Indeværende kapitel afsluttes med en diskussion af revisors udfordringer med et komplekst regelsæt. Der er ovenfor argumenteret for, at revisor spiller en væsentlig rolle i identifikationen af og rådgivning omkring indfrielse af ulovlig kapitalejrlån. For at kunne identificere de ulovlige kapitalejrlån er det nødvendigt at kende reglerne grundigt. Desto mere vigtigt er det, når revisor skal rådgive sine kunder omkring, hvorledes de ulovlige kapitalejrlån mest hensigtsmæssigt indfries. Corit Advisory A/S nævner i sine bemærkninger til L 199, at der er tale om et komplekst skatteligt regelsæt, hvilket blandt andet understøttes af den detaljerede gennemgang af regelsættet i dette kandidatspeciale. Idet revisor spiller en væsentlig rolle i identifikationen af ulovlige kapitalejrlån, er det ekstra vigtigt, at revisorerne er komfortable med regelsættet. Det er ikke i alle tilfælde, at revisor har helt styr på det komplekse regelsæt, og revisors manglende overblik inden for det komplekse regelsæt viser sig i det fortsatte antal af afgørelser fra Revisornævnet vedrørende kapitalejrlån, hvor revisor er blevet pålagt en bøde, grundet god revisorskik ikke er overholdt. Der er uagtet en risiko for, at revisor har svært ved at skæln mellem, hvornår et kapitalejrlån er ulovligt både i henhold til SEL § 210 og LL § 16 E, eller hvornår det kun er ulovligt i henhold til det selskabsretlige eller skatteretlige. Dette kan bevirke, at revisor kommer frem til en forkert konklusion i sin revisionspåtegning.

Kompleksiteten kommer ligeledes til udtryk, når FSR - danske revisors 14 sider lange notat om lån til hovedaktionær studeres. Notatet skildrer, at der er mange forhold, som revisor skal være opmærksomme på. Ligeledes skal hele tre regelsæt være kendt stof, idet der blandt andet er et ikke ubetydeligt antal formalia inden for det regnskabs-, selskabs- og skattemæssige, som skal overholdes.

Dette afsnit er ikke medtaget for at betvivle revisors kompetencer, da man må tillægge revisor en vis ekspertise i form af deres uddannelse. Men afsnittet er medtaget for at synliggøre, hvordan et kompleks regelsæt kan give udfordringer i praksis. Såfremt revisor har svært ved at forstå forskellen i det komplekse regelsæt, må man alt andet end lige antage, at øvrigheden ligeledes har, hvilket kan være en af grundene til, at der fortsat eksisterer ulovlige kapitalejrlån.

Overskriften på dette kapitel stiller spørgsmålet, om formålet med LL § 16 E er opnået. Dette blev hurtigt afvist, idet der fortsat eksisterer kapitalejrlån. Efterfølgende fortsætter kapitlet med forskellige synspunkter og argumenter for, at dette er faktum. Der diskuteres, om dette

skyldes muligheden for at identificerer og håndhæve sanktionerne af de ulovlige kapitalejerlån er for ringe, herunder hvilken betydning fravalg af revision har. Afslutningsvist diskuteres det, hvilken betydning det har i forhold til identificeringen, da regelsættet efter vedtagelse af supplerende lovbestemmelse i LL § 16 E er blevet langt mere kompleksitet. Der kan ikke gives nogen entydig konklusion herpå, men det kan være en kombination af de nævnte forhold, som er med til at gøre, at vi her tre år efter vedtagelse af LL § 16 E endnu ikke er kommet de ulovlige kapitalejerlån til livs.

8 Konklusion

I gennem adskillige årtier har kapitalejerlån været reguleret gennem selskabsretten. Men gennem det seneste årti har kapitalejerlånene fået en øget opmærksomhed både i medierne og hos politikkerne som følge af et stigende antal ulovlige kapitalejerlån. Med den øgede opmærksomhed og ønske om yderligere sanktioner mod kapitalejerlån, blev der i 2012 indsat en ny lovbestemmelse i skatteretten.

I kandidatspecialet ”Kapitalejerlån – forskel mellem selskabsret og skatteret” findes det interessant at undersøge kapitalejerlån nærmere både inden for det selskabsretlige og skatteretlige. Dette kommer til udtryk i følgende problemformulering:

”Er der forskel mellem selskabslovens § 210 og ligningslovens § 16 E, herunder de tilknyttede undtagelsesbestemmelser? Hvad er baggrunden og formålet med vedtagelse af ligningsloven § 16 E, og er den ønskede effekt af ligningsloven § 16 E opnået efterfølgende?”

Denne problemformulering er understøttet af underspørgsmål, som er besvaret gennem kandidatspecialet.

Inden det er muligt at analysere på forskellen mellem selskabsret og skatteret, er det nødvendigt at forstå baggrund, formål og indholdet af lovbestemmelserne.

I kandidatspecialet beskrives først den selskabsretlige historik, da udviklingen heri er med til at forme de lovbestemmelser, der er at finde i den nuværende selskabslov. I aktieselskabsloven af 1952 blev der for første gang indsat en egentlig lovbestemmelse omhandlende forbud mod kapitalejerlån. Tidligere var forbud mod kapitalejerlån behandlet i praksis. I 1973 blev reglerne mod kapitalejerlån ændret således, at kapitalejerlån blev lovliggjort under visse betingelser. Denne ændret lovbestemmelse holdt dog kun til 1982, hvor der igen blev indført et forbud mod kapitalejerlån. Denne lovbestemmelse er i vid udstrækning den samme som er gældende i dag.

Den selskabsretlige hovedregel om kapitalejerlån findes i dag i SEL § 210. SEL § 210 omhandler forbud mod udlån fra kapital-selskaber til kapitalejer og ledelse samt nærtstående parter hertil. Udlån skal forstås som lån, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed, hertil kommer, at der i SEL er indarbejdet undtagelsesbestemmelser. Disse undtagelsesbestemmelser er følgende: koncernlån- og sikkerhedsstillelser, sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, udlån fra pengeinstitutter, udlån til medarbejdere og selvfinansiering.

Som nævnt er den skatteretlige lovbestemmelse mod kapitalejerlån af nyere dato. Tidligere er kapitalejerlån blevet reguleret gennem ligningsvejledningen, men i august 2012 blev L 199 fremsat. Formålet med lovforslaget var at fjerne det eksisterende skattemæssige incitament til optagelse af aktionærlån, som et skattefrit alternativ til at hæve løn eller udbytte, og derved komme ulovlige aktionærlån til livs. I behandling af lovforarbejdet kommenteres det, at formålet med L 199 ikke er at skabe fuldstændig overensstemmelse mellem selskabsretten og skatteretten, da de to lovbestemmelser varetager forskellige hensyn. Under behandling af lovforslaget var der en del kritik af lovforslaget, særligt kredsen af låntagere og den manglende præcisering af lovteksten var årsag til kritikken. Det resulterede i, at kredsen af låntagere blev indsnævret til kun at omfatte fysiske personer og ikke længere juridiske personer. Endvidere blev lovteksten præciseret og selvfinansiering blev tilføjet, således der blev overensstemmelse til den selskabsretlige undtagelsesbestemmelse.

Den skatteretlige hovedregel om aktionærlån findes i LL § 16 E, stk. 1, 1. pkt. LL § 16 E, stk. 1, 1. pkt. omfatter forbud mod udlån fra kapitalselskaber mv. til fysiske personer med bestemmende indflydelse samt nærtstående parter. Udlån er defineret som i selskabsretten. Tilsvarende er undtagelsesbestemmelserne inspireret fra selskabsretten, heri forekommer der dog fortolkningsafvigelser. Disse undtagelsesbestemmelser er følgende: sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, udlån fra pengeinstitutter og selvfinansiering.

Som det fremgik af lovforarbejdet er der ikke fuldstændig overensstemmelse mellem selskabsretten og skatteretten, da formålet med de to lovbestemmelser ikke er ens. I kandidatspecialet er disse forskelle analyseret og vurderet. Det viser sig, at der er væsentlige forskelle på kredsen af låntagere og långivere i selve lovteksten. Kredsen af långiver er i skatteretlig henseende væsentlig bredere. I selskabsretten udgør kredsen alle danske kapitalselskaber, mens kredsen i skatteretten udgør alle danske og udenlandske kapitalselskaber, selskaber med begrænset ansvar i øvrigt samt fonde og foreninger. Omvendt viser det sig i forhold til kredsen af låntagere, at selskabsretten er væsentlig bredere. I selskabsretten udgør kredsen af låntagere både fysiske og juridiske personer. De fysiske personer alle kapitalejere og ledelsesmedlemmer samt deres nærtstående parter, mens de juridiske personer udgør kapitalejere. I skatteretten udgør kredsen som nævnt ovenfor alene fysiske personer samt deres nærtstående. De fysiske personer skal have bestemmende indflydelse i selskabet, enten alene eller sammen med en nærtstående part.

I undtagelsesbestemmelserne er der i selve, lovteksten overensstemmelse mellem selskabsretten og skatteretten, da skatteretten har søgt inspiration i selskabsretten. I praksis viser der sig dog at være fortolkningsforskelle særligt i forhold til undtagelsesbestemmelsen omkring sædvanlig forretningsmæssige dispositioner. I selskabsretten ligger der vægt på, at en lignende disposition skal være foretaget med tredjemand, mens der i skatteretten er praksis for en lidt mere lempelig tilgang. Ud over dette er der i selskabsretten også undtagelsesbestemmelser vedrørende koncerndlån- og sikkerhedsstillelser samt udlån til medarbejdere. Disse undtagelsesbestemmelser er ikke medtaget i skatteretten, da kredsen af låntagere ikke omfatter denne type af låntagere. Det kan dog give visse uhensigtsmæssigheder, at skatteretten ikke har en undtagelsesbestemmelse vedrørende udlån til medarbejdere. I de tilfælde, hvor en medarbejder er nærtstående til en fysisk person med bestemmende indflydelse, vil udlån til den pågældende medarbejder blive omfattet af forbuddet i LL § 16 E.

Det viser sig tydeligt, at formålet med vedtagelse af LL § 16 E ikke er opnået, da der fortsat eksisterer ulovlige kapitalejerlån. Det er svært at vurdere, hvad den egentlige årsag er hertil. I kandidatspecialet diskuteres nogle af disse årsager. Diskussion går først på den proces, hvor Erhvervsstyrelsen og SKAT skal identificere kapitalejerlånene. Denne proces bliver vanskeliggjort af muligheden for at identificere udlånene, særligt som følge af fravalg af revision samt den administrative proces som er relativ tung. Den tunge proces er med til at give en lang procestid fra ulovligheden opstår til den sanktioneres. Endeligt diskuteres revisors vigtige rolle i forhold til identificeringen af kapitalejerlån samt den udfordring, som kapitalejere og lignende møder, når de skal forsøge at forstå det komplekse regelsæt.

Med indeværende kandidatspeciale får vi belyst forskellen mellem selskabsretten og skatteretten. Herunder hvad formålet var med indførelse af supplerende lovbestemmelse LL § 16 E samt at dette formål ikke er opnået godt tre år efter vedtagelsen.

10 Litteraturliste

10.1 Lovgivning

Ligningsloven

Selskabsloven

Selskabsskatteloven

Årsregnskabsloven

10.2 Bøger

Werlauff, Erik, Selskabsret, København, 2013, Karnov Group Denmark A/S

Nicolaisen, Nis, Introduktion til Juridisk metode, København, 2008, Forlaget SB

Hansen, Lone L. m.fl., Den juridiske metode – en introduktion, København, 2013, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

10.3 Rapporter

L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat

L 199, Betænkning over lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven

Betænkning nr. 362 af 1964. København, Handelsministeriet.

Betænkning nr. 540 af 1969. København, Handelsministeriet

Betænkning nr. 1498 af 2008. København, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Skatteudvalget 2011-12, L 199, endeligt svar på spørgsmål 1, d. 28.08.2012

Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 14, d. 30.08.2012

Skatteudvalget 2011-12, L 199, Bilag 21, d. 02.09.2012

C.B.3.5.3.3 Aktionærlån, SKAT, d. 19.02.2015

10.4 Afgørelser

SKM2013.113.SR

SKM2014.15.SR

SKM2014.107.SR

SKM2014.663.SR

SKM2014.712.SR

Erhvervsankenævnet 28. januar 2013, J.nr. 2012-0026400

Erhvervsankenævnet 11. januar 2013, J.nr. 2012-0026414

Erhvervsankenævnet 5. november 2013, J.nr. 2013-0033908

TfK2012.635, TfK2012.635

TfK2014.509/2, TfK2014.509/2

U.1985.940/2H, U.1985.940/2H

U.1997.256H, U.1997.256H

U.2009.2056Ø, U.2009.2056Ø

U.2009.2311H, U.2009.2311H

10.5 Artikler

”Tusindvis bruger firmaet som ulovlig kassekredit”, Børsen, 10.11.13

”Ulovlige aktionærlån er stadig en plage”, Andersen, Lone, Jyllands-Posten, 08.12.14

”Tusindvis af danskere tager ulovlige lån”, Mathiasen, Morten Plesner, epn.dk, 11.11.13

”Fravalg af revision skaber frygt for skattesnyd”, Vorre, Nicolaj, Børsen, 28.08.2015

10.6 Plancher

Plancher fra SMV-forum 2014, Comwell Middelfart, Seniorrådgiver, cand.merc.aud., ph.d.

Jesper Seehausen, d. 16.01.14

10.7 Hjemmesider

http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Selskabsret/GmbH

http://www.denstoredanske.dk/Sprog,_religion_og_filosofi/Sprog/Fremmedord/Il-1%C3%A5/Ltd

<http://www.ft.dk/samling/20081/almdel/ERU/bilag/79/index.htm>

11 Bilag 1

Områdebeskrivelse	Selskabsret	Skatteret	Overensstemmelser og uoverensstemmelser
Kreds af långivere	<p><i>SEL § 210 jf. SEL § 5, stk. 1, nr. 18</i></p> <p>Kapitalselskaber i form af anpartsselskab herunder et iværksætterselskab eller aktieselskab herunder et partnerselskab.</p>	<p><i>LL § 16 E jf. SSL § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2</i></p> <p>Kapitalselskaber i form af aktie- og anpartsselskaber samt iværksætterselskaber. Øvrige selskaber i form af A.m.b.a., K/S mv., hvor fællesnævner for dem alle er, at der er begrænset hæftelse relateret til selskabet eller foreningen. Af tilsvarende selskaber mv. hjemmehørende i udlandet kan nævnes limited company (Ltd) samt Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).</p>	<p>Selskabsretten medtager ikke forhold i relation til udenlandske selskaber. Hvorvidt et udenlandsk selskab må låne til en person skal således findes i udenlandsk lov.</p> <p>I skatteretten må en person ikke låne fra udenlandske selskaber som modsvarende de danske kapitalselskaber jf. SSL § 1 – man kan således godt have et udenlandsk selskab, som efter udenlandsk lov gerne må låne penge til en person, men hvordan skattepligtige person til Danmark vil blive beskattet.</p> <p>Partnerselskab anses skatteretlig ikke som et selvstændigt skattesubjekt.</p>

Områdebeskrivelse	Selskabsret	Skatteret	Overensstemmelser og uoverensstemmelser
Kreds af låntagere	<p>Fysiske personer <i>SEL § 210 jf. SEL § 5, stk. 1, nr. 16 samt SEL § 5, stk. 1, nr. 20</i></p> <p>Kapitalejere samt ledelse herunder direktion, tilsynsråd og bestyrelsesmedlemmer. Tilsvarende findes på kapitalejere og ledelse i moder- og andre selskaber som har bestemmende indflydelse over selskabet. Nærtstående til ovennævnte parter er ligeledes omfattet af bestemmelsen.</p> <p>Juridiske personer <i>SEL § 210</i></p> <p>Alle juridiske personer herunder kapitalselskaber, personselskab samt fonde og foreninger mv.</p>	<p>Fysiske personer <i>LL § 16 E jf. LL § 2, stk. 1, nr. 2</i></p> <p>Alle fysiske personer der udøver bestemmende indflydelse over juridiske personer. Nærtstående til ovennævnte parter er ligeledes omfattet af bestemmelsen både alene og i tilfælde, hvor to parter sammen udøver bestemmende indflydelse.</p> <p>Juridiske personer</p> <p>Ingen.</p>	<p>Fysiske personer</p> <p>Under selskabsret er ledelsen omfattet, hvilket ikke gør sig gældende i skatteret med mindre de har bestemmende indflydelse. Nærtstående er stort set sammen kreds.</p> <p>Juridiske personer</p> <p>Omfattet selskabsret og ikke skatteret.</p>
Hovedregel for hvad der er omfattet af kapitalejerlån	<p><i>SEL § 210</i></p> <p>Alle lån der ydes, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed mellem långiver og låntager er omfattet af kapitalejerlån.</p>	<p><i>LL § 16 E</i></p> <p>Alle lån der ydes, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed mellem långiver og låntager er omfattet af kapitalejerlån.</p>	<p>Begrænset forskel i lovtæksten, da skatteretten er inspireret af selskabsretten. Praksis er derfor med til at afgøre forskellene.</p>

Områdebeskrivelse	Selskabsret	Skatteret	Overensstemmelser og uoverensstemmelser
Undtagelser til hovedregel			
1. Undtagelse – koncernlån- og sikkerhedsstillelser	<i>SEL § 211</i> Udlån og sikkerhedsstillelser til moderselskaber eller øvrige selskaber, som har bestemmende indflydelse over kapitalselskabet samt visse udenlandske moderselskaber.	Ikke aktuel da lån til juridiske personer ikke er omfattet af skatteret.	
2. Undtagelse – sædvanlige forretningsmæssige dispositioner	<i>SEL § 212</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.	<i>LL § 16 E, stk. 1, pkt. 2</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.	Begrænset forskel i lovteksten, da skatteretten er inspireret af selskabsretten. Praxis er derfor med til at afgøre forskellene.
3. Undtagelse – sædvanlige lån fra pengeinstitutter	<i>SEL § 213</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i et sædvanlig lån fra pengeinstitut.	<i>LL § 16 E, stk. 1, pkt. 2</i> Udlån, sikkerhedsstillelse og midler, der stilles til rådighed, som led i et sædvanlig lån fra pengeinstitut.	Begrænset forskel i lovteksten, da skatteretten er inspireret af selskabsretten. Ingen praksis som kan afgøre forskellene.

Områdebeskrivelse	Selskabsret	Skatteret	Overensstemmelser og uoverensstemmelser
Undtagelser til hovedregel			
4. Undtagelse – lån til medarbejdere	<p><i>SEL § 214</i></p> <p>Dispositioner foretaget med henblik på at erhverve kapitalandele af eller til medarbejderne i selskabet eller et datterselskab.</p>	Ikke omfattet af skatteret.	Ingen direkte uoverensstemmelse, men der kan opstå u hensigtsmæssigheder skatteretlig, hvis medarbejdere er en nærtstående part til en ejer med bestemmende indflydelse.
5. Undtagelse – lån til selvfinansiering	<p><i>SEL § 206, stk. 2</i></p> <p>Selvfinansiering i form af tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet.</p>	<p><i>LL § 16 E, stk. 1, pkt. 2 jf. SEL § 206, stk. 2</i></p> <p>Overensstemmende med selskabsret, da der er direkte henvisning dertil.</p>	Ingen forskel da skatteretten referer til samme lovbestemmelse i selskabsloven, som selskabsretten gør.