

Forfatter:
Lea Ekberg
20180280

Erhvervsøkonomi-jura
Kandidatspeciale
Maj 2019

Aalborg Universitet

Vejleder:
Gitte Søgaard
Aalborg Universitet

KAPITALEJERLÅN

Samspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E

Shareholder loan

The interplay between company law and tax law



AALBORG UNIVERSITET

Læsevejledning

Der er i nærværende kandidatspeciale anvendt betegnelser og forkortelser, hvilket er beskrevet i denne læsevejledning.

Kapitalejerlån er et selskabsretligt begreb, der omfatter lån, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed. Skatteretligt anvendes betegnelsen aktionærlån, hvilket ligeledes er en samlet betegnelse for lån, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed. I nærværende kandidatspeciale anvendes betegnelsen kapitalejerlån både selskabsretligt og skatteretligt.

Kandidatspecialet indeholder en definition af begreberne lån, sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed. Efterfølgende anvendes betegnelsen lån som en samlet betegnelse herfor.

Den 1. juli 2018 blev SKAT erstattet af syv nye styrelser, herunder Skattestyrelsen, og i kandidatspecialet henvises derfor både til SKAT og Skattestyrelsen. Hovedsageligt anvendes betegnelsen Skattestyrelsen, men ved udtalelser og administrativ praksis afgivet af det daværende SKAT anvendes denne betegnelse.

Endvidere anvendes nedenstående forkortelser i kandidatspecialet:

Bogføringsloven	BFL
Den juridiske vejledning	DJV
Kildeskatteloven	KSL
Ligningsloven	LL
Personskatteloven	PSL
Selskabsloven	SL
Selskabsskatteloven	SEL
Statsskatteloven	SSL
Årsregnskabsloven	ÅRL

Summary

Shareholder loans are a corporate law concept which originally arose to protect company creditors due to limited companies' limited liability in the Danish Companies Act.

The corporate law regulation of shareholder loans has been variable over time, when the legislation has contained both conditional and unconditional prohibitions. On December 1, 2016, the Danish parliament passed Act No. 23 – bill to amend the Danish Companies Act and the Danish Financial Statement Act. The Bill entail, among other things, that an amendment to S. 210 of the Danish Companies Act., which now contains a conditional legalization of shareholder loans.

Until 2012 the rules on shareholder loans were solely regulated by company law. However, on September 3, 2012, the Danish Parliament passed S. 16 E in the Danish Tax Assessment Act, which further resulted in a tax trial of shareholder loans. The reason for this was that SKATs compliance study and effort projects showed that illegal shareholder loans were often used to finance shareholders' private expenditure. The legislator's desire to adopt S. 16 E in the Danish Tax Assessment Act was thus to remove every incentive to take out shareholder loans. Thus since 2012 shareholder loans have been regulated by company and tax law independently of each other.

With the conditional legalization in the Danish Companies Act, it is possible to grant legal shareholder loans, which as a starting point should entail new financing opportunities for shareholders and their companies. However, it is a reality with modifications.

In connection with the amendment of the company law, the tax trial of shareholder loans remained unchanged. This, despite the fact that, during the establishment of the tax legislation in the area, the legislature sought to ensure that S. 16 E in the Danish Tax Assessment Act did not incur tax payments in the exemptions listed in the Danish Companies Act. Regardless of the fact that according to the Danish Companies Act it is now possible to grant legal shareholder loans, shareholder loans are treated as a withdrawal without a repayment obligation under the tax legislation and are thus taxed as either salary or dividend. This lack of adaption of the tax law has only contributed to a more complex set of rules and a worsening interplay between the company law and the law regulation of shareholder loans.

The asymmetry has a negative effect on the correlation between the rules of shareholder loans and inconsistencies have in particular led to challenges in practice. Regardless of whether the shareholder loans are legal or illegal after the Danish Company Act, the loan is always considered a loan to be repaid. Despite the capital owner repaying the debt to the company, it must still be taxed on the withdrawal, despite the fact that the shareholder has not actually had an income. This is because the taxable income only arises as a result of the tax reclassification. If the capital owner repays the taxed loan and the loan is later paid out to the shareholder as either salary or dividend, the capital

owner is taxed accordingly. The capital owner thus incurs double taxation. The tax law consequences thus appear to be disproportionate - especially in cases where the shareholder loan is legal under the Danish Companies Act.

The result of the differences between S. 210 in the Danish Companies Act and S 16 E in the Danish Tax Assessment Act is a complex set of rules that presents practical challenges. A complex set of rules does not mean that the rules are observed. Illegal shareholder loans can therefore arise for some companies due to ignorance and lack of understanding of the rules, which can have serious financial consequences for the shareholder. Therefore, if a company law and tax law regulation is desired for shareholder loans, the rules should be harmonized.

Indholdsfortegnelse

1 KANDIDATSPECIALETS BERETTIGELSE	1
1.1 INDLEDNING	1
1.2 PROBLEMFOMULERING.....	1
1.3 STRUKTUR OG AFGRÆNSNING	2
1.4 METODE.....	4
1.4.1 Kildekritik.....	4
2 KAPITALEJERLÅNETS HISTORISKE UDVIKLING.....	6
2.1 DEN SELSKABSRETIGE HISTORIE FOR KAPITALEJERLÅN.....	6
2.1.1 Lovgivning før 1973	6
2.1.2 Lovgivning efter 1973.....	7
2.1.3 Selskabsreformen 2010.....	9
2.1.4 Betinget forbud af kapitalejerlån 2016	9
2.1.5 EU-retlige forpligtelser	10
2.2 DEN SKATTERETLIGE HISTORIE FOR KAPITALEJERLÅN	11
2.2.1 Lovgivning før 2012	11
2.2.2 Lovgivning efter 2012.....	12
2.2.3 EU-retlige forpligtelser	13
3 KAPITALEJERLÅN I ET SELSKABSRETligt PERSPEKTIV.....	14
3.1 HOVEDREGLER FOR KAPITALEJERLÅN	14
3.2 HVEM ER OMFATTET AF SELSKABSLOVENS § 210?.....	14
3.2.1 Långiver	14
3.2.2 Låntager	14
3.2.2.1 <i>Kapitalejer</i>	15
3.2.2.2 <i>Ledelse</i>	16
3.2.2.3 <i>Nærtstående</i>	16
3.3 DISPOSITIONER OMFATTET AF SELSKABSLOVENS § 210.....	17
3.3.1 Lån	17
3.3.2 Sikkerhedsstillelser	17
3.3.3 Midler til rådighed	17
3.4 BETINGELSER FOR LOVLIGE KAPITALEJERLÅN	18
3.4.1 Rummes inden for selskabets frie reserver.....	18
3.4.2 Ydes på sædvanlige markedsvilkår	19

3.4.3	Beslutningen skal træffes af generalforsamlingen eller af selskabets centrale ledelsesorgan	19
3.4.4	Beslutningen kan først træffes efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport	20
3.5	UNDTAGELSER TIL HOVEDREGLEN	20
3.5.1	Selvfinansiering.....	20
3.5.2	Udlån eller sikkerhedsstillelser for moderselskabet.....	21
3.5.3	Sædvanlig forretningsmæssig disposition.....	22
3.5.4	Lån fra pengeinstitutter	24
3.5.5	Medarbejder erhvervelse af kapitalandele	24
3.6	OVERGANGSREGEL.....	25
3.7	DE SELSKABSRETLIGE SANKTIONER.....	26
3.7.1	Ledelses- og erstatningsansvar	26
4	KAPITALEJERLÅN I ET SKATTERETLIGT PERSPEKTIV	27
4.1	HOVEDREGLER FOR KAPITALEJERLÅN	27
4.2	HVEM ER OMFATTET AF LIGNINGSLOVENS § 16 E?	27
4.2.1	Långiver	27
4.2.2	Låntager	27
4.2.2.1	<i>Juridiske personer</i>	28
4.2.2.2	<i>Nærtstående</i>	28
4.3	DISPOSITIONER OMFATTET AF LL § 16 E	29
4.3.1	Lån	30
4.3.2	Sikkerhedsstillelse.....	31
4.3.3	Midler til rådighed	31
4.4	UNDTAGELSER TIL HOVEDREGLER	31
4.4.1	Sædvanlig forretningsmæssig disposition.....	32
4.4.2	Lån fra pengeinstitutter	34
4.4.3	Selvfinansiering.....	34
4.5	DEN SKATTEMÆSSIGE RETSVIRKNING	34
4.5.1	Konsekvenser for låntager	34
4.5.2	Konsekvenser for långiver.....	35
4.5.3	Beskatningstidspunktet.....	35
5	ANALYSE AF SAMMENSPILLET MELLEM DE SELSKABSRETLIGE OG SKATTERETLIGE REGLER FOR KAPITALEJERLÅN	37
5.1	HOVEDREGLERNES OMFATTEDE PERSONKREDS.....	37

5.1.1	Långiver.....	37
5.1.2	Låntager.....	37
5.1.2.1	<i>Juridiske personer</i>	39
5.1.2.2	<i>Nærtstående</i>	40
5.2	DISPOSITIONER OMFATTET AF HOVEDREGLERNE.....	41
5.3	UNDTAGELSER TIL HOVEDREGLERNE.....	42
5.3.1	Sædvanlig forretningsmæssig disposition.....	42
5.4	SANKTIONER.....	44
6	REGLERNES VIRKNING I PRAKSIS.....	45
6.1	DOBBELTBESKATNING.....	45
6.2	OPDAGELSE AF KAPITALEJERLÅN.....	47
6.2.1	Revisors rolle.....	48
6.2.2	Revisors udfordringer med et kompliceret regelsæt.....	49
7	LL § 16 E I KRITISK EU-RETLIGT PERSPEKTIV.....	50
8	KONKLUSION.....	52
9	LITTERATURLISTE.....	54
9.1	LOVGIVNING.....	54
9.2	BØGER.....	54
9.3	RAPPORTER.....	55
9.4	AFGØRELSE OG BINDEDE SVAR.....	56
9.5	ARTIKLER OG TIDSSKRIFTER.....	56

BILAG

1 Kandidatspecialets berettigelse

1.1 Indledning

Kapitalejerlån er et selskabsretligt begreb, hvilket som følge af kapitalselskabers begrænsede hæftelse i selskabsloven, oprindeligt er opstået for at beskytte selskabers kreditorer.

Den 1. december 2016 vedtog Folketinget lov nr. 23 – forslag til lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven. Lovforslaget medførte bl.a. en ændring af SL § 210, som nu indeholder en betinget lovliggørelse af kapitalejerlån. Netop kapitalejerlån har siden indførelsen af den første selskabslov i 1917 haft et særligt fokus, hvorfor reguleringen heraf ligeledes har været vekslende gennem tiden. Forinden lovforslaget i 2016 indeholdt selskabsloven et forbud mod kapitalejerlån.

Indtil 2012 var reglerne om kapitalejerlån alene selskabsretligt reguleret. Den 3. september 2012 vedtog Folketinget dog LL § 16 E, der yderligere medførte en skattemæssig behandling heraf. Baggrunden herfor var, at SKATs complianceundersøgelser og indsatsprojekter viste, at ulovlige kapitalejerlån ofte blev anvendt til finansiering af kapitalejeres privatforbrug. Lovgivers ønske med vedtagelsen af LL § 16 E var således at fjerne et hvert incitament for at optage kapitalejerlån. Dermed sendte myndighederne et klart signal om, at optagelsen af de på daværende tidspunkt ulovlige kapitalejerlån efter selskabsloven skulle til livs. Siden 2012 har kapitalejerlån således været reguleret selskabs- og skatteretligt uafhængigt af hinanden.

Under udarbejdelsen af LL § 16 E og ligeledes efter vedtagelsen i 2012, har denne været underlagt en del kritik. En yderligere regulering af et allerede afdækket område nødvendiggør et stærkt samspil, således at reguleringen ikke forvolder u hensigtsmæssige problemer i praksis. En del af kritikken gik derfor på, om en skatteretlig regulering heraf var den rigtige løsning for at komme de selskabsretlige ulovlige kapitalejerlån til livs.

Med den betingede lovliggørelse i selskabsloven er det muligt at yde lovlige kapitalejerlån, hvilket som udgangspunkt bør medføre nye finansieringsmuligheder for kapitalejere og deres selskaber. Det er dog en virkelighed med modifikationer. De skatteretlige regler for kapitalejerlån forblev uændret i forbindelse med den betingede lovliggørelse i selskabsloven. Hvorvidt denne manglende tilpasning af de skatteretlige regler, har bidraget til en forbedring eller alene en forværrelse af samspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E, er en interessant problemstilling, der findes væsentlig at belyse.

1.2 Problemformulering

Med udgangspunkt i indledningen har nærværende kandidatspeciale til formål at belyse nedenstående centrale spørgsmål på området for kapitalejerlån:

1. *Hvordan er den selskabs- og skatteretlige lovtekst formuleret, og hvad er formålet?*

For at kunne besvare problemformuleringens første punkt, foretages, i første del af kandidatspecialet, en beskrivelse af reglernes historiske udvikling samt de grundliggende formål. Herefter analyseres de nugældende selskabs- og skatteretlige regler for kapitalejerlån, herunder undtagelser og sanktioner. Hertil anvendes hovedsageligt reglernes ordlyd, forarbejder samt administrativ praksis.

2. *Hvordan er samspillet mellem de nye selskabsretlige regler i SL § 210 og de uændrede skatteretlige regler i LL § 16 E, herunder de tilknyttede undtagelsesbestemmelser?*

Med udgangspunkt i resultaterne fra problemformuleringens første punkt foretages en komparativ analytisk sammenligning af de selskabs- og skatteretlige regler for kapitalejerlån. Tilsvarende anvendes særligt reglernes ordlyd samt administrativ praksis.

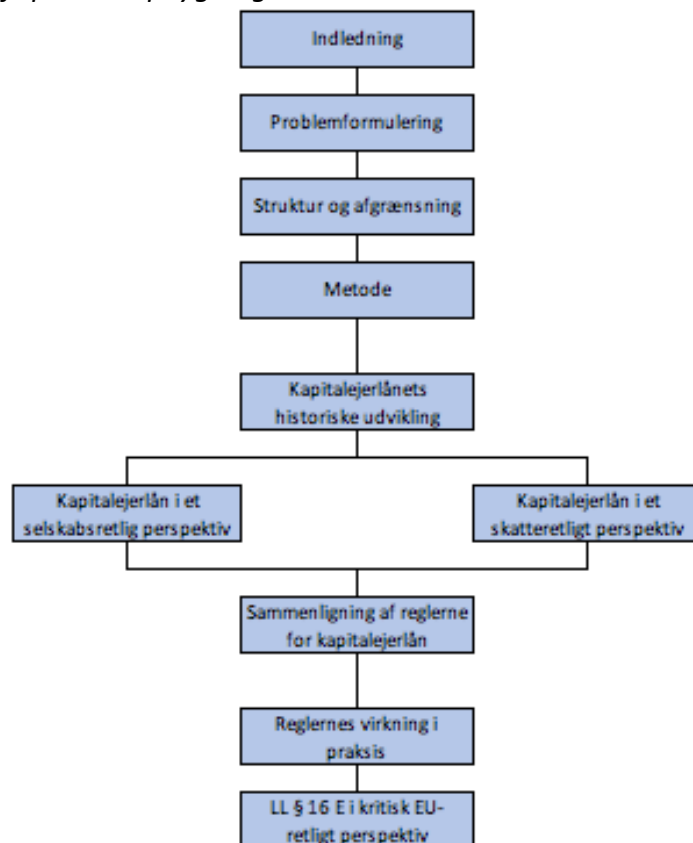
3. *Hvilke konsekvenser medfører reglerne i praksis og er LL § 16 E i strid med EU-retten?*

På baggrund af sammenligningen vurderes reglernes virkning i praksis og konsekvenserne heraf. Slutligt foretages endvidere en vurdering af, hvorvidt LL § 16 E er i strid med EU-retten.

1.3 Struktur og afgrænsning

Med udgangspunkt i ovenstående problemformulering kan kandidatspecialets opbygning illustreres som følgende:

Figur 1: Illustration af speciale opbygning



Kilde: Egen tilvirkning

Kapitalejerlån er et komplekst emne med utallige relevante problemstillinger. Som de fremgår af figur 1, er formålet med kandidatspecialet at analysere og sammenligne de selskabsretlige samt skatteretlige regler for kapitalejerlån. Hertil afledes mange væsentlige problemstillinger, hvilke ikke alle kan rummes i nærværende kandidatspeciale. Dette skyldes, at der er begrænsning på, hvor meget kandidatspecialet må fylde, hvorfor der nedenfor er foretaget en afgrænsning af kandidatspecialets indhold.

Kapitalejerlån kan ydes til såvel fysiske som juridiske personer. Kandidatspecialet tager udgangspunkt i reguleringen for fysiske personer. Reglerne for juridiske personer behandles alene i begrænset omfang, hvor reguleringen synes at medvirke til at belyse kandidatspecialets formål.

Formålet med nærværende kandidatspeciale er at analysere de nugældende regler for kapitalejerlån, hvorfor kandidatspecialet alene omhandler de skattemæssige konsekvenser efter vedtagelsen af LL § 16 E. Derudover afgrænses fra de skattemæssige konsekvenser i forbindelse med renteberegning.

I forbindelse med kapitalejerlån gælder særlige regler for revisorer og deres arbejde - der foreligger efter ÅRL blandt andet et oplysningskrav. Kapitalspecialet er afgrænset fra at behandle de regnskabsmæssige problemstillinger omhandlende kapitalejerlån, herunder de specifikke krav til revisor. Desuagtet er revisors rolle beskrevet i begrænset omfang i kapitlet omhandlende reglerne virkning i praksis, da dette er vurderet nødvendigt for at besvare problemformuleringens tredje spørgsmål.

Kapitalejerlån forekommer både nationalt og internationalt. Ydermere kan der forekomme grænseoverskridende kapitalejerlån. Formålet med nærværende kandidatspeciale er at analysere den danske regulering af kapitalejerlån, hvorfor der afgrænses fra at analysere andre landes regelsæt herfor. Afgrænsningen heraf beror alene på en omfangsmæssig vurdering, da der ikke er ønske om at udarbejde et overfladisk kandidatspeciale.

På trods af at kandidatspecialet alene omhandler den danske regulering af kapitalejerlån, er det ikke muligt helt at undlade EU-retten, der særligt har påvirket den selskabsretlige udvikling i Danmark. Derudover opstiller EU-retten en række krav, som den danske lovgivning skal overholde. Der er derfor i kandidatspecialet medtaget en kort beskrivelse af EU-rettens indvirkning på de danske regler for kapitalejerlån samt en vurdering af, om reglerne opfylder de EU-retlige krav. I den forbindelse afgrænses kandidatspecialet fra at indeholde en videre analyse af EU-rettens opbygning og dennes påvirkning af selskabsretten generelt, da dette anses for uvæsentlig i forhold til kandidatspecialets egentlige problemstilling.

1.4 Metode

Til besvarelse af problemformuleringen anvendes den juridiske metode. Den juridiske metode omhandler:

- Hvorledes retskilder anvendes og anskues
- Hvordan love og domme komplimenterer hinanden
- Hvorledes folketinget behandler lovforslag og en lov bliver til
- Hvordan love skaber de normer, et samfund bygger på.¹

Kandidatspecialet bygger grundlæggende på en retsdogmatisk fremstilling, hvilket er en lære om normer. Den retsdogmatiske analyse tager udgangspunkt i retskilder samt fortolkningsbidrag, der støtter op om de bindende retskilder. Det primære formål er således at systematisere, beskrive, analysere og fortolke relevante retskilder og deraf udlede, hvad der bør forstås som gældende ret – *de lege lata* – for kapitalejerlån.² Gældende ret er typisk opstået som følge af tidligere lov – *lex anterior*³ – hvilket tydeligt ses i udviklingen af selskabsretten.

Ved gældende ret forstås det resultat, som en domstol vil komme frem til ved anvendelse af retskilder og retsdogmatisk analyse.⁴ Kandidatspecialet indeholder en særskilt analyse af de selskabs- og skatteretlige regler for kapitalejerlån, hvortil anlægges en delvis hermeneutisk tilgang. Det betyder, at der i kandidatspecialet er anvendt flere retskilder end lovteksten alene, hvorfor gældende ret bliver anskuet fra flere indgangsvikler. Efterfølgende foretages en komparativ analyse af de to regelsæt.

Der er i kandidatspecialet anvendt følgende retskildehierarki: love, lovforarbejder, domme og afgørelser. Love og lovforarbejder anvendes til at forklare selve lovteksten, hvor domme og afgørelser anvendes til at uddybe lovbestemmelserne og anvendeligheden i praksis.

1.4.1 Kildekritik

Under udarbejdelsen af nærværende kandidatspeciale er der anvendt flere forskellige kilder. Dette skyldes et ønske om at opretholde objektiviteten samt styrke specialets troværdighed. De anvendte hovedkilder er SL og LL, hvilke er førstehåndskilder. For at besvare kandidatspecialets problemformulering foretages en lovfortolkning heraf, hvilket kan resultere i en entydig og subjektiv vurdering. For at opretholde objektiviteten inddrages derfor flere synsvinkler i form af lovkommentarer, anden juridisk litteratur, herunder bl.a. bøger, samt domme og afgørelser.

¹ Tvarno & Denta, *Få styr på metoden!*, s. 19 ff.

² Tvarno & Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, s. 30

³ Hansen m.fl., *Den juridiske metode – en introduktion*, s. 16

⁴ Tvarno & Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, s. 30

Juridisk sondres der mellem objektiv og subjektiv fortolkning af love og andre retskilder. Udtalelser i lovforarbejder ansues som subjektive, da disse indeholder lovgivers vilje.⁵ Ved objektiv fortolkning holder man sig alene til lovteksten uden at inddrage forarbejder.⁶ I dansk ret benytter domstolene i vidt omfang subjektiv fortolkning.

På trods af denne sondring vurderes validiteten og kildeværdien til at være høj for så vidt angår lovgivning, vejledninger, lovforarbejder, ministersvar og afgørelser. Dette skyldes, at disse er formuleret og udfærdiget af myndighederne, og må således formodes at være gældende ret. De egentlige forarbejder består af lovens bemærkninger samt indholdet af betænkninger, men i stigende grad spiller ministersvar også en rolle ved lovfortolkning. Grunden hertil er, at svarene oftest omhandler særlig komplicerede problemstillinger, som hverken behandles i bemærkningerne eller betænkningerne til lovforslaget. På trods af at ministersvar spiller en større rolle i forbindelse med lovfortolkning, er det stadig omstridt, hvorvidt svarene har den samme retskildeværdi, som de egentlige lovforarbejder.

De resterende kilder såsom fagbøger, artikler, publikationer m.v. ansues for at være af mere subjektiv karakter, på trods af de som oftest er skrevet af professorer eller fagfolk. Validiteten heraf vurderes derfor lavere, hvorfor der i kandidatspecialet er anvendt forskellige kilder om samme problemstilling. Dette er med til at øge kandidatspecialets troværdighed.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at det næsten er uundgåeligt at anvende litteratur uden en eller anden form for subjektivitet. Mængden af retskilder er dog med til at modvirke netop det.

⁵ Tvarno & Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, s. 69

⁶ Ibid

2 Kapitalejerlånets historiske udvikling

I dette kapitel beskrives den historiske udvikling for kapitalejerlån i såvel selskabsretten som skatteretten. Kapitlet har til formål at give en bedre forståelse af udformningen af de nugældende regler på området.

2.1 Den selskabsretlige historie for kapitalejerlån

Med lovændringen i 2016 er de selskabsretlige regler omhandlende kapitalejerlån lempet således, at et selskab fra 1. januar 2017 kan yde økonomisk bistand til dets kapitalejere under visse betingelser. Den selskabsretlige regulering af kapitalejerlån har været vekslende gennem tiden, hvor lovgivningen har indeholdt såvel betingede som ubetingede forbud.

2.1.1 Lovgivning før 1973

I 1917 fik Danmark sin første aktieselskabslov.⁷ Danmark var det sidste af de nordiske lande, der gennemførte en aktieselskabslov, hvorfor denne også hentede inspiration fra gældende lovgivning i Norge og Sverige samt Tyskland. Aktieselskabsloven af 1917 vægtede primært reguleringen af selskabets eksterne forhold, herunder at sikre offentlighedens indsigt i selskabets forhold i forbindelse med stiftelse.⁸ Loven besad en del mangler, da den blandt andet ikke regulerede forholdet – *erhvervelse af egne aktier*. Denne manglende regulering gav mulighed for en udhuling af aktieselskabernes kapitelgrundlag, og loven fik derfor en kort levetid, og blev således erstattet af en ny aktieselskabslov allerede i 1930.⁹ Den nye aktieselskabslov fra 1930 var velgennemtænkt og baseret på generelle principper, som vi kender i dag, herunder krav til minimumskapital, beskyttelse af selskabets kreditorer samt at sikre kapitalen i selskabets virksomhed.¹⁰

Hverken aktieselskabsloven fra 1917 eller 1930 indeholdt særlige bestemmelser om kapitalejerlån. På trods af manglende hjemmel var sådanne lån efter aktieselskabsregistrets¹¹ praksis i realiteten udelukket, da man sidestillede kapitalejerlån med reglerne om kapitalnedsættelse. Dette skyldtes, at man mente et udlån til selskabets kapitalejere kunne indebære samme risiko for selskabets kreditorer, som ved en egentlig tilbagebetaling af selskabskapitalen til kapitalejerne.¹² Denne praksis blev understøttet af Østre Landsrets dom af 17. februar 1944, som udtalte at to hovedaktionærs optag af kapitalejerlån måtte ligestilles med de i aktieselskabslovens¹³ § 37 nævnte udbetalinger, hvorfor lånene ansås for værende ulovlige. Østre Landsret begrundede dette med, at aktieselskabslovens hovedformål var at sikre, at selskabskapitalen kom og forblev i selskabet for at tjene til og

⁷ Lov nr. 468 af 29. september 1917 om aktieselskaber

⁸ Werlauff, *Selskabsret*, side 45

⁹ Lov nr. 123 af 15. april 1930 om aktieselskaber

¹⁰ Michelsen, *Selskaber og politik*, 1987

¹¹ Kendes i dag som Erhvervsstyrelsen

¹² Betænkning nr. 362 af 1964, side 128

¹³ Lov nr. 123 af 15. april 1930

fremme selskabets formål, hvilket navnlig havde fundet udtryk i lovens § 30 og § 37. Hovedformålet var ligeledes at sikre kreditorerne mod tilbagebetalinger af selskabskapitalen til kapitalejerne uden at kreditorerne blev fyldestgjort. Denne hensigt ville imidlertid ikke opnås, såfremt bestemmelserne ikke kom til anvendelse i tilfælde, hvor en udbetaling af selskabets kapital fremtrådte som et kapitalejerlån.

Denne praksis blev dog imidlertid underkendt ved Højesterets dom af 15. november 1952, hvor Højesteret ikke fandt grundlag for at anse udlån til kapitalejere, som værende i direkte strid med aktieselskabslovens regler om kapitalnedsættelse. Derfor blev der i februar 1952 i Folketinget fremsat et lovforslag til ændring af aktieselskabsloven, indeholdende et vidtgående forbud mod udlån af selskabskapitalen til bestyrelsesmedlemmer, kapitalejere og til dem nærtstående personer. Den 7. juni 1952 blev lov nr. 232 vedtaget indeholdende bestemmelserne §§ 45 a-c. Af lovens § 45 a fremgik, at det alene var udlån fra ikke-børsnoterede selskaber, der var ulovlige. Udlån fra børsnoterede selskaber var lovlige, ligesom udlån fra bankaktieselskaber og forsikringsaktieselskaber ligeledes var lovlige, jf. AL § 45 c.¹⁴ Hovedsynspunktet bag denne opdeling var, at faren for misbrug i særlig grad gjorde sig gældende i lukkede selskaber.

Hermed var den første egentlig regulering af kapitalejerlån indskrevet i den danske selskabsret, som i de efterfølgende år blev diskuteret og behandlet af flere omgange.

2.1.2 Lovgivning efter 1973

Med ønsket om tilvejebringelse af en ny fælles nordisk lovgivning på selskabsrettens område, blev der i 1957 af Handelsministeriet¹⁵ nedsat en aktielovskommission, hvis opgave var at organisere en tilpasning af den danske selskabslovgivning. Dette endte ud i betænkning nr. 352 af 1964.¹⁶

Betænkningen behandlede bl.a. det absolutte forbud mod kapitalejerlån i ikke-børsnoterede selskaber. Kommissionen fandt dette forbud for vidtgående, idet totalforbuddet i flere tilfælde ville være en hindring for legitime og rimelige finansieringsdispositioner for kapitalejerne. Desuden fandt Kommissionen ikke tilstrækkeligt grundlag for at undtage børsnoterede selskaber helt fra reglerne om kapitalejerlån.¹⁷ Betænkningen fastslog således en ligestilling mellem børsnoterede og ikke-børsnoterede selskaber og derudover at indføre et opdelt forbud, som omfattede et totalforbud mod lån til bestyrelsesmedlemmer og revisorer, men alene et betinget forbud mod lån til kapitalejere. Betingelserne for lån til kapitalejere blev foreslået at omfatte:

- At lån alene kunne ydes i det omfang, hvor selskabets egenkapital oversteg aktiekapitalen,
- At lånet skulle godkendes af samtlige bestyrelsesmedlemmer, og
- At der skulle stilles betryggende sikkerhed for lånet.

¹⁴ Betænkning nr. 362 af 1964, side 128

¹⁵ Kendes i dag som Erhvervsstyrelsen

¹⁶ Werlauff, *Selskabsret*, side 47

¹⁷ Betænkning 540 af 1969, s. 158 samt Lov nr. 171 af 1973 bemærkningerne til § 115

Disse regler om kapitalejerlån var alene tiltænkt at gælde for fysiske personer og ikke låneforhold mellem moder- og datterselskaber.¹⁸

Betænkningen af 1964 blev ikke gennemført ved lov, men dannede imidlertid grundlag for betænkning nr. 540 af 1969, hvor kapitalejerlån blev behandlet på ny. Det resulterede i, at det betingede forbud mod kapitalejerlån i betænkningen af 1964 blev opretholdt, dog med den ændring, at enighed blandt bestyrelsesmedlemmer ikke var et krav for lovlighed. Ydermere blev lån til bestyrelsesmedlemmer sidestillet med lån til kapitalejere, hvorfor totalforbuddet blev afskaffet. Låneforholdet mellem moder- og datterselskaber blev foreslået som fortsat undtaget fra reglerne om kapitalejerlån.

På baggrund af betænkningerne fra 1964 og 1969 blev aktie- og anpartsselskabslovene¹⁹ af 1973 vedtaget. Aktieselskabslovens § 115²⁰ regulerede kapitalejerlån, hvoraf det fremgik af stk. 1, at ydelse af lån eller sikkerhedsstillelse for kapitalerejere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører, alene måtte finde sted mod betryggende sikkerhed og alene i det omfang, hvor selskabskapitalen oversteg minimumskapitalen.²¹

Efter lovens vedtagelse i 1973 var det således muligt for kapitalejere at modtage lån, såfremt der kunne stilles betryggende sikkerhed herfor. Betænkningerne af 1964 eller 1969 indeholdt ingen nærmere beskrivelse af, hvornår dette krav kunne anses for værende opfyldt. Det fulgte udelukkende, at lånet skulle være forsvarligt sikret i forhold til låntagers økonomiske formåen.²² Reglerne mødte efterfølgende stor kritik i både offentligheden og Folketinget, idet betingelserne for kapitalejerlån blev anset for uklare. Selskaber ydede lån til dets kapitalejere i strid med loven, hvilket medvirkede til en tømning af selskabernes kapital, og det på trods af, at det primære formål med AL § 115 var at beskytte selskabskapitalen.²³ Kritikken gik ydermere på, at de lån, der blev ydet, havde til formål at give en form for løntillæg til direktører, og blev desuden ydet uden hensyn til selskabernes erhvervsmæssige formål.

På baggrund af den omfattende kritik blev aktie- og anpartsselskabslovene igen ændret ved lov nr. 282 og 283 af 9. juni 1982, hvilket medførte et totalforbud mod kapitalejerlån. Bestemmelsen i aktieselskabslovens § 115, stk. 1, blev ændret således, at et selskab ikke måtte yde lån eller stille sikkerhed for selskabets eller moderselskabets kapitalejere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører. Lån samt sikkerhedsstillelser til disses nærtstående var ligeledes omfattet af forbuddet.

¹⁸ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 488

¹⁹ 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.

²⁰ Tilsvarende i anpartsselskabsloven § 49 om lån til anpartshavere

²¹ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 486-487

²² Betænkning nr. 362 af 1964, side 132

²³ Lov 370 af 1973, bemærkningerne til § 115

Fra 1982 og frem til selskabsreformen i 2010 har bestemmelserne i selskabslovgivningen ikke ændret sig. Indførelsen af totalforbuddet mod kapitalejerlån i 1982 blev opretholdt i den danske selskabslov frem til lovændringen i december 2016.

2.1.3 Selskabsreformen 2010

I efteråret 2006 nedsatte økonomi- og erhvervsministeren et udvalg, som fik til opgave at udarbejde en betænkning til modernisering af den danske selskabsret. Formålet med de nye overvejelser var, at dansk selskabsret skulle gøres internationalt konkurrencedygtig, at administrative byrder skulle nedbringes, og bestemmelserne for aktie- og anpartsselskaber skulle forenkles og harmoniseres i én samlet lov.²⁴

Resultatet af moderniseringsudvalgets arbejde blev fremlagt i betænkning nr. 1498 af 2008, og blev efter en kort høringsfrist fremsat som lovforslag L 171 i Folketinget den 25. marts 2009.²⁵ Betænkningen fra 2008 blev vedtaget ved lov nr. 470 af 12. juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber, hvor henholdsvis aktieselskabsloven og lov om anparter blev fusioneret til en samlet lov under betegnelsen: selskabsloven.

Efter vedtagelsen af den nye selskabslov var den centrale bestemmelse omhandlende kapitalejerlån at finde i SL § 210. SEL § 210, stk. 1, 1. pkt. indeholdt følgende ordlyd *”Et kapitalsekskab må ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, jf. dog §§ 211-214.”*

Lovteksten i SL § 210 lagde sig tæt op ad den tidligere vedtagne i lov af 1982. Forbuddet mod at yde lån til aktionærer var fortsat gældende dog med enkelte undtagelser, jf. §§ 211-214. Selvfinsiering var under visse betingelser nu tilladt, jf. §§ 206-209.

På trods af at de restriktive regler omhandlende kapitalejerlån allerede var voldsomt kritiseret forinden moderniseringsudvalgets udarbejdelse af en ny selskabslov, forblev det totale forbud mod kapitalejerlån opretholdt frem til lempelsen i 2016.

2.1.4 Betinget forbud af kapitalejerlån 2016

Allerede under moderniseringen af selskabsloven ønskede et flertal i udvalget, at betingelserne for kapitalejerlån og selvfinsiering skulle liberaliseres.²⁶ I overensstemmelse med det generelle formål om at undgå overimplementering og under hensyn til en udbredt kritik af de restriktive danske

²⁴ Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 49

²⁵ Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalsekskaber*, s. 48

²⁶ Betænkning 1498, s. 490

regler, anbefalede Moderniseringsudvalget i L 171 af 2009 at tillade lån til både kapitalejere og ledelsesmedlemmer samt selvfinansiering – begge dele på nærmere angivne betingelser.²⁷ Hvor moderniseringen medførte en liberalisering af reglerne for selvfinansiering, forblev liberaliseringen af reglerne for rene kapitalejerlån alene en overvejelse.

I 2016 var bestemmelserne om selskabers økonomiske bistand til kapitalejere igen i fokus. Lovforslag nr. 23 af 2016 indeholdt en betinget lovliggørelse af kapitalejerlån, hvorfor Folketinget indtog et nyt standpunkt. Ændringen af SL § 210 havde til formål at sikre bedre rammevilkår for selskaber i Danmark samt øge fleksibiliteten for selvfinansiering af selskabernes drift.²⁸ Det var lovgivers opfattelse, at hensynet til selskabers kreditorer og ejere fortsat kunne varetages på betryggende vis med en betinget lovliggørelse, idet disse hensyn ville blive opretholdt gennem de i § 210, stk. 2 indførte betingelser. Derudover fandt lovgiver ikke længere incitamentet for selskaber til at yde lån som alternativ til skattepligtigt udbytte eller løn efter vedtagelsen af den skattemæssige værnsregel i 2012.²⁹ Tab af offentligt skatteprovenu var en af de bærende årsager til videreførelsen af forbuddet ved moderniseringen af selskabsloven, hvilket der ikke længere var fare for.

Uanset om SL § 210 ikke længere er formuleret som et forbud mod lån m.v. til kapitalejere og medlemmer af ledelsen, skal bestemmelsen fortsat læses som et forbud, medmindre betingelserne i § 210, stk. 2 er opfyldt.

Regeringens formål med en betinget lovliggørelse var at muliggøre lån for selskaber med interesse herfor. Dette kunne eksempelvis være lån til kapitalejere uden bestemmende indflydelse eller tilfælde, hvor selskaber kunne anvende lån som alternativ til udbytte, hvilket modsat udbytte ikke forringer selskabets soliditet.³⁰

2.1.5 EU-retlige forpligtelser

Danmark har siden 1973 deltaget i det europæiske samarbejde, hvorfor en væsentlig del af den nationale lovgivning er påvirket af EU direktiver m.m. Harmoniseringen af selskabsretten har dog allerede siden begyndelsen af 1960'erne været prioriteret højt, som et middel til at realisere det fælles marked.³¹ Som nævnt i afsnit 1.3 er opgaven afgrænset fra at indeholde andre landes reguleringen af kapitalejerlån, dog findes det nødvendigt i begrænset omfang at medtage EU-rettens påvirkning af den danske lovgivning på området for kapitalejerlån.

Under udarbejdelsen af betænkning nr. 1498 af november 2008 undersøgte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvorvidt der foreligger EU-retlige forpligtelser relateret til kapitalejerlån. Det fremgår af

²⁷ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejere mv.*, s.

²⁸ Lov nr. 23 af 2016, *bemærkningerne*, s. 3

²⁹ Mere herom i afsnit 2.2.2

³⁰ Lov nr. 23 af 2016, *høringsnotat*, s. 5

³¹ Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalselskaber*, s. 32

denne, at der ikke findes nogen EU-regulering vedrørende kapitalejerlån, hvorfor reguleringen heraf er overladt til medlemslandene selv. På baggrund af den foretagne landeundersøgelse fremgår det, at de fleste undersøgte lande, tillader lån mv. til kapitalejere, ledelsesmedlemmer og deres nærtstående, dog med forskellige restriktioner, der har til formål at beskytte selskabskapitalen og forhindre misbrug.³²

Som tidligere beskrevet, ønskede et flertal i moderniseringsudvalget under udarbejdelsen af den nye selskabslov, at betingelserne for kapitalejerlån og selvfinansiering skulle liberaliseres. Denne liberalisering skulle tage udgangspunkt i EU's 2. selskabsdirektiv, hvilket både indeholdte tvungne ændringer samt visse valgfrie ændringer.³³ Moderniseringsudvalgets argumentation for en liberalisering af bestemmelserne om kapitalejerlån, i såvel betænkningen som af lovforslaget, baserede sig særligt på det faktum, at det alene var ganske få EU-lande, der ikke tillod kapitalejerlån.³⁴ Ydermere argumenterede man i betænkningen for den manglende logik i at tillade lån i forbindelse med selvfinansiering og modsætningsvist opretholde en mere restriktiv behandling af kapitalejerlån.³⁵

Efter vedtagelsen af den betingede lovgivningsændring i december 2016 blev totalforbuddet afskaffet. En mere fri og fleksibel adgang for selskaber i andre EU-lande til at yde lån til dets kapitalejere, var baggrunden for lovgivers ønske om ikke længere at underlægge danske selskaber strengere og mindre fleksible regler end deres konkurrenter i andre europæiske lande.³⁶ EU-retten har således også inspireret reguleringen af den nu betinget lovgivningsændring af kapitalejerlån.

2.2 Den skatteretlige historie for kapitalejerlån

Kapitalejerlån har som beskrevet i afsnit 2.1 været reguleret selskabsretligt i årtier. I september 2012 vedtog Folketinget, at kapitalejerlån fremover skal beskattes. Før 2012 har kapitalejerlån som udgangspunkt ikke været selvstændigt reguleret skatteretligt.

2.2.1 Lovgivning før 2012

Før 2012 blev kapitalejerlån behandlet ens både selskabsretlig og skatteretligt, dvs. for kapitalejere var der tale om gæld og for selskabet en fordring.³⁷ Lånet blev anset for værende en transaktion mellem interesseforbundne parter og skulle forrentes efter LL § 2, stk. 1. Af LL § 2, stk. 1 følger det såkaldte armslængde-princip, hvorefter interesseforbundne parter, der ved indkomstopgørelsen ikke anvender samme priser og vilkår som ved transaktioner med uafhængig tredjemand, risikerer,

³² Betænkning nr. 1498 af 2008, side 488 ff.

³³ Betænkning nr. 1498 af 2008, s. 490

³⁴ Lov nr. 170 af 2009, bemærkninger til § 210

³⁵ Werlauff, UfR.2009B. 143, s. 3

³⁶ Lov nr. 23 af 2016, bemærkningerne, s. 7

³⁷ Kruhl & Sørensen, Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 102

at skatteansættelsen bliver korrigeret. Korrektionen bestod i, at markedsrenten blev anvendt, hvilket er den rente, som to uafhængige parter ville have fastsat i et tilsvarende låneforhold.³⁸ Renterne på kapitalejerlån blev efterfølgende behandlet skattemæssigt som renter i almindelighed, dvs. med fradrag for kapitalejeren og skattepligt for selskabet.³⁹

Under moderniseringen af selskabsloven i 2008 og 2009 ønskede man en liberalisering af forbuddet mod kapitalejerlån. En liberalisering af reglerne for kapitalejerlån burde derfor efter Skatteministeriets opfattelse ledsages af nye skatteregler.⁴⁰ Lovforslag L 171 af 25. marts 2009 indeholdte derfor en række lovændringer som konsekvens af selve selskabsreformen, der i L 170 af samme dato indeholdt et betinget forbud mod kapitalejerlån. Her foreslog man LL § 16 E, hvor man ønskede at forhindre, at kapitalejerlån samt ledelselån, der *ikke* opfyldte de selskabsretlige betingelser, trådte i stedet for udbytte eller løn.⁴¹ Lovgiver mente, at liberaliseringen af det selskabsretlige forbud mod kapitalejerlån indebar en risiko for tab af skatteprovenu. Derfor skulle det efter forslaget foreskrives i LL § 16 E, stk. 1, at såfremt selskaber ydede lån til dets kapitalejere uden at lånet opfyldte de selskabsretlige betingelser i SL § 210, stk. 2, ville lånet betragtes som udbytte, jf. L 171 af 2009 § 18. LL § 16 E skulle ligeledes indeholde en omkvalificering af lån til udbytte, hvis lånet blev ydet til kapitalejernes nærtstående. Denne omkvalificering ville ligeledes alene finde anvendelse på lån, der ikke opfyldte de selskabsretlige betingelser, jf. den foreslåede LL § 16 E, stk. 2.

Det fulgte af den foreslåede LL § 16 E, stk. 3 at blev de ulovlige kapitalejerlån tilbageført – hvilket var påkrævet efter selskabsloven – blev det ifølge lovforslaget ikke længere behandlet som udbytte. Var der allerede sket udbyttebeskatning af låntager, kunne den skattepligtige anmode om genoptagelse af selvangivelsen for det pågældende indkomstår og derved få beskatningen tilbageført.⁴²

Som nævnt i afsnit 2.1.3 forblev forbuddet mod kapitalejerlån opretholdt med vedtagelsen af den moderniserede selskabslov. Som konsekvens heraf blev den foreslåede LL § 16 E forkastet. Formålet med indførelsen af LL § 16 E var at hindre tab af skatteprovenu ved konvertering af udbytte til kapitalejerlån. Da det selskabsretlige forbud forblev opretholdt, forsvandt forudsætningerne for indførelsen af LL § 16 E. Skatteministeriet mente i den forbindelse ikke, at der var behov for en selvstændig skatteretlig regulering, eftersom det selskabsretlige forbud forblev opretholdt.⁴³

2.2.2 Lovgivning efter 2012

Forslaget fra 2009 blev trukket tilbage for herefter at vende tilbage i en langt strengere version. Den nye version blev fremsat af skatteministeren ved lovforslag L 199 den 14. august 2012. Baggrunden herfor var, at SKATs complianceundersøgelser og indsatsprojekter viste, at optagelse af ulovlige lån

³⁸ D.J.V., *C.D.11.1.1*, version 1.6 af 16. juli 2012

³⁹ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 102

⁴⁰ Betænkning nr. 1498 af 2008, side 493

⁴¹ Rønfeldt og Werlauff, *LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning*, s. 1

⁴² Ibid

⁴³ Betænkning nr. 1498 af 2008, s. 492

ofte blev anvendt til finansiering af privatforbrug.⁴⁴ Formålet var således at fjerne incitamentet for at optage kapitalejrlån i stedet for at udbetale skattepligtig løn eller udbytte.

Det fremsatte lovforslag indeholdte LL § 16 E, hvoraf kapitalejrlån skal behandles efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt. Lovforslaget blev vedtaget af Folketinget den 3. september 2012 med virkning for lån opstået efter 14. august 2012.

Modsat den foreslåede LL § 16 E i 2009 henviser den vedtagende LL § 16 E ikke til selskabslovens § 210. Kapitalejerlån er efter vedtagelsen således reguleret både selskabsretligt og skatteretligt uafhængigt af hinanden.

2.2.3 EU-retlige forpligtelser

Danmark har inden for rammerne af Grundloven og de EU-retlige forpligtelser frihed til at indrette landets skattesystem. Som tidligere nævnt foreligger der ingen EU-retlige forpligtelser relateret til kapitalejrlån, hvorfor reguleringen heraf er overladt til medlemslandene selv. Der foreligger ligeledes ingen forpligtelser i forhold til beskatning heraf. L 199 har derfor ingen relationer til EU-retten og bygger alene på danske initiativer.

⁴⁴ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 1

3 Kapitalejerlån i et selskabsretligt perspektiv

Dette kapitel har til formål at analysere den selskabsretlige behandling af kapitalejerlån samt konsekvenserne ved et ulovligt lån.

3.1 Hovedreglen for kapitalejerlån

Reglerne i selskabsloven omhandlende økonomisk bistand med et kapitalselskabs egne midler findes i kapitel 13, §§ 206-215. Hovedreglen, der regulerer kapitalejerlån, foreligger i selskabslovens § 210, stk. 1, hvor ordlyden er som følger:

”Et kapitalselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, hvis betingelserne i stk. 2 er opfyldt. Tilsvarende gælder i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksomheder end moderselskabet, 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.”

3.2 Hvem er omfattet af selskabslovens § 210?

For at forstå hvilke personer, der anses for værende långiver og låntager i henhold til selskabslovens § 210, foretages nedenfor en fortolkning af lovteksten og dennes udstrækning.

3.2.1 Långiver

Det følger af SL § 210, stk. 1, at *”Et kapitalselskab kan [...] stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed [...]”*, hvorfor långiver er kapitalselskaber. Definitionen på kapitalselskaber er et anparts-selskab, herunder et iværksætterselskab, eller et aktieselskab, herunder et partnerselskab, jf. SL § 5, nr. 18. Det er således kun de i definitionen nævnte selskaber, der anses for værende kapitalselskaber, og dermed omfattet af reglerne om kapitalejerlån. Det betyder, at kommanditselskaber eksempelvis ikke er omfattet af et betinget forbud mod at yde lån til dets komplementarer eller kommanditister, på trods af deres mulige begrænsede hæftelse.

3.2.2 Låntager

Lånereglerne omfatter selskabets kapitalejere. Selskabets ledelse kan imidlertid også udnytte deres stilling i selskabet til at bevilge sig selv lån i strid med selskabets interesser, hvorfor personer i ledelsen også er omfattet af forbuddet. Dette følger direkte af ordlyden i SL § 210, stk. 1, 1. pkt. Efter SL § 210, stk. 1, 2. pkt. omfatter det betingede forbud også kapitalejere og ledelsen i selskabets moderselskab, og i andre virksomheder end moderselskabet, der har bestemmende indflydelse over selskabet. Ligeledes gælder lånereglerne for personer, der er knyttet til en person, der er omfattet

af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, slægtskab eller som på anden måde står den pågældende særligt nær.

Forbuddet gælder alene for personer, der er kapitalejer eller medlem af ledelsen på det tidspunkt, hvor lånet ydes eller sikkerhed stilles. At en låntager senere bliver kapitalejer eller ledelsesmedlem, er uden betydning.⁴⁵

3.2.2.1 Kapitalejer

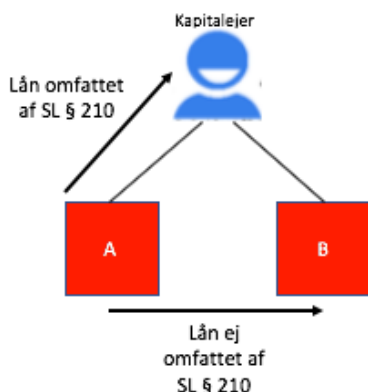
Kapitalejer er efter SEL § 5, nr. 16 defineret som værende enhver ejer af en eller flere kapitalandele, hvilket er enten aktier eller anparter, jf. SL § 5, nr. 15. Idet selskabsloven ikke afgrænser begrebet, men alene anvender betegnelsen kapitalejere, gælder forbuddet således alle kapitalejere uanset kapitalandelens størrelse.

Forbuddet omfatter ligeledes kapitalejere i et långivende selskabs moderselskab. Et moderselskab er defineret som et kapitalselskab, som har en bestemmende indflydelse over en eller flere dattervirksomheder, jf. SL § 5, nr. 20. Det følger af SL § 7, stk. 1, at bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Forbuddet er begrundet i, at bestemmende indflydelse i det långivende selskabs moderselskab ligeledes vil medføre bestemmende indflydelse i det långivende selskab.

Bestemmelsen skildrer ikke mellem fysiske og juridiske personer, hvorfor forbuddet også omfatter juridiske personer, der besidder kapitalandele i selskabet. Moderselskaber er dog undtaget herfor, jf. SL § 211.

Heller ikke for juridiske personer foreligger der i selskabsloven nogen afgrænsning for omfattede selskaber, og retsformen er derfor uden betydning. Forbuddet omfatter således både kapitalselskaber (A/S og ApS), personselskaber (P/S og I/S m.fl.) samt fonde og foreninger mv. Derimod omfatter forbuddet ikke lån til andre selskaber, som er kontrolleret af samme personkreds, dvs. lån til søster eller datterselskaber, forudsat denne ikke besidder kapitalandele i selskabet. Denne undtagelse finder alene anvendelse, såfremt ydelsen af lånet ikke er tilsigtet en omgåelse af reglerne for kapitalejerlån, eksempelvis ved udlån til et søsterselskab, som dernæst udlodder midler til det långivende selskabs kapitalejere.

Figur 2: Omfattede lån



Kilde: Egen tilvirkning.

⁴⁵ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, side 38

3.2.2.2 Ledelse

Som tidligere nævnt er personer i ledelsen også omfattet af forbuddet dvs. personer, der er anmeldt til Erhvervsstyrelsen som direktører, bestyrelsesmedlemmer eller medlem af et evt. tilsynsråd, jf. SL § 5, nr. 4 og 5, jf. L § 5, nr. 20. Loven indeholder ingen afgrænsning, hvorfor forbuddet omfatter alle ledelsesmedlemmer.

For at undgå omgåelse af reglerne, omfatter forbuddet, som for kapitalejere, ligeledes ledelsen i det långivende selskabs moderselskab samt andre virksomheder med bestemmende indflydelse.

Ledelsesmedlemmer anses for at være omfattet af forbuddet på tidspunktet for tiltrædelse. Tilsvarende gælder ved opsigelse. Hertil må det tilføjes, at tidspunktet for udtrædelse af ledelsen er ved den endelige fratrædelse. Det betyder, at såfremt der gælder et opsigelsesvarsel, vil den endelige fratrædelse først foreligge ved dennes udløb.⁴⁶

Medlemmer af et kapitalselskabs ledelse kan aflønnes ved fast eller variable løn, jf. SL § 138, stk. 1, 1. pkt. Et sådan forskud anses ikke for at udgøre et lån og er således ikke omfattet af forbuddet i SL § 210, stk. 1.⁴⁷

3.2.2.3 Nærtstående

Forbuddet mod at yde lån eller stille sikkerhed gør sig ikke alene gældende for kapitalejere samt ledelsesmedlemmer i selskabet, men ligeledes disses nærtstående. Nærtstående er efter SL § 210, stk. 1, 3. pkt. defineret som personer, der ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, er knyttet til en af de nævnte personer, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.

Ægteskab eller slægtskab er objektive krav, hvorimod *personer, som står den pågældende særlig nær*, må anses for værende subjektive. Ved lovændringen i 2016 blev reglen om nærtstående medtaget alene med bemærkningerne om, at de nye regler skal gælde samme personkreds som hidtil.⁴⁸ Under behandlingen af Lov nr. 282 af 9. juni 1982 blev nærtstående personer medtaget, hvor det fremgik af bemærkningerne hertil, at der fortrinsvis tages sigte på samlevere.⁴⁹ Dette blev gentaget i bemærkningerne til SL § 210 ved indførelsen i 2009, hvorfor nærtstående personer, efter det nye forbud, ligeledes antages at være samlevere. Hertil er det dog relevant at vurdere, om lånet eller sikkerhedsstillelsen alene skyldes det nære forhold, eller om selskabet yder tilsvarende til uafhængige parter, idet subjektive krav altid beror på en konkret vurdering.

⁴⁶ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & selvfinansiering*, s. 214

⁴⁷ Hansen, *Dansk selskabsret 2*, s. 403

⁴⁸ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 38

⁴⁹ Ibid

3.3 Dispositioner omfattet af selskabslovens § 210

Det følger af SL § 210, stk. 1, 1. pkt., at ”*Et kapitalsselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed [...].*” Det er således alene de oplyste ydelser, der er omfattet af forbuddet.

3.3.1 Lån

Direkte og indirekte lån er omfattet af forbuddet i SL § 210, stk. 1. Ved lån forstås udbetaling af penge eller pengeeffekter (værdipapirer). Lån kan endvidere opstå gennem handel med selskabet, eksempelvis i form af køb af selskabets ydelser, hvorefter låntager opnår henstand med betaling.

Lån til brug af andre genstande som løsøre eller fast ejendom er ikke omfattet af forbuddet. Selskabet kan dermed uden at iagttage betingelserne i SL § 210, stk. 2, lovligt erhverve en feriebolig eller en direktionsvogn, som stilles til rådighed for ejere eller direktion.⁵⁰ Denne undtagelse gælder ubetinget, at der er tale om et låneforhold, hvor låntager har pligt til at tilbagelevere det lånte aktiv.

3.3.2 Sikkerhedsstillelser

Sikkerhedsstillelser er ligeledes omfattet af forbuddet i SL § 210, stk. 1, og kan have form af kaution, pant eller andet. Det betyder, at selskabet ikke må stille sikkerhed for eksempelvis låntagers lån, idet selskabet således hæfter for låntagers forpligtelser. Her anses rådigheden over selskabets formue til sikkerhed for låntagers lån for værende ulovlig, på trods af at der ikke nødvendigvis sker en udnyttelse af selskabskapitalen. Forbuddet omfatter desuden indirekte sikkerhedsstillelser, hvilket kan tage form i en aftale, hvor tredjemand stiller sikkerhed for låntagers forpligtelser mod at selskabet stiller sikkerhed til tredjemand

3.3.3 Midler til rådighed

Midler, der stilles til rådighed, er tredje og sidste disposition, der er omfattet af SL 210, stk. 1, og dækker andre typer begunstigelser end egentlig lån eller sikkerhedsstillelser. Det fremgår ikke klart af hverken ordlyden eller forarbejderne, hvilke dispositioner udtrykket nøjagtigt dækker over.

Kan en disposition ikke med mening henføres under hverken *lån* eller *sikkerhedsstillelse*, men ligger det til trods herfor klart, at dispositionens virkning reelt er det, lovgiver har ønsket at afværge med SL § 210, stk. 1, må det konstateres, at udtrykket *stille midler til rådighed* formentlig vil kunne anvendes som opsamlingsbegreb.⁵¹ Dette kan være en situation, hvor selskabet eksempelvis låner midler til låntager, der modsat lån ikke forventes tilbagebetalt/tilbageleveret.

⁵⁰ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 36

⁵¹ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 46

3.4 Betingelser for lovlige kapitalejrlån

Et kapitalselskab kan yde økonomisk bistand til kapitalejere eller ledelsen, såfremt betingelserne herfor er opfyldt, jf. SL § 210, stk. 1, 1. pkt. Betingelserne herfor er opstillet i SL § 210, stk. 2, som har følgende ordlyd:

”For at et kapitalselskab kan yde økonomisk bistand, jf. stk. 1, skal følgende betingelser være opfyldt:

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

Betingelserne er inspireret af betingelserne for lovlig selvfinansiering i SL §§ 206-209, der foreligger dog visse forskelle.

3.4.1 Rummes inden for selskabets frie reserver

Efter SL § 210, stk. 2, nr. 1 skal den samlede økonomiske bistand kunne rummes inden for selskabets frie reserver, jf. SL § 180, stk. 2. Ved frie reserver forstås beløb, som i selskabets senest godkendte årsregnskab er opført som overført overskud, og reserver, som ikke er bundet i henhold til lov eller vedtægter, med fradrag af overført underskud, jf. SL § 180, stk. 2. Det betyder bl.a. at hvis selskabet som konsekvens af lånet m.v. skal indeholde beløb til afregning af udbytte- eller A-skat, så skal ikke kun det til låntager udbetalte nettobeløb, men også det indholdspligtige beløb til afregning af skatten, kunne rummes inden for de frie reserver.⁵²

Henvisningen til SL § 180, stk. 2 betyder, at det alene er de frie reserver, der kan udloddes som ordinært udbytte, der udgør grænsen. Efterfølgende stigninger i reserver som ville kunne udloddes som ekstraordinært udbytte efter reglerne i SL § 182, kan ikke danne grundlag for lån efter SL § 210. Omvendt begrænses lånerammen efter SL § 210 ikke af et efterfølgende fald i reserverne.

Ved at fastsætte et absolut loft for, hvad selskabet kan yde lån til den i SL § 210, stk. 1 omfattede personkreds, anses risikoen for tab for selskabets kreditorer ikke forøget, hvilket er rationalet bag denne betingelse.

⁵² Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 41

3.4.2 Ydes på sædvanlige markedsvilkår

SL § 210, stk. 2, nr. 1 indeholder endvidere en betingelse om, at den økonomiske bistand skal ydes på sædvanlige markedsvilkår. Betingelsen herfor anses opfyldt, såfremt lånets vilkår, herunder rentefod, sikkerhedsstillelse og kreditvurdering svarer til vilkår, som må anses for sædvanlige mellem parter med tilsvarende forhold i markedet. Ligeledes skal lånevilkår om aftalte terminer samt afviklingen af lånet ligeledes svare til sædvanlige markedsvilkår.⁵³

Bemærkningerne til bestemmelsen anfører, at vilkårene skal svare til de vilkår som kapitalejere eller ledelsesmedlemmer vil kunne opnå i en bank. Det betyder, at selskabet skal foretage en kreditvurdering af debitor på samme måde som en kreditor sædvanligvis vil kreditvurdere en potentiel låntager.

3.4.3 Beslutningen skal træffes af generalforsamlingen eller af selskabets centrale ledelsesorgan

Efter SL § 210, stk. 2, nr. 2 skal beslutningen om økonomisk bistand træffes af generalforsamlingen eller af selskabets centrale ledelsesorgan efter bemyndigelse fra generalforsamlingen. Alle anliggender på generalforsamlingen afgøres ved simpelt stemmeflertal, jf. SL § 105, stk. 1, 1. pkt. Det følger af SL § 78, at enhver kapitalejer har ret til at møde på generalforsamlingen og tage ordet der. Denne ret gælder også ejere af stemmeløse kapitalandele.

Generalforsamlingen må ikke træffe beslutninger, som åbenbart er egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejere eller kapitalselskabets bekostning, jf. SL § 108. Dette er en generalklausul, der medfører ugyldighed.

Bemærkningerne til § 210, stk. 2, nr. 2 anfører, at *”da hovedparten af danske selskaber er eneejede, vil betingelsen om generalforsamlingsbeslutning i praksis være nem at opfylde for langt de fleste selskaber.”* Det er en faktisk rigtig erkendelse, at ulovlige lån navnlig har været et problem i selskaber med en enkelt eller få kapitalejere, som typisk også er direktører/bestyrelsesmedlemmer.⁵⁴ Kravet om godkendelse på generalforsamlingen kan derfor ses, som en måde at dokumentere en beslutning på med henblik på at sikre et ansvarsgrundlag for ledelsen henholdsvis kapitalejerne. Der foreligger dog ingen krav om en specificeret redegørelse som beslutningsgrundlag for generalforsamlingen efter SL § 210, stk. 2, nr. 2. Dokumentationsgrundlaget for generalforsamlings godkendelse kan følgelig være svag og kortfattet. Godkendelsen af et kapitalejerlån m.v. skal fremgå af kapitalselskabets forhandlingsprotokol, jf. SL § 101, stk. 3. Hverken ændringsloven eller bemærkningerne hertil tager stilling til omfanget af protokolleringspligten efter SL § 101, stk. 3 i relation til godkendelse af kapitalejerlån.⁵⁵

⁵³ Lov nr. 23 af 2016, *høringsnotat*, s. 11

⁵⁴ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 42

⁵⁵ *Ibid*

Generalforsamlingen kan ved beslutning ligeledes tildele selskabets centrale ledelsesorgan stående bemyndigelse til at træffe beslutning om udstedelse af kapitalejerlån. Bestyrelsen anses for værende det centrale ledelsesorgan ellers direktion i de tilfælde, hvor der alene er en direktion, jf. SL § 5, nr. 4.

Lånereglernes sammenhæng med udbytterreglerne vises derved, at generalforsamlingen efter § 210, stk. 2, 3. pkt. ikke må godkende et større beløb end foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan. Ordlyden er her ensartet med SL § 180, stk. 1 om udlodning af ekstraordinært udbytte. Taget i betragtning, at bemærkningerne til de nye regler selv påpeger, at de fleste selskaber, som yder kapitalejerlån, er eneejerselskaber, er der dårligt nogen garanti mod misbrug i denne bestemmelse.

3.4.4 Beslutningen kan først træffes efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport

Efter SL § 210, stk. 2, nr. 3 kan beslutningen om økonomisk bistand først træffes efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport. Denne betingelse skal ses i den sammenhæng, at lån m.v. med henvisning til SL § 180, stk. 2 skal kunne rummes inden for de frie reserver. Eftersom SL § 180, stk. 2 henviser, at beløbet figurerer i selskabets seneste godkendte årsregnskab, er det en forudsætning, at selskabet har aflagt mindst én årsrapport.

Det følger af BFL §§ 9 og 10, at selskabet skal kunne dokumentere, at beslutningen om at yde lån er vedtaget af selskabets generalforsamling eller af selskabets ledelse efter bemyndigelse, samt at selskabet skal opbevare pågældende dokumentation i 5 år fra udløbet af det regnskabsår, i hvilket lånet er ydet. Det må formentlig antages, at et generalforsamlingsprotokollat, som refererer de centrale vilkår for lånet, opfylder dokumentationskravet.⁵⁶

3.5 Undtagelser til hovedreglen

Til hovedreglen, som er beskrevet i afsnit 3.1, gælder der i den nuværende lovgivning enkelte undtagelser for, hvornår et kapitalejerlån er lovligt uafhængig af de i SEL § 210, stk. 2 anførte betingelser. Undtagelsesbestemmelserne findes i SL § 210, stk. 3 samt §§ 211-214.

3.5.1 Selvfinansiering

Selvfinansiering er undtaget reglerne for kapitalejerlån. Eftersom kandidatspecialet omhandler reguleringen af kapitalejerlån, vil der alene foretages en kort beskrivelse af reglerne for selvfinansiering nedenfor.

⁵⁶ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 42

Selvfinansiering omhandler den situation, hvor et selskab yder lån mv. for tredjemands erhvervelse af kapitalandele i selskabet eller i dets moderselskab. Dette er i alle situationer ikke i direkte strid med forbuddet i SL § 210, stk. 1, men da bestemmelserne i selskabslovens §§ 206-209 om selvfinansiering er omtalt i SL § 210, stk. 3 som værende en undtagelse, har bestemmelserne om selvfinansiering således fortrinsret.

Hovedreglen er, at der gælder et forbud mod selvfinansiering, jf. SL § 206. En undtagelse hertil foreligger dog efter SL § 206, stk. 2, såfremt betingelserne i SL § 206, stk. 3 samt §§ 207-209 er opfyldt:

- Kapitalselskabets centrale ledelsesorgan skal sikre sig, at der foretages en kreditvurdering af den kreds, der modtager selskabets økonomiske bistand, jf. SL § 206, stk. 3, jf. SL § 206, stk. 2. Denne vurdering er identisk med kreditvurderingen for kapitalejerlån.
- Der skal foreligge en specificeret redegørelse som beslutningsgrundlag for generalforsamlingen. Indholdet fremgår af SL § 207, stk. 1, nr. 105. Generalforsamlingens afgørelse om godkendelse heraf, træffes med samme majoritet, som kræves til vedtægtsændringer, hvorfor et dobbelt 2/3-flertal er påkrævet, jf. SL § 106, stk. 1, 1. pkt., jf. § 207, stk. 2. Beslutningen skal desuden offentliggøres.
- Kapitalselskabets samlede økonomiske bistand må på intet tidspunkt overstige, hvad der er forsvarligt under hensyntagen til selskabets økonomiske stilling. Tilsvarende, som ved kapitalejerlån, må hertil alene anvendes frie reserver, jf. SL § 180, stk. 2, SL § 208.
- Selvfinansieringen skal efter SL § 209 ske på sædvanlige markedsvilkår. Henvisningen til sædvanlige markedsvilkår er ligeledes identisk med kapitalejerlån.

Ifølge Werlauff bør betingelserne ikke være vanskelige at opfylde i praksis. Bredden af kapitalejerkredsen og ledelsen er selvfølgelig afgørende, idet dobbelt 2/3-flertal er et krav.⁵⁷

3.5.2 Udlån eller sikkerhedsstillelser for moderselskabet

Det følger af SL § 211, stk. 1, at et kapitalselskab direkte eller indirekte kan stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for danske og visse udenlandske moderselskabers forpligtelser, hvilket således er en undtagelse til hovedreglen. Begrundelsen herfor må søges i det praktiske behov for sådanne transaktioner, idet der inden for koncerner traditionelt eksisterer et økonomisk samarbejde, som også kan have form af lån.

At lån til moderselskaber er lovlige, betyder ikke, at der fuldstændig frit kan overføres midler. Efter de almindelige regler om forsvarlig formueforvaltning, jf. SL §§ 115 og 116, må ledelsen i det långivende selskab påvise, at lånet er forsvarligt. Efter bestemmelsens formål er det klart, at bestemmelsen må retfærdiggøre lån, som tjener koncernhelheden.⁵⁸

⁵⁷ Werlauff, *Selskabsret*, side 317

⁵⁸ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 39

Undtagelsen er ikke et udtryk for, at faren for misbrug over for selskabernes kreditorer er mindre end i andre tilfælde. Misbrug søges modvirket gennem regnskab- og revisionskrav.

3.5.3 Sædvanlig forretningsmæssig disposition

Uanset SL § 210 kan et kapitalselskab, 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 3.2.2, jf. SL § 212. Begrebet *sædvanlig forretningsmæssig disposition* er et fleksibelt og dynamisk begreb, hvor fortolkningen kan ændre sig over tid.

Sædvanlig forretningsmæssig disposition er efter lovbemærkningerne til SL § 212 som hovedregel kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Dette kan eksempelvis være salg af varer eller tjenesteydelser på kredit til kapitalejeren. Det følger ligeledes af lovbemærkningerne, at der skal foretages en konkret vurdering af, om dispositionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet samt inden for branchen, herunder om kredittiden svarer til den kredittid, som andre kunder opnår.⁵⁹ Det er således ikke kun transaktionen, der skal være sædvanlig. Kravet gælder ligeledes transaktionsvilkårene, hvorfor betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse mv. skal ske på samme vilkår, som er sædvanlige overfor tredjemænd.

Forarbejderne opstiller således følgende tre betingelser:

- 1) Dispositionen skal være sædvanlig for selskabet
- 2) Dispositionen skal være sædvanlig inden for branchen
- 3) Dispositionen skal være på markedsvilkår.

Erhvervsstyrelsen har gennem administrativ praksis afgivet konkrete svar på begrebets omfang. Ifølge praksis skal forarbejdernes betingelser om, at dispositionen skal være *sædvanlig* for selskabet og inden for *branchen* nærmere forstås som værende, at dispositionen skal være i selskabets interesse og på markedsvilkår. Erhvervsstyrelsen har ligeledes afgivet udtagelser om, at en enkeltstående disposition kan anses for værende sædvanlig forretningsmæssig, såfremt denne efter en konkret vurdering kan forretningsmæssigt begrundes.⁶⁰ I Industriministeriets⁶¹ skrivelse af 3. juni 1983 udtalte ministeriet, at det ikke ville være omfattet af forbuddet i den dagældende aktieselskabslovs § 115, såfremt et selskab, der skulle lease noget driftsmateriel fra en kapitalejer, påtog sig at hæfte solidarisk sammen med kapitalejeren for et lån, som kapitalejeren påtog hos tredjemand for at finansiere sin anskaffelse af materiellet. I afgørelsen lagde ministeriet vægt på, at selskabet og aktionæren havde en fælles interesse i, at der blev ydet et lån til aktionæren, da formålet var at lease driftsmidlerne videre. Udtagelsen indeholdte ikke bemærkninger om, at selskabet tidligere havde

⁵⁹ Bunch & Rosenberg, *Selskabsloven med kommentarer*, kommentarer til § 212

⁶⁰ Neville & Werlauff, *Lovlige aktionærlån*, s. 204 ff.

⁶¹ Kendes i dag som Erhvervsstyrelsen

foretaget lignende dispositioner, eller at det var sædvanligt i den pågældende branche. Undtagelsesbestemmelsen i SL § 212 finder således alligevel anvendelse, på trods af at dispositionen ikke er sædvanlig for selskabet. Den selskabsretlige forståelse af begrebet er dermed ikke entydig, men afhænger af en konkret vurdering.

Forarbejdernes betingelser om, at dispositionen skal være sædvanlig for selskabet og branchen var ligeledes ikke en del bemærkningerne i Erhvervsankenævnet kendelse af 11. januar 2013 i sag nr. 2012-0026414, som vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en mellemregning var udtryk for et ulovligt lån, eller om der var tale om en lovlig forudbetaling efter SL § 212. Sagens faktiske forhold var, at Erhvervsstyrelsen havde påbudt et selskab at søge et lån ydet i strid med SL § 210, stk.1, inddrevet straks, hvilket selskabets revisor påklagede. Lånet var en mellemregning, som revisor gjorde gældende, var en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Det var i forbindelse med selskabets årsrapport for 2010, at Erhvervsstyrelsen havde opdaget lånet, idet denne indeholdt en supplerende oplysning herom. Revisoren gjorde på vegne af selskabet gældende, at mellemregningen opstod som følge af salg af kapitalejerens private ejendom til selskabet, hvorfor der alene var tale om en forudbetaling af købesummen. Revisor anførte ligeledes, at påtegningen i årsrapporten alene berode på et forsigtighedshensyn, idet tinglysningen ikke var gennemført med udgangen af 2010, ligesom den endelige vurdering fra ekstern mægler ligeledes forelå efter revisors underskrivelse af årsrapporten. Erhvervsstyrelsen afviste, at der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition omfattet af SL § 212, hvilket Erhvervsankenævnet stadfæstede. Erhvervsankenævnet fandt det bl.a. ikke godtgjort, at kapitalejeren kunne have solgt den faste ejendom på de vilkår, som handlen indebar, herunder med betaling af købesummen på aftaletidspunktet og overdragelse af ejendommen på en i forhold hertil fremtidig ikke fastsat dato, til en uafhængig tredjemand.

Erhvervsankestyrelsen tillægger således alene ét forhold betydning i vurdering af sædvanlig forretningsmæssig disposition, nemlig om det fra klagerens side er sandsynliggjort, at en lignende disposition vil foretages med en uafhængig tredjemand på de konkrete vilkår. Tilsvarende forhold blev anvendt i Erhvervsankenævnets kendelse af 5. november 2013 i sag nr. 2013-0033909, hvor der ligeledes var klaget over, at Erhvervsstyrelsen havde påbudt et selskab at søge et lån ydet i strid med SL § 210, stk. 1 inddrevet straks.

Sagen omhandlede et familieejet selskab, der beskæftigede sig med leasing af kontorartikler, investering i fast ejendom samt udlejningsvirksomhed. I selskabets årsrapport for 2011 fremgik et tilgodehavende på kr. 2.904.729, hvilket Erhvervsstyrelsen rettede henvendelse om. Hertil oplyste selskabet, at det tilgodehavende vedrørte udlån til 3 af selskabets kapitalejere, som var ydet som led i selskabets sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Det blev ligeledes anført, at selskabet ikke havde lidt tab, idet en fjerde kapitalejer i 2001 havde ydet et lån på kr. 4,3 mio. til selskabet, og der i forbindelse med kapitalejerlånene forelå en mundtlig aftale mellem selskabet og kapitalejerne om, at selskabet havde modregningsret, således at selskabet til enhver tid ved afgivelse af modregningserklæring kunne modregne udlånene i den fjerde kapitalejers tilgodehavende hos selskabet. Erhvervsstyrelsen afviste – uanset selskabets begrundelse om modregningsret – at lånene var ydet

som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition omfattet af SL § 212, hvilket Erhvervsankenævnet stadfæstede. Erhvervsankenævnet lagde herved navnlig vægt på, at der efter det oplyste ikke var tale om, at selskabet havde indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd, og at det endvidere måtte lægges til grund, at selskabet ikke ville foretage tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd.

Til trods for at der i forarbejderne benævnes tre betingelser til undtagelsen i SL § 212 om sædvanligforretningsmæssig disposition, synes der med henvisning til administrativ praksis alene at foreligge et krav om, at kapitalejerlån skal være i selskabets interesse. Kan det således bekræftes, at selskabet ville have ydet lånet, såfremt det ikke havde været for kapitalejerens indflydelse i selskabet, vil lånet være lovligt efter SL § 212. Det vil ikke være i selskabets interesse at krænke kapital-ejernes eller kreditorernes interesser eller at yde lån på ikke-markedsvilkår, hvorfor det afgørende spørgsmål er, om selskabet ville have ageret på samme måde, såfremt det ikke havde været for kapitalejerens indflydelse i selskabet.⁶²

Dermed foreligger der ikke en overensstemmelse med forarbejder og praksis, men den administrative praksis må siges at være konsistent.

3.5.4 Lån fra pengeinstitutter

Det følger af SEL § 213, at pengeinstitutter og realkreditinstitutter kan yde lån og stille sikkerhed for den i § 210, stk. 1 nævnte personkreds. Dette skyldes, at sådanne transaktioner er sædvanlige i disse virksomhedsformers erhvervsudøvelse.⁶³ Der er således tale om en branchespecifik undtagelse. Undtagelsen er absolut for så vidt angår pengeinstitutter, mens den for realkreditinstitutter alene undtager realkreditlån.⁶⁴

3.5.5 Medarbejder erhvervelse af kapitalandele

Særligt større selskaber udsteder medarbejderaktier i forbindelse med aktieemissioner. For at muliggøre at selskabet kan medvirke ved finansieringen af medarbejdererhvervelse af kapitalandele gør SL § 214 en undtagelse fra §§ 206 samt 210, dvs. reglerne for både selvfinansiering og kapitalejerlån. Bestemmelsen i SL § 214, stk. 1 tillader dispositioner, der er foretaget med henblik på erhvervelse af kapitalandele af eller til medarbejdere i selskabet eller i et datterselskab.

Forarbejderne forudsætter, at de etablerede finansieringsordninger har generel karakter og ikke blot er til fordel for enkelte medarbejdere. En optionsordning, der alene omfatter enkelte ledende ansatte, opfylder ikke denne betingelse.⁶⁵ Et selskabs ledelse er ikke omfattet af medarbejderbegrebet i SL § 214.

⁶² Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 61

⁶³ LBKG 14/09/2015 nr. 1089, Karnovs note nr. 1053

⁶⁴ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 62

⁶⁵ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 39

Et selskab kan ikke finansiere udnyttelsen af en optionsordning for selskabets direktører og generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer. Derimod kan medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer frit deltage i en finansieringsordning uanset ordene i § 214.⁶⁶ Dette skyldes, at disse medarbejdere ikke bør stilles dårligere, fordi de sidder i bestyrelsen.

Finansieringen er begrænset til det beløb, der kan uddeles som udbytte, jf. SL § 214, stk. 3.

3.6 Overgangsregel

Det følger af Lov nr. 23 af 2016 § 3, stk. 2, at lovændringen alene har virkning for selskabets beslutninger om ydelse af økonomisk bistand, der træffes den 1. januar 2017 eller senere. Dog indeholdte lov nr. 23 en overgangsregel, hvorfor økonomisk bistand ydet forud for denne dato, og som var ulovligt efter de dagældende regler, kunne lovliggøres, jf. § 3, stk. 3, 1. pkt. For en sådan lovliggørelse skulle betingelserne i SL § 210, stk. 2 være opfyldt, og selskabet skulle tilmed på den førstkomende generalforsamling efter den 31. december 2016 træffe beslutning om at opretholde den økonomiske bistand.

Såfremt selskabet traf beslutning om at opretholde den økonomiske bistand som lovlig økonomisk bistand, skulle selskabet i den første årsrapport, der blev indsendt efter den 31. december 2016, dokumentere, at den økonomisk bistand opfyldte betingelserne i SL § 210, stk. 2. Dokumentationen herfor skulle sendes til Erhvervsstyrelsen. Dermed var det en forudsætning for lovliggørelse, at selskabet havde tilstrækkelige frie midler til, at opretholdelsen af den økonomiske bistand synes forsvarlig.

Erhvervsstyrelsen kunne i særlige tilfælde påbyde et selskab at lovliggøre et forhold om økonomisk bistand ydet forud for den 1. januar 2017 straks og inden for en rimelig frist at dokumentere lovliggørelsen, jf. Lov nr. 23 af 2016 § 3, stk. 3, 3. pkt. Ved rimelig frist forstås som udgangspunkt 6 uger.⁶⁷ Denne undtagelsesbestemmelse var alene relevant i situationer, hvor Erhvervsstyrelsen efter den 1. januar 2017, men inden fristen for indsendelse af selskabets næste årsrapport, blev opmærksom på forholdet.

Overgangsreglen fandt alene anvendelse på lån ydet før 1. januar 2017 og kan ikke anvendes på lån, som ydes senere.⁶⁸ Ydermere skal lånet være omfattet af SL § 210, da overgangsreglen ikke finder anvendelse på ulovlige lån omfattet af bestemmelserne om selvfinansiering.

⁶⁶ Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod lån til kapitalejerne m.v.*, s. 39

⁶⁷ Lov nr. 23 af 2016, bemærkningerne s. 18

⁶⁸ Ibid

3.7 De selskabsretlige sanktioner

Kapitalejerlån i strid med SL § 210 er ulovlige og strafbare efter SL § 367, stk. 1. SL § 367, stk. 1 opregner de straffelagte bestemmelser i selskabsloven, hvor SL § 210 er positivt nævnt.

Den normale straf for overtrædelse af SL § 367, stk. 1 er bøde.

Såfremt der er ydet et ulovligt kapitalejerlån, skal dette tilbagebetales i henhold til SL § 215. Det følger heraf, at lånet skal tilbageføres til selskabet sammen med et rentetillæg. Denne tilbagebetalingspligt træder i kraft på det tidspunkt, hvor det ulovlige kapitalejerlån etableres. Kan et ulovligt lån ikke tilbageføres, indestår de, der har truffet eller opretholdt dispositionen, for selskabets tab, jf. SL § 215, stk. 2. Denne regel må forstås som en regel om hæftelse på objektivt grundlag.⁶⁹

Særlig ved sikkerhedsstillelse over for tredjemand kan det let forekomme, at tredjemand er i god tro, og er således ikke klar over, at sikkerheden stilles for en kapitalejer. SL § 215, stk. 3 regulerer derfor, at sikkerhedsstiller foretaget i strid med SL § 210 er bindende for selskabet, såfremt tredjemand ikke har kendskab hertil. Det betyder, at sikkerhedsstillelsen ikke kan bringes til ophør.

Som nævnt ovenfor indestår de ansvarlige for det tab, selskabet eventuelt påføres, jf. SL § 215, stk. 2. De ansvarlige er den ledelse, som har bevilget sikkerhedsstillelsen i strid med reglerne.

3.7.1 Ledelses- og erstatningsansvar

Det følger af SL § 361, stk. 1, 1. pkt., at stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har påført kapitalselskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Dette var eksempelvis tilfældet i U.1985.940/2H, hvor tiltalte blev kendt skyldig i mandat-svig. De faktiske forhold i sagen var, at personen A var hovedkapitalejer i et selskab, hvor A ligeledes var bestyrelsesformand og daglig leder. Over en længere årrække havde A ladet selskabet afholde udgifter samt foretaget personlige hævninger på en mellemregningskonto, hvorved denne steg til godt 1 million kr. Denne adfærd resulterede i, at selskabet efterfølgende gik konkurs, og selskabet kreditor led et formuetab. I dommen blev de nedlagte erstatningspåstande taget til følge.

Ledelsesmedlemmer skal således forvalte selskabskapitalen ansvarligt. Uvidenhed om et eventuelt ulovligt kapitalejerlån vil for ledelsesmedlemmer ikke anses for værende nok til at afstå erstatningsansvar. Ledelsens erstatningsansvar afstår således ikke med henvisning til uvidenhed. Såfremt der af revisor er sket påtegning af et ulovligt kapitalejerlån i årsrapporten, og denne er godkendt af selskabets ledelse, vil et eventuelt tab for selskabet medføre erstatningsansvar.

⁶⁹ Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalselskaber*, s. 299 ff.

4 Kapitalejerlån i et skatteretligt perspektiv

Dette kapitel har til formål at analysere den skatteretlige behandling af kapitalejerlån samt konsekvenserne herved.

4.1 Hovedreglen for kapitalejerlån

Som tidligere nævnt findes beskatningsreglerne vedrørende kapitalejerlån i ligningslovens § 16 E. Ordlyden i LL § 16 E, stk. 1, 1. pkt. er 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.

Denne suppleres med LL § 16 E, stk. 1, 3. pkt., hvor ordlyden er følgende:

”1 [...] finder tilsvarende anvendelse på sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed.

Hovedreglen medfører, at et lån, der er omfattet af bestemmelsen, skattemæssigt behandles som en overførsel af værdier fra selskabet til låntageren. Der sker derfor en skatteretligt omkvalificering, og lånet beskattes som enten løn eller udbytte.

4.2 Hvem er omfattet af ligningslovens § 16 E?

For at forstå hvilke personer, der anses for værende långiver og låntager i henhold til LL § 16 E, foretages der en fortolkning af ordlyden samt bestemmelsens begreber.

4.2.1 Långiver

Det følger af LL § 16 E, stk. 1, 1. pkt. at långiver er *” [...] et selskab m.v. omfattet af selskabslovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber mv. hjemmehørende i udlandet [...].”* Dermed anses långiver for at være danske og udenlandske selskaber og foreninger, der er indregistreret aktie- eller anpartsselskaber, jf. SSL § 1, stk. 1, nr. 1. Ydermere anses andre danske og udenlandske selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser samt registrerede selskaber med begrænset ansvar, omfattet af långiverbegrebet i LL § 16 E, jf. SSL § 1, stk. 1, nr. 2.

4.2.2 Låntager

Låntagerbegrebet i LL § 16 E omfatter *fysiske personer*, hvor der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattet af LL § 2. Dette bevirker, at kun fysiske personer, der direkte eller indirekte har en bestemmende indflydelse over selskabet, kan beskattes efter bestemmelsen, jf. LL § 2, stk. 1, nr. 1 og 2.

Det følger af LL § 2, stk. 2, 1. pkt. at der ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettighederne, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Dermed er selskabets hovedkapitalejer alene omfattet af låntagerbegrebet i LL § 16 E. Målgruppen for beskattningen er dermed personer, der kan udnytte deres bestemmende indflydelse til at vælge, om løn eller udbytte skal udbetales i form af skattefri lån.

Som beskrevet i afsnit 2.2.2 blev LL § 16 E vedtaget efter, at SKATs complianceundersøgelser og indsatsprojekter viste, at kapitalejerlån ofte blev anvendt til finansiering af privatforbrug, og at det endvidere ikke var hensigten at tilbagebetale lånene. Det kan ikke afvises, at en ejerkreds uden bestemmende indflydelse vil acceptere et kapitalejerlån, men det må formodes, at sådanne ejerkredse ikke ønsker at finansiere en minoritetskapitalejers privatforbrug. Et tilsvarende kapitalejerlån vil således alene ydes til kapitalejere med bestemmende indflydelse, hvilke er omfattet af LL § 16 E, hvorfor bestemmelsens formål synes opnået.

4.2.2.1 Juridiske personer

Lån til juridiske personer kan være omfattet af LL § 16 E, såfremt de er skattemæssigt transparente, eksempelvis kommanditselskaber. Dette skyldes, at der i forhold til LL § 16 E ses igennem det skattetransparente selskab.⁷⁰ Er en fysisk person eksempelvis kapitalejer i det långivende selskab, samtidig med at personen er selskabsdeltager i det låntagende transparente selskab, anses den andel af lånet, der svarer til kapitalejerens ejerandel, for værende ydet til denne. I SKM2014.15.SR afgav Skatterådet et bindende svar herom.

De faktiske forhold i SKM2014.15.SR var, at personen A erhvervede en 10 pct. andel i et kommanditselskab. A ejede samtidig samtlige anparter i et anpartsselskab. Ved kommanditselskabets etablering, opstod en fordring, som A blev tilbudt ejerandel i. Fordringen ønskede A at erhverve gennem sit helejede selskab. I sit bindende svar afviste Skatterådet, at anpartsselskabet kunne erhverve en andel af fordringen hos kommanditselskabet, uden at forholdet blev omfattet af LL § 16 E. Begrundelsen herfor var, at kommanditselskabet ikke var et selvstændigt skattesubjekt, og skattepligten påhvilede derfor den enkelte deltager i kommanditselskabet. Den skattemæssige behandling af lånet ville dermed afhænge af, om en eller flere af deltagerne i kommanditselskabet havde bestemmende indflydelse i det långivende selskab. Idet A ejede samtlige anparter i det långivende selskab, ville erhvervelsen af fordringen således være omfattet af LL § 16 E.

4.2.2.2 Nærtstående

Ved bedømmelsen af, om låntager anses for at have bestemmende indflydelse over långiver, eller om der udøves bestemmende indflydelse over denne, medregnes kapitalandele og stemmerettigheder, som indehaves af personlige kapitalejere og deres nærtstående, jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt.

⁷⁰ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 114

Med henvisning hertil er låntagers nærtstående ligeledes omfattet af LL § 16 E, da nærtstående skal medregnes ved bedømmelsen af, om der foreligger bestemmende indflydelse.

Til at definere, hvad der anses for værende nærtstående henviser LL § 2, stk. 2 direkte til definitionen i LL § 16 H, stk. 6. Nærtstående anses efter 3. pkt. for låntagers ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn, børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer.

Skatterådet har i et bindende svar netop medregnet nærtstående ved bedømmelsen af, om låntager udøvede bestemmende indflydelse. I SKM2014.663.SR var sagens faktiske forhold, at et selskab skulle yde et frivilligt lån til et kommanditselskab, hvor personen A var deltager. A og dennes ægtefælle ejede tilsammen 100 pct. af anparterne i det långivende selskab. Skatterådet vurderede, at lånet var omfattet af LL § 16 E med henvisning til, at A ydede bestemmende indflydelse i det långivende selskab. Det fremgik ikke af de faktiske forhold, at der mellem A og dennes ægtefælle var indgået aftale herom, hvilket ligeledes ikke var anført i Skatterådets begrundelse. Der foreligger således bestemmende indflydelse, såfremt der eksempelvis mellem ægtefæller er en ejerandel over 50 pct. af selskabskapitalen eller en råderet over 50 pct. af stemmerne, uanset manglende aftale herom.

Ydes der lån til en hovedaktionærs nærtstående, og denne låntager ikke er hverken kapitalejer eller ansat i det långivende selskab, er det ikke muligt at foretage den skatteretlige omkvalificering til løn eller udbytte. I sådanne tilfælde anses hævnningen i praksis for at have passeret hovedkapitalejeren, hvorfor denne beskattes heraf.

4.3 Dispositioner omfattet af ligningslovens § 16 E

LL § 16 E finder som hovedregel anvendelse på direkte eller indirekte lån samt sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed. Det er således alene de oplyste ydelser, der kan beskattes.

Begrebsmæssigt må *stille midler til rådighed og yde lån* afgrænses til tilfælde, hvor selskabets krav mod hovedkapitalejeren er penge, dvs. selskabet har i udgangspunktet en pengefordring.⁷¹ Udlåner selskabet således andre aktiver end penge til kapitalejeren, finder LL § 16 E ikke anvendelse. Beskatningen herfor vil formentlig kunne gennemføres med hjemmel i en af skattelovgivningens specialbestemmelser.

⁷¹ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 118

4.3.1 Lån

Skatteministeren har udtalt, at ordlyden i LL § 16 E er inspireret af ordlyden i SL § 210. Det betyder dog ikke, at fortolkningen af bestemmelserne nødvendigvis er ens, idet de varetager forskellige hensyn.⁷²

Det er ikke en betingelse for at beskatte efter LL § 16 E, at lånet er formaliseret eller bevilget. Opstår selskabet et tilgodehavende hos kapitalejeren eksempelvis ved at afholde kapitalejerens private udgifter, vil dette som udgangspunkt være omfattet af bestemmelsen. Kapitalejeren bliver således beskattet, uanset om der er tale om en bevidst eller ubevidst handling. Denne indstilling stadfæstede Landskatteretten bl.a. ved afgørelse af 3. marts 2019, som vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en fejlagtigt opstået gæld kunne anses som et lån omfattet af LL § 16 E. Sagens faktiske forhold var, at SKAT på baggrund af en enekapitalejers gæld til selskabet, havde forhøjet dennes aktieindkomst tilsvarende, hvilket kapitalejeren påklagede. Kapitalejerens gæld til selskabet var opstået som følge af to hævnninger via en mellemregningskonto, hvor kapitalejeren forinden havde haft en fordring hos selskabet. Kapitalejeren anførte, at der var tale om en klar fejl og henviste i den forbindelse til, at der var foretaget en indbetaling på mellemregningskontoen straks efter, at fejlen kom til hans kundskab. Uanset, at der var tale om en ubevidst handling, anså SKAT kapitalejerens gæld til selskabet som et lån omfattet af LL § 16 E. SKATs argument herfor var bl.a., at der under behandlingen af LL § 16 E i Folketinget fremkom flere spørgsmål og bemærkninger i forhold til fejl, som rettes efter de opdages, og resultat af denne høring blev, at SKAT ikke tillægger rene fejlekspeditioner skatteretlig betydning. Landsskatteretten stadfæstede SKATs afgørelse.

Køber selskabet aktiver fra en kapitalejer med bestemmende indflydelse til overpris eller modsætningsvis sælger aktiver til kapitalejeren til underpris i forhold til markedsprisen, opstår der ikke et lån fra selskabet til kapitalejeren, idet der ikke foreligger en pengefordring.⁷³ LL § 16 E finder derfor ikke anvendelse. SKAT kan derimod korrigerer indkomsten, idet samhandlen ikke sker på armlændevilkår, jf. LL § 2. Såfremt selskabet sælger et aktiv til kapitalejeren på kredit, vil kreditten som udgangspunkt være omfattet af LL § 16 E.

Det fremgår af LL § 16 E, at denne finder anvendelse på såvel direkte som indirekte lån. Der er tale om et indirekte lån, når et dansk selskab eksempelvis yder lån til et udenlandsk selskab, som videreudlåner beløbet til en udenlandsk kapitalejer, der udøver bestemmende indflydelse i det danske selskab eller eventuelt begge selskaber.⁷⁴

⁷² L 199, bilag 14

⁷³ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 119

⁷⁴ D.J.V., *C.B.3.5.3.3*, version 3.2 af 31. januar 2019

Skatteministeren har udtalt, at der ikke kan gives en udtømmende beskrivelse af, hvad direkte og indirekte lån omfatter, men en retningsvisende fortolkning vil være, om kapitalejere med bestemmende indflydelse modtager udbetalinger fra selskabet på anden måde end løn eller udbytte.⁷⁵

4.3.2 Sikkerhedsstillelse

Det følger direkte af lovteksten, at sikkerhedsstillelser og lån ligestilles. Det betyder, at stiller et selskab sikkerhed for et lån til én i LL § 16 E omfattede personkreds, anses dette skattemæssigt for, at personen har foretaget en hævning uden tilbagebetalingspligt.

Det fremgår klart af lovforarbejderne, at beskatningen svarer til den pålydende værdi af sikkerhedsstillelsen, og at beskatningen indtræder på det tidspunkt, hvor selskabet over for kreditor påtager sig at stille sikkerhed.⁷⁶ Når et selskab stiller sikkerhed, foretager kapitalejeren ingen hævning fra selskabet, hvorfor kapitalejeren beskattes af et beløb, som denne ikke nødvendigvis har råderet over. Det betyder også, at såfremt selskabet efterfølgende får en regresfordring mod kapitalejeren, som følge af selskabets sikkerhedsstillelse for kapitalejeren's gæld, anses dette ikke for et nyt lån omfattet af LL § 16 E.⁷⁷ Dette skyldes, at lånet allerede anses for beskattet.

4.3.3 Midler til rådighed

Som beskrevet i afsnit 3.3.3 kan begrebet *stille midler til rådighed* efter selskabsloven betragtes som et opsamlingsbegreb. Tilsvarende gør sig givetvis gældende i forhold til LL § 16 E.⁷⁸ Midler, der stilles til rådighed omfattet af LL § 16 E, kan eksempelvis være lån til eje, således at låntageren ikke har en tilbageleveringspligt.

Låntager beskattes på samme måde som ved lån eller sikkerhedsstillelser – som en hævning uden tilbagebetalingspligt.

4.4 Undtagelser til hovedreglen

Som tidligere nævnt findes beskatningsreglerne vedrørende kapitalejerlån i ligningslovens § 16 E. LL § 16, stk. 1, 2. pkt. regulerer undtagelserne til hovedreglen om skattepligt, hvor ordlyden er som følgende:

”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.”

⁷⁵ L 199, bilag 14

⁷⁶ L 199, bilag 11 og 14

⁷⁷ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 123

⁷⁸ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 123

Der foreligger således 3 undtagelses situationer, hvor LL § 16 E, stk. 1, 1. pkt. ikke finder anvendelse. Der findes ingen udtømmende liste over de situationer, som er omfattet af undtagelsesbestemmelserne, dog fremgår Skattestyrelsens redegørelse herfor af den juridiske vejledning.

4.4.1 Sædvanlig forretningsmæssig disposition

I lighed med selskabslovens undtagelse til kapitalejerlån ydet som led i en forretningsmæssig disposition, indeholder ligningsloven en tilsvarende undtagelse. Idet undtagelsen er inspireret af den selskabsretlige undtagelse, vil praksis for SL § 212 være vejledende ved fortolkningen af sædvanlig forretningsmæssig disposition. Fortolkningen vil dog ikke nødvendigvis altid være ens, idet de varetager forskellige hensyn.⁷⁹ Hvorvidt en disposition er omfattet, må derfor om udgangspunkt bero på en konkret vurdering.

Undtaget fra beskatning er antageligt lån, der opstår som led i kapitalejerens almindelige samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår. Køber kapitalejeren varer eller ydelser fra selskabet på samme vilkår som uafhængige tredjemænd, skal kapitalejeren ikke beskattes. Skattestyrelsen kan dog, efter en konkret vurdering, nå frem til, at lånet alligevel skal beskattes. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvor omfanget af dispositionerne med uafhængige tredjemænd er så dårlige, at de ikke kan tillægges betydning.⁸⁰

Såfremt der er tale om en enkeltstående disposition, som selskabet ikke tidligere har gennemført med uafhængige tredjemænd, må der endvidere foretages en konkret vurdering af, om selskabet vil foretage tilsvarende transaktioner med uafhængige tredjemænd. Dette var tilfælde i SKM2013.113.SR, hvor der var tale om en enkeltstående disposition. Skatterådet afgav her deres første bindende svar herom.

De faktiske forhold i SKM2013.113SR var, at en hovedkapitalejer ønskede at overdrage en nyopført beboelsesejendom fra sit selskab. Hovedaktionæren indhentede i den forbindelse lånetilbud fra realkreditinstitutter, hvoraf det alene var muligt at opnå en begrænset realkreditfinansiering. Den resterende del af overdragelsen skulle finansieres ved udstedelse af et sælgerpantebrev på almindelige markedsvilkår. I sit bindende svar afviste SKAT, at selskabet kunne medfinansiere overdragelsen med et sælgerpantebrev, uden at dette blev omfattet af reglerne i LL § 16 E om beskatning af kapitalejerlån. Begrundelsen herfor var, at selskabet ikke sædvanligvis opførte og solgte beboelsesejendomme og i den forbindelse ydede lån ved salget, hvorfor der efter SKATs opfattelse ikke var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling og begrundelse.

⁷⁹ L 199, bilag 14

⁸⁰ D.J.V., C.B.3.5.3.3, version 3.2 af 31. januar 2019

På baggrund af SKAT's argumentation i ovenstående sag, må den primære begrundelse for beskattningen skyldes, at selskabet ikke løbende foretog dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Denne begrundelse synes at bygge på en snæver fortolkning af selskabsloven.⁸¹

I den juridiske vejledning version 2.1 af 15. januar 2014 kommenterede SKAT for første gang deres bindende svar. Det fremgik her, at sælgerbrevet ikke ville være skattepligtigt for låntageren, såfremt selskabet kunne dokumentere nedenstående 5 betingelser:

- 1) At det er sædvane med sælgerpantebreve ved den konkrete type handler,
- 2) At salget må antages at være i selskabets interesse,
- 3) At det må anses for dokumenteret at et tilsvarende sælgerpantebrev ville indgå i en tilsvarende handel med en uafhængig tredjemand,
- 4) At selskabet ville indgå tilsvarende handler med uafhængig tredjemand, og
- 5) At der i givet fald er optaget maksimal ekstern finansiering

Modsat Skatterådets bindende svar i 2013 vurderede Skatterådet i SKM2014.107.SR, at der var tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. De faktiske forhold var her, at en kapitalejer med 100 pct. ejerskab ønskede at overdrage en erhvervsejendom fra sit selskab. Selskabets eneste aktivitet var udlejning af denne erhvervsejendom til tredjemand, hvorfor selskabet herefter skulle likvideres. Overdragelsen skulle finansieres ved gældsovertagelse og kontant betaling, som først skulle finde sted på overtagelsestidspunktet. I den forbindelse blev der ønsket svar på, om finansieringen af overdragelsen var omfattet af LL § 16 E og hvorvidt en eventuel refusionsopgørelse blev anset for et kapitalejerlån.

I nærværende sag var det SKATs opfattelse, at vilkårene var sædvanlige ved ejendomshandler, og at selskabet ville have solgt ejendommen på tilsvarende vilkår til en uafhængig part, hvis ikke hovedkapitalejeren havde været interesseret i at købe ejendommen. Det var således SKATs opfattelse, at det kapitalejerlån, der eventuelt ville opstå i perioden fra refusionsopgørelsen til betalingen skete, måtte anses for ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, såfremt betalingen skete inden for den tidsramme, som er sædvane for handel med fast ejendom. Skatterådet tiltrådte SKATs indstilling og begrundelse.

SKM2014.107.SR er således et eksempel på, at undtagelsen om sædvanlig forretningsmæssig disposition godt kan finde anvendelse på trods af, at selskabet ikke løbende har foretaget dispositioner af tilsvarende karakter med uafhængige tredjemænd. En formodning om at selskabet *ville have foretaget* tilsvarende disposition med uafhængige tredjemænd medførte, at der var tale om sædvanlig forretningsmæssigt disposition. Med henvisning til SKM2013.113.SR kan der alene være tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, såfremt selskabet *sædvanligvis* foretager tilsvarende dispositioner med uafhængige tredjemænd. Denne indskrænkende fortolkning er således modificeret med SKM.2014.107.SR.

⁸¹ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 126

4.4.2 Lån fra pengeinstitutter

Sædvanlige lån fra pengeinstitutter er undtaget fra beskatning, jf. LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt. Pengeinstitutter kan derfor yde lån til dets kapitalejere med bestemmende indflydelse uden disse bliver omfattet af LL § 16 E og således beskattet.

Modsat undtagelsen om sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal lån fra pengeinstitutter alene være sædvanlige, hvorfor der ikke stilles krav om, at de samtidig er forretningsmæssige. Udlån fra pengeinstitutter vil som udgangspunkt altid være sædvanlige, hvorfor pengeinstitutter kan udlåne penge til hovedkapitalejere uden at lånene nødvendigvis er forretningsmæssige for pengeinstituttet selv.

4.4.3 Selvfinansiering

Det følger af LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt., at hovedreglen ikke finder anvendelse på lån til selvfinansiering omfattet af selskabslovens § 206. Derved har lovgiver foretaget en harmonisering af den skatteretlige og selskabsretlige regulering for selvfinansiering.

4.5 Den skattemæssige retsvirkning

Skattemæssigt skelnes der ikke mellem lovlige og ulovlige kapitalejerlån. Yder et selskab et kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævinger uden tilbagebetalingspligt. Det bliver således ikke skattemæssigt betragtet som et lån. Der forekommer derfor en skatteretligt omkvalificering, som har konsekvenser for både långiver og låntager.

4.5.1 Konsekvenser for låntager

Udgangspunktet er, at lån omfattet af LL § 16 E betragtes som maskeret udbytte.⁸² Dermed bliver låntager udbyttebeskattet, da beløbet medregnes i låntagers aktieindkomst, jf. PSL § 4, stk. 1.

Kapitalejerlån kan blive anset for yderligere løn i stedet for udbytte. En omkvalificering fra udbytte til yderligere løn forudsætter, at der er et ansættelsesforhold og at det samlede vederlag – løn og udbytte – ikke er større, end hvad der kan anses for sædvanligt for det udførte arbejde.⁸³ Dette gælder ligeledes, hvis låntager ikke almindeligvis modtager vederlag for sit arbejde. Det betyder, at beløbet medregnes i låntagers personlige indkomst, jf. PSL § 3, stk. 1, og tilsvarende beskattes.

Eftersom lånet efter LL § 16 E betragtes som en hævning uden tilbagebetalingspligt, stiller bestemmelsen ingen krav til tilbagebetaling. Det betyder endvidere, at låntagers renteudgifter ikke er fradragsberettigede.

⁸² Styresignal om aktionærlån, *SKM2014.825.SKAT*, s. 5

⁸³ *Ibid*

4.5.2 Konsekvenser for långiver

De skatteretlige konsekvenser for långiver er delvist afledt af konsekvenserne for låntager. Anses hævnningen skattemæssigt som udbytte, vil selskabet have pligt til at indeholde kildeskat, jf. KSL § 65. Idet der er tale om en udlodning, har selskabet ikke skattemæssigt fradrag for beløbet.

Omkvalificeres kapitalejrlånet derimod til løn vil der for selskabet være tale om en driftsomkostning, hvilket er fradragsberettiget efter Statskatteloven § 6, litra a. Fradragsretten indtræder i det indkomstår, hvor lånet ydes.⁸⁴ Såfremt skatteansættelsen er indleveret for indkomståret, hvor kapitalejrlånet ydes, skal selskabet, for at opnå fradrag, anmode om genoptagelse af skatteansættelsen for det pågældende år.⁸⁵ Tilsvarende ved udbytte har selskabet ved løn pligt til at indeholde kildeskat, henholdsvis A-skat, jf. KSL § 46 samt AM-bidrag, jf. KSL § 49 B.

For at undgå dobbeltbeskatning følger det af LL § 16 E, stk. 2, at ved tilbagebetaling af lån m.v. medregnes det tilbagebetalte ikke ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst. Dog vil eventuelle renteindtægter blive beskattet som et skattepligtigt tilskud hos selskabet.⁸⁶ Omkvalificeres kapitalejrlån til løn, vil selskabet således opnå et *gratis* fradrag. Dette skyldes, at yder et selskab eksempelvis et lån omfattet af LL § 16 E i 2019 og indfrier dette kontant i 2020, har selskabet ingen regnskabsmæssige udgifter i hverken 2019 eller 2020, men har opnået et skattemæssigt fradrag i 2019.

4.5.3 Beskatningstidspunktet

Som tidligere nævnt henviser LL § 16 E til skattelovgivningens almindelige regler, hvorfor behandlingen ligeledes følger de almindelige frister i skattelovgivningen. Såfremt kapitalejrlån skal behandles efter reglerne om løn, skal selskabet, som nævnt ovenfor, indeholde A-skat og AM-bidrag af beløbet. Det følger af opkrævningslovens § 2, stk. 5, at A-skat og AM-bidrag forfalder til betaling den 1. i den måned efter udløbet af kalendermåneden og skal indbetales senest den 10. i den første måned efter udløbet af afregningsperioden. Der skal således ske indeholdelse, indberetning og betaling af skat umiddelbart samtidig med, at kapitalejrlånet opstår.

Behandles kapitalejrlånet efter reglerne om udbytte, skal selskabet indeholde udbytteskat, hvor reglerne for opkrævning følger reglerne for indeholdt A-skat, jf. KSL §§ 66.

Eftersom indeholdelse af såvel A-skat som udbytteskat skal ske senest på udbetalingstidspunktet, vil lån omfattet af LL § 16 E formentlig altid i praksis medføre en overtrædelse af indeholdelsespligten for kildeskat. Hvis overtrædelsen sker ved forsæt eller grov uagtsomhed er straffen bøde efter KSL § 74, stk. 1.

⁸⁴ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 110

⁸⁵ Styresignal om aktionærlån, *SKM2014.825.SKAT*, s. 6

⁸⁶ Styresignal om aktionærlån, *SKM2014.825.SKAT*, s. 4

En overtrædelse af manglende indeholdelse af kildeskat kan ligeledes medføre, at selskabet bliver ansvarlig overfor det offentlige for betaling af det manglende beløb, hvilket betyder, at selskabet hæfter solidarisk for skatten.⁸⁷ Det administrative udgangspunkt synes dog at være, at Skattestyrelsen forsøger at opkræve skatten hos kapitalejeren først, og kravet rettes således alene mod selskabet, såfremt kapitalejeren ikke betaler.

Manglende indeholdelse af kildeskat medfører *ikke*, at selskabet får en gæld til Skattestyrelsen, men alene en hæftelse hertil. Dette er væsentligt, for såfremt det modsatte havde været tilfældet, skulle en manglende indeholdt A-skat eller udbytteskat anses for yderligere lån omfattet af LL § 16 E, grundet selskabets gæld til skattestyrelsen vedrører kapitalejerens private skatter.⁸⁸

⁸⁷ Kruhl & Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, s. 111

⁸⁸ Ibid

5 Analyse af sammenspillet mellem de selskabsretlige og skatteretlige regler for kapitalejerlån

I de foregående to kapitler er der foretaget en gennemgang af de selskabsretlige og skatteretlige regler for kapitalejerlån. På trods af at reglerne regulerer samme forhold finder SL § 210 og LL § 16 E anvendelse uafhængigt af hinanden. Dette kapitel vil derfor indeholde en analytisk sammenligning med fokus på regelsættens ligheder samt forskelle. Kapitlet vil ligeledes indeholde en analyse af de praktiske udfordringer, der opstår i forbindelse med reglernes uoverensstemmelser og fortolkningsforskelle.

5.1 Hovedreglernes omfattede personkreds

De respektive hovedregler indeholder en klar definition af, hvilken personkreds, der er omfattet. Denne definition er ikke ensartet, hvilket vil blive belyst nedenfor.

5.1.1 Långiver

Kredsen af långivere er i selskabsretten er afgrænset til at omfatte alle kapitalselskaber, hvilket efter selskabsloven er aktieselskaber, herunder partnerselskaber, og anpartsselskaber, herunder iværksætterselskaber. Udenlandske indregistrerede selskaber er ikke omfattet af den danske selskabslov, hvorfor disse selskaber ligeledes ikke er omfattet af långiverbegrebet i SL § 210. Modsat omfatter långiverbegrebet i LL § 16 E alle selskaber, danske som udenlandske, samt foreninger, og således både selskaber omfattet og ikke omfattet af selskabsloven. Ydermere er andre danske og udenlandske selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, samt registrerede selskaber med begrænset ansvar, omfattet af långiverbegrebet i LL § 16 E. Den skatteretlige afgrænsning af, hvilke selskaber der kan yde skattepligtige lån og sikkerhedsstillelser skal således ske uafhængigt af den selskabsretlige afgrænsning af ulovlige kapitalejerlån.

Udenlandske selskaber er ikke omfattet af SL § 210, hvorfor udenlandske selskaber frit kan yde lån til danske kapitalejere, såfremt dette er lovligt i de udenlandske selskabers respektive hjemland. Men eftersom udenlandske selskaber er omfattet af LL § 16 E, vil sådanne lån være skattepligtige for de danske kapitalejere med bestemmende indflydelse. Dette gælder, uanset om lånet er selskabsretligt lovligt i det land, hvor det udenlandske selskab er hjemmehørende.

5.1.2 Låntager

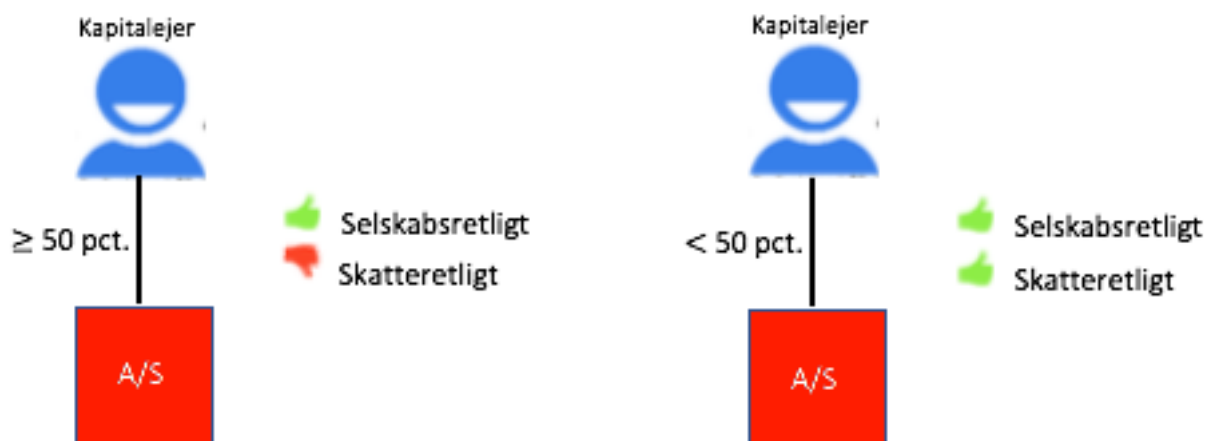
Tilsvarende långiverbegrebet er det selskabs- og skatteretlige låntagerbegreb ikke harmoniseret. Der foreligger således en differentieret forståelse af, hvem der selskabsretligt skal opfylde betingelserne i SL § 210, stk. 2, for lovligt at kunne modtage lån fra selskabet, og hvem der skatteretligt skal beskattes heraf.

Personkredsen omfattet af låntagerbegrebet i SL § 210 er selskabets kapitalejere samt ledelsen herunder direktion, tilsynsråd og bestyrelsesmedlemmer. Bestemmelsen finder ligeledes anvendelse på kapitalejere og ledelsen i selskabets moderselskab samt andre selskaber med bestemmende indflydelse over det långivende selskab. Dermed er såvel fysiske personer som juridiske personer omfattet af det selskabsretlige låntagerbegreb, uanset antallet af kapitalandele. Omvendt omfatter det skatteretlige låntagerbegreb alene fysiske personer, der udøver bestemmende indflydelse over det långivende selskab.

Efter selskabsloven kan et selskab lovligt yde et kapitalejerlån, såfremt betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Kapitalejerlån vil dog efter de skatteretlige regler være skattepligtige for kapitalejere med bestemmende indflydelse. Dette gælder, uanset om der er tale om et lovligt eller ulovligt lån efter selskabsloven, idet beskattningen af lånet sker uafhængigt af de selskabsretlige regler. Derved kan minoritetskapitalejere lovligt modtage skattefrie lån fra selskabet, hvorimod majoritetskapitalejere er skattepligtige af selvsamme lån.

Formålet med LL § 16 E er at fjerne det skattemæssige incitament til at omdøbe hævninger af skattepligtig løn eller udbytte til skattefrie lån. Hertil giver den skatteretlige sondring mellem minoritetskapitalejere og majoritetskapitalejere god mening, idet minoritetskapitalejere ikke kan træffe beslutning herom uden støtte fra majoriteten. Modsat synes det selskabsretlige låntagerbegreb for overreguleret, da den skatteretlige sondring ligeledes vil opfylde formålet med SEL § 210 om at sikre selskabskapitalen.

Figur 3: Uoverensstemmende personkreds



Kilde: Egen tilvirkning.

Låntagerbegrebet i SL § 210 omfatter tilsvarende selskabets ledelse, hvilket ikke er tilfældet i LL § 16 E. Dermed kan ledelsesmedlemmer modtage skattefrie lån fra selskabet, uanset om disse besidder bestemmende indflydelse. Siden vedtagelsen af den betingede lovliggørelse af kapitalejerlån i selskabsloven, kan ledelsesmedlemmer træffe beslutninger om at yde lån uden generalforsamlin-

gens godkendelse, såfremt der er givet bemyndigelse hertil, jf. SL § 210, stk. 2, nr. 2. Det skatteretlige låntagerbegreb blev i forbindelse med vedtagelsen ikke ændret til ligeledes at omfatte selskabets ledelsesmedlemmer, hvorfor formålet med LL § 16 E ikke længere synes opretholdt. Dette skyldes, at ledelsesmedlemmer med bemyndigelse kan træffe beslutning om at yde skattefrie lån i stedet for skattepligtig løn.

5.1.2.1 Juridiske personer

Det følger af LL § 16 E, at denne alene finder anvendelse på fysiske personer, hvorfor der ingen skatteretlige særregler gælder for juridiske personer i relation til kapitalejrlån. Det oprindeligt fremsatte lovforslag omfattede imidlertid beskatning af selskaber, idet lovgiver ønskede at imødegå tilfælde, hvor en hovedkapitalejer ikke får udbetalt lånet direkte fra sit selskab, men indskyder et mellemliggende selskab som formel låntager.⁸⁹ Beskatning af kapitalejrlån mellem koncernforbundne selskaber ville besværliggøre intern finansiering med selskaber i lande, som Danmark ikke har indgået dobbeltbeskatningsaftaler med, hvorfor det oprindelige lovforslag ville ramme bredere end tiltænkt. På baggrund heraf blev lovforslaget ændret, således at LL § 16 E ikke omfatter lån til juridiske personer. Dette anses ligeledes som den mest formålstjenlige løsning, idet skattepligten alene bør indtræde, såfremt selskaber yder lån til dets fysiske kapitalejere.

Selskabsretligt skelnes der ikke mellem fysiske og juridiske personer, hvorfor selskaber også er omfattet af låntagerbegrebet i SL § 210. Lån ydet til moderselskaber er dog undtaget, jf. SL § 211. Eftersom LL § 16 E ikke omfatter juridiske personer, vil selskabsretligt lovlige lån til moderselskaber ikke pålægges uhensigtsmæssig beskatning. Det selskabsretlige og skatteretlige sammenspil er således ensartet på dette område.

Modsat er tilfældet, såfremt der er tale om selskaber, der anses for værende skattemæssigt transparente. Dette skyldes, at der i forhold til LL § 16 E ses igennem det skattetransparente selskab. Udøver en fysisk person derfor bestemmende indflydelse over det långivende selskab, samtidig med at personen er selskabsdeltager i det låntagende transparente selskab, er lånet skattepligtigt efter LL § 16 E. Dette var bl.a. tilfældet i SKM2014.15.SR⁹⁰, hvor skatterådet i sit bindende svar afviste, at anpartsselskabet ville kunne erhverve en andel af fordringen hos kommanditselskabet, uden at forholdet blev omfattet af LL § 16 E. I sagen havde spørger vedlagt en kopi af en mail fra Erhvervsstyrelsen, hvor styrelsen med henvisning til *Selskabsloven med kommentarer* oplyste, at:

”...det antages at lån til et kommanditselskab ikke vil være omfattet af selskabslovens § 210, hvis alene en eller flere af kommanditisterne er kapitalejere i det långivende selskab. Dette forudsætter dog, at formålet med lånet ikke er, at midler skal videreføres til kommanditisterne (dvs. kapitalejeren i det långivende selskab).”⁹¹

⁸⁹ Betænkning til L 199, s. 3

⁹⁰ Sagens faktiske forhold er gennemgået i afsnit 4.2.2.1

⁹¹ SKM2014.15.SR, s. 2

På trods af Erhvervsstyrelsens udtagelse om, at sagens forhold ikke selskabsretligt var ulovligt, tiltrådte Skatterådet indstillingen samt begrundelsen om, at lånet var et kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E.

På daværende tidspunkt indeholdte SL § 210 et totalforbud mod kapitalejerlån, men sagen anses stadig for værende relevant, idet sagen illustrerer den manglende harmonisering. Erhvervsstyrelsen argumentation for, at lånet ikke var i strid med daværende SL § 210 følger ikke af SKM2014.15.SR, da denne alene indeholdte et mailuddrag, men sagen tydeliggør, at beskatningen af en hovedkapitalejer ikke påvirkes af den selskabsretlige bedømmelse.

Reglernes uoverensstemmelser vurderes i særdeleshed skærpet efter indførslen af det selskabsretlige betingede forbud. Dette skyldes, at selskaber nu kan yde lovlige lån, såfremt betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt. Ydes lånet imidlertid til en personkreds omfattet af LL § 16 E, vil denne være skattepligtig heraf.

5.1.2.2 *Nærtstående*

Nærtstående er i såvel selskabsretten som skatteretten omfattet af låntagerbegrebet, og definitionen heraf er langt hen ad vejen ens. Efter SL § 210 er definitionen på nærtstående personer, der ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje er knyttet til en af de af forbuddet omfattede personer, eller som på anden måde står den pågældende nær. Skatteretligt defineres nærtstående som den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer, jf. LL § 2, stk. 2. Det skatteretlige begreb er defineret positivt, hvorimod selskabsretten – med betegnelsen *står den pågældende nær* – indeholder en subjektiv vinkel. Som nævnt i afsnit 3.2.2.3 tager denne fortrinsvis sigte på samlevere, men beror altid på en konkret vurdering. Samlevere er ikke omfattet af det skatteretlige låntagerbegreb, hvorfor begrebet nærtstående ikke henviser til en fuldstændig ensartet personkreds.

Den 6. februar 2019 blev lovforslaget L 157 fremsat i Folketinget med forslag til bl.a. ændring af selskabsloven. Lovforslaget er en implementering af EU's direktiv af 17. maj 2017 om ændring af aktionærrettighedsdirektivet. Aktionærrettighedsdirektivet omhandler udøvelse af visse aktionærrettigheder i børsnoterede selskaber. Lovforslaget blev vedtaget den 4. april 2019.

Vedtagelsen medfører en indførelse af SEL § 139 D om væsentlige transaktioner mellem nærtstående parter, hvor stk. 8 indeholder en definition af begrebet nærtstående. Stk. 8 definerer nærtstående parter i overensstemmelse med definitionen i den internationale regnskabsstandard IAS 24, således som denne er vedtaget af Kommissionen i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning om anvendelse af internationale regnskabsstandarder. Vedtagelsen giver forhåbninger om en europæisk harmoniseret definition af begrebet nærtstående i selskabsloven, som ligeledes finder anvendelse på kapitalejerlån i SL § 210. Definitionen i IAS 24 anvendes allerede i ÅRL § 98 c, stk. 2, hvorfor en selskabsretlig vedtagelse heraf ydermere giver forhåbninger om en absolut

harmoniseret definition af nærtstående i dansk ret, således at den selskabsretlige og skatteretlige nærtstående personkreds for kapitalejrlån er ens.

Selskabsretligt har nærtstående alene betydning i forhold til, hvilke personer der er omfattet af forbuddet mod kapitalejrlån. Skatteretligt har nærtstående yderligere betydning, idet disse, foruden at være skattepligtige af kapitalejrlån, tillige indgår i vurderingen af, om der udøves bestemmende indflydelse over det långivende selskab. Dette var eksempelvis tilfældet i SKM2014.663.SR⁹², hvor personen A og dennes ægtefælle tilsammen ejede 100 pct. af anparterne i et selskab, hvilket af Skatterådet blev vurderet til, at A udøvede bestemmende indflydelse over selskabet.

5.2 Dispositioner omfattet af hovedreglerne

I foregående afsnit er der foretaget en analytisk sammenligning af personkredsen omfattet af de selskabsretlige og skatteretlige regler for kapitalejrlån. De to hovedregler har ikke samme opbygning, hvorfor der i dette afsnit foretages en analytisk sammenligning af hvilke dispositioner, der anses for værende kapitalejrlån.

Det følger af SL § 210, stk. 1, 1. pkt., at *”Et kapital selskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed [...]”*. Tilsvarende fremgår direkte og indirekte lån alene af hovedreglen i LL § 16 E, stk. 1, 1. pkt., men suppleres af 3. pkt. hvoraf det følger, at bestemmelsen *”[...] finder tilsvarende anvendelse på sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed.”* Der er således ikke forskel på de oplyste dispositioner i hovedreglerne, hvorfor reglerne her er harmoniseret.

Det bekræftes ligeledes i, at LL § 16 E er inspireret af ordlyden i SL § 210. Formålet er her, at der skal anvendes en bred fortolkning af området for skattepligtige lån på linje med selskabsretlige kapitalejrlån. På trods af denne ensartethed medfører dette ikke nødvendigvis, at fortolkningen af de to lovbestemmelser altid er ens. Dette skyldes, at lovbestemmelserne skal varetage forskellige hensyn, og fortolkningen kan derfor i nogle situationer være forskellig.⁹³ Hertil kan der ikke gives en udtømmende beskrivelse af hvilke dispositioner, der vil være omfattet af beskatning, og hvor fortolkningen af bestemmelserne er forskelligartet. Dermed foreligger der et ønske om at ensrette de selskabsretlige og skatteretlige omfattede dispositioner, men dette er ikke absolut.

⁹² Sagens faktiske forhold er gennemgået i afsnit 4.2.2.2

⁹³ Skatteministerens kommentarer til L 199, s. 3

5.3 Undtagelser til hovedreglerne

Selskabsloven indeholder undtagelser for, hvornår et kapitalejerlån ikke anses for omfattet af forbuddet i SL § 210. Disse undtagelser består af følgende:

- Mulighed for selvfinansiering
- Udlån eller sikkerhedsstillelse for et moderselskab
- Sædvanlig forretningsmæssig disposition
- Lån fra pengeinstitutter
- Medarbejderes erhvervelse af kapitalandele i selskabet

Undtagelserne er nærmere gennemgået i afsnit 3.5.

I forbindelse med etableringen af skattelovgivningen på området, forsøgte lovgiver at sikre, at LL § 16 E ikke medførte skattebetalinger i ovenstående situationer. Lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, lån fra pengeinstitutter og lån til selvfinansiering er derfor positivt undtaget af LL § 16 E. Herved har lovgiver sikret, at der er det nødvendige sammenspil mellem reglerne.

Modsat undtagelserne om lån fra pengeinstitutter og lån til selvfinansiering, er fortolkning essentiel ved undtagelsen om sædvanlig forretningsmæssig disposition. Begrebet sædvanlig forretningsmæssig disposition er ikke veldefineret i et skatteretligt henseende, og hvorvidt lovgivers ønske om et sammenspil mellem reglerne hertil er opnået, analyseres nedenfor.

5.3.1 Sædvanlig forretningsmæssig disposition

Tilsvarende hovedreglernes omfang, er begrebet lån m.v., der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition i LL § 16 E inspireret af selskabslovens § 212. Den selskabsretlige praksis vedrørende denne bestemmelse vil være vejledende ved fortolkning af LL § 16 E, dog medfører dette nødvendigvis ikke, at fortolkningen af de to lovbestemmelser altid vil være ens. Grundlaget for en forskelligartet fortolkning af undtagelsen er hovedreglernes forskellige hensyn. LL § 16 E er til at fjerne incitamentet for at udbetale lån i stedet for skattepligtig løn eller udbytte, mens hensynet bag SL § 210 er at sikre, at selskabets kreditorer eller andre kapitalejere ikke lider et økonomisk tab ved kapitalejerlån. Begge bestemmelser har det til fælles, at de er til for at hindre, at der opstår situationer, hvor en kapitalejer opnår en u hensigtsmæssig økonomisk fordel.

Selskabs- og skatteretligt undtages lån, der opstår som led i kapitalejerens almindelige samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår. Køber en hovedkapitalejer varer eller ydelser fra selskabet på samme vilkår som tredjemænd, anses dette for lovligt efter selskabsretten, og ligeledes skal kapitalejeren ikke beskattes af det mellemværende, der midlertidigt opstår mellem parterne. I sådanne situationer synes fortolkningen af undtagelsen entydig, hvilket ikke med sikkerhed kan siges

at være tilfældet, hvor en hovedkapitalejer erhverver aktiver fra selskabet, som det ikke sædvanligvis handler med. Som det fremgår af afsnit 3.5.3, kan den administrative praksis på selskabslovens område sammenfattes til, at ydes et lån i forbindelse med overdragelse af et aktiv til en kapitalejer, vil lånet som udgangspunkt være lovligt, såfremt lånet er givet i selskabets interesse og på vilkår, der ligeledes kunne være tilbudt en uafhængig tredjemand. Denne fortolkning modsatte Skatterådet i sit bindende svar afgivet i SKM2013.113.SR⁹⁴, hvor Skatterådet kom frem til, at sælgerfinansieringen var skattepligtig. Efter administrativ praksis i forhold til selskabsloven havde denne disposition utvivlsomt været lovlig. Skatterådets begrundelse var, at selskabet ikke løbende foretog dispositioner af denne karakter med uafhængige tredjemænd, hvilket bygger på en snæver fortolkning af selskabsloven i strid med dennes langvarige praksis. Skatterådets bindende svar illustrerer, at den selskabsretlige og skatteretlige fortolkning af begrebet sædvanlig forretningsmæssig disposition ikke er ensartet ved enkeltstående dispositioner.

Skatterådets indskrænkende fortolkning af selskabsloven blev modificeret i et bindende svar afgivet i SKM2014.107.SR⁹⁵, hvor formodningen om at selskabet *ville have foretaget* tilsvarende disposition med afhængig tredjemand resulterede i, at der var tale om sædvanlig forretningsmæssig disposition. Efter modificeringen er der anlagt en mere ensrettet selskabs- og skatteretlige fortolkning, idet sædvanlige forretningsmæssige dispositioner efter selskabsloven bygger på en konkret vurdering, hvilket efter SKM2014.197.SR ligeledes er det skatteretlige udgangspunkt. Selvom det er nævnt i lovbemærkningerne til LL § 16 E, at der kan være forskel på det selskabs- og skatteretlige indhold af begrebet *sædvanlig forretningsmæssig disposition* synes det givetvis ikke at være hensigten at beskatte dispositioner, som selskabsretligt anses for at ligge indenfor § 212 og som altså selskabsretligt er lovlige dispositioner og ikke ulovlige kapitalejerlån. Det var trods alt kun for at komme en del af de alt for mange ulovlige kapitalejerlån til liv, at ligningslovens § 16 E blev indført – ikke for yderligere at skærpe den skatteretlige fortolkning i forhold til den selskabsretlige afgrænsning af, hvad der er et ulovligt kapitalejerlån. Derfor synes en ensrettet fortolkning af begrebet mest formålstjenlig.

På trods af at den selskabs- og skatteretlige administrative praksis synes at anvende en ensrettet fortolkning af begrebet sædvanlig forretningsmæssig disposition, er dette ikke absolut. En endelig konklusion heraf kan således alene stadfæstes, såfremt samme sag behandles af såvel Erhvervsstyrelsen som Skattestyrelsen. Dette skyldes, at den administrative praksis varetages af to uafhængige styrelser, der besidder forskellige baggrunde, hvorfor fortolkningen af begrebet ligeledes vil være differentieret.

⁹⁴ Sagens faktisk forhold er gennemgået i afsnit 3.5.3

⁹⁵ Sagens faktiske forhold er gennemgået i afsnit 3.5.3

5.4 Sanktioner

På trods af at SL § 210 og LL § 16 E begge regulerer kapitalejerlån, er sanktioneringen heraf ikke ensartet. Efter selskabsloven kan et kapitalejerlån enten være lovligt eller ulovligt. Efter SL § 215 skal et ulovligt kapitalejerlån tilbageføres til selskabet plus et rentetillæg. Kapitalejerlån, der opfylder betingelserne i SL § 210, stk. 2, er lovlige og skal tilbagebetales efter de aftalte vilkår.

Modsat skelnes der skatteretligt ikke mellem lovlige og ulovlige lån – enten er lånet omfattet af LL § 16 E og ellers er det ikke. Lån omfattet af LL § 16 E skal beskattes efter skattelovgivningens almindelige regler om hævning uden tilbagebetalingspligt. Der sker således en skatteretlig omkvalificering fra lån til enten løn eller udbytte. Denne omkvalificering sker uanset om lånet er lovligt eller ulovligt efter de selskabsretlige regler. Eftersom ligningsloven finder anvendelse uafhængigt af selskabsloven, er der i LL § 16 E, stk. 2 indarbejdet en bestemmelse, der regulerer behandlingen af et tilbagebetalt lån. Det følger heraf, at det tilbagebetalte lån ikke medregnes ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst. Eventuelle renteindtægter vil dog blive beskattet som et skattepligtigt tilskud hos selskabet.

Den selskabs- og skatteretlige sanktionering er således ikke overensstemmende. Selskabsretligt lovlige lån kan pålægges beskatning og modsat kan selskabsretligt ulovlige lån være skattefrie, såfremt lånet ikke er omfattet af LL § 16 E.

6 Reglernes virkning i praksis

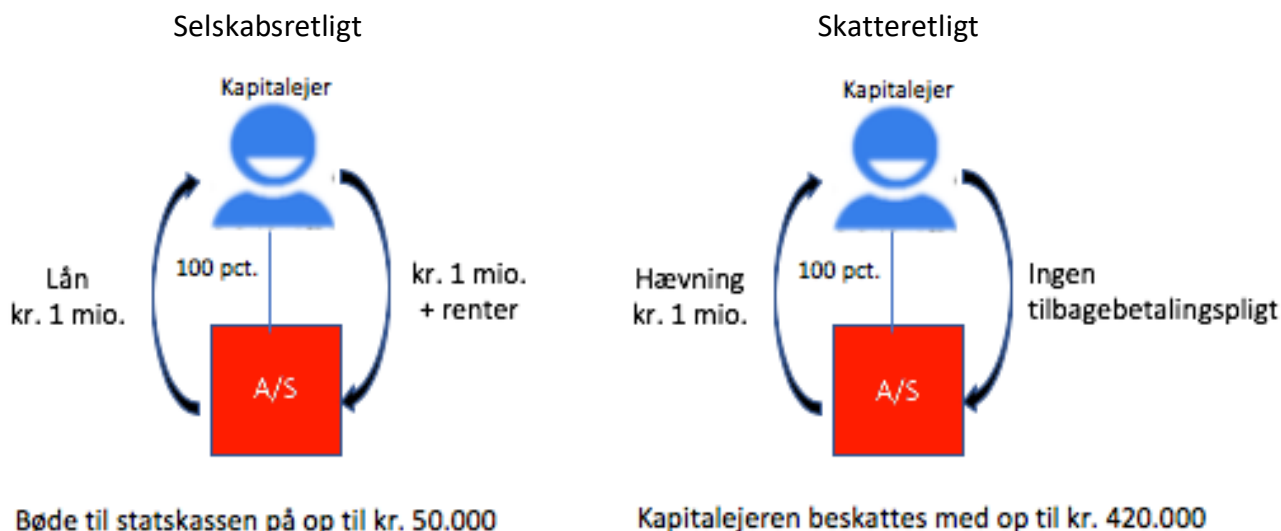
6.1 Dobbeltbeskatning

Uanset om der selskabsretligt er tale om et lovligt eller ulovligt kapitalejrlån, anses lånet altid som et lån, der skal tilbagebetales. På trods af at en kapitalejer tilbagebetaler sin gæld til selskabet, skal denne stadig beskattes af hævnningen. Dette fremgår direkte af lovbemærkningerne til LL § 16 E:

”Selv om der civilretligt fortsat kan være tale om et ulovligt aktionærlån, der skal tilbagebetales, vil en tilbagebetaling af det ulovlige lån ikke føre til en genoptagelse af beskattningen af lånet hos aktionæren. Dette svarer til, at det ikke er muligt at ophæve beskattningen ved tilbagebetaling af løn eller udbytte.”⁹⁶

Kapitalejrlån, der ikke opfylder betingelserne i SL § 210, stk. 2, er ulovlige. Denne overtrædelse er som tidligere nævnt strafsanktioneret i SL § 367, hvoraf følger, at overtrædelsen kan straffes med bøde. Bøden udgør 5 pct. af lånet med tillæg af lovpligtige renter.⁹⁷ Såfremt lånet imidlertid er tilbagebetalt inden for den 6-ugers frist, Erhvervsstyrelsen har givet for tilbagebetaling af lånet til selskabet, reduceres bøden til 2,5 pct. Det betyder, at ydes der eksempelvis et ulovligt kapitalejrlån på kr. 1 mio., medfører dette en bøde på 50.000 kr., og lånet skal ligeledes tilbagebetales til selskabet med renter. Efter indførelsen af LL § 16 E kan der reelt ske en forhøjelse af bødestraffen med op til 42. procentpoint. Dette skyldes, at kapitalejrlånet behandles som en hævnning uden tilbagebetalingspligt og således omkvalificeres til enten løn eller udbytte. I eksemplet vil dette således medføre en beskatning på op til kr. 420.000, hvilket er illustreret i nedenstående figur:

Figur 4: Eksempel



Kilde: Egen tilvirkning.

⁹⁶ L 199 2011/12, bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 2, s. 27

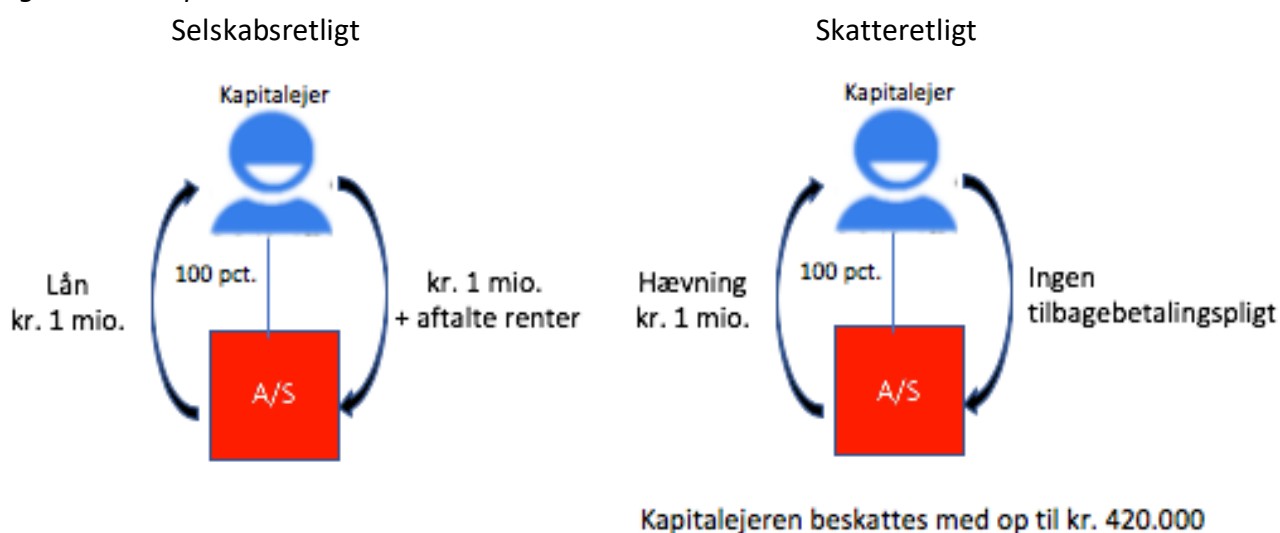
⁹⁷ L 199, bilag 12, s. 2

Eftersom der skatteretligt ikke foreligger et lån, er de pålagte renter efter selskabsloven tillige ikke fradragsberettigede. Faktuelt har kapitalejeren ikke haft en indkomst, idet den skattepligtige indkomst alene opstår som følge af den skattemæssige omkvalificering. Beløbet, der tilfalder statskassen, har således reelt mere karakter af en bøde end en skat.

Det kan af ovenstående eksempel udledes, at såfremt kapitalejeren tilbagebetaler lånet, hvilket er påkrævet efter selskabsloven, kan kapitalejeren ifalde dobbeltbeskatning. Dobbeltbeskatningen består i, at kapitalejeren beskattes ved optagelse af lånet, på trods af at lånet skal tilbagebetales. Udbetales beløbet senere som enten løn eller udbytte til kapitalejeren, vil dette medføre beskatning endnu engang, uagtet at beløbet reelt kun er realiseret én gang.

Under lovprocessen til LL § 16 E påtalte FSR – danske revisorer – denne dobbeltbeskatning. I sit svar hertil anførte Skatteministeren at dobbeltbeskatningen kan undgås ved at undlade at optage lån i selskabet.⁹⁸ Denne betragtning er korrekt, og kan for så vidt forsvares i de tilfælde, hvor et kapitalejerlån er i strid med selskabsloven. Tilsvarende finder LL § 16 E ligeledes anvendelse på selskabsretligt lovlige lån, og her forekommer de skatteretlige konsekvenser fuldstændig ude af proportioner. Opfylder et kapitalejerlån således betingelserne i SL § 210, stk. 2, vil dette alene medføre, at lånet ikke straffes med en bøde efter selskabsloven. Dette er illustreret i nedenstående figur, som tager udgangspunkt i tidligere anvendte eksempel, figur 3.

Figur 5: Eksempel 2



Kilde: Egen tilvirkning

Ovenstående figur illustrerer, at uanset om lånet er selskabsretligt lovligt, beskattes kapitalejeren af en fiktiv indkomst. Tilsvarende kan kapitalejeren dermed ifalde dobbeltbeskatning. I dette tilfælde synes Skatteministerens betragtning fuldstændig urimelig, særligt fordi LL § 16 E i den nuværende

⁹⁸ Høringsskema til L 199, s. 20

form strider mod formålet i SL § 210. Derfor bør skattereglerne ændres, så de som udgangspunkt følger de selskabsretlige regler. Dette blev også anført af DI – Dansk Industri – i forbindelse med lovprocessen, der ydermere foreslog, at skattereglerne skulle ændres, så der primært skete beskatning i tilfælde, hvor det kunne godtgøres, at kapitalejeren ikke havde nogen intention om at tilbagebetale lånet.⁹⁹ Hertil afgav Skatteministeriet bl.a. følgende kommentar:

”Beskatning efter ligningslovens § 16 E sker, uanset om lånet selskabsretlig er lovligt eller ulovligt. Det gælder således allerede i dag, at lånet beskattes, selvom lånet f.eks. er lovligt selskabsretligt efter udenlandske regler.”¹⁰⁰

Skatteministeriet havde under behandlingen af den betingede lovliggørelse således ingen intentioner om at tilpasse skattereglerne, hvilket ligeledes fremgik direkte af lovforslagets bemærkninger.¹⁰¹ Denne manglende tilpasning forekommer uhensigtsmæssig, og gør alene reglerne for kapitalejerlån mere komplekse. Skatteministeriet bør derfor genoverveje denne betragtning.

Den manglende tilpasning af LL § 16 E havde ligeledes konsekvenser for den selskabsretlige overgangsregel. Som nævnt i afsnit 3.6 blev der i forbindelse med selskabslovens betingede lovliggørelse af kapitalejerlån givet mulighed for, at selskaber kunne lovliggøre eksisterende gamle ulovlige lån. Eftersom de skatteretlige regler ikke blev ændret, var det dog i den forbindelse vigtigt at vurdere de skatteretlige konsekvenser heraf. Var lånet ikke oprindeligt blevet beskattet, eftersom det var ydet før den 14. august 2012, hvor LL § 16 E trådte i kraft, risikerede låntager skattepligt af det ellers skattefritagne lån. Dette skyldes, at lovliggørelsen kunne medføre, at lånet blev betragtet som et nyt lån, fordi vilkårene herfor blev ændret eksempelvis ift. afdragsprofil og rentesats.

Overgangsreglen synes som en velgennemtænkt mulighed for at komme de selskabsretligt ulovlige kapitalejerlån til livs, idet reglen netop gav selskaber muligheden for at lovliggøre eksisterende gamle ulovlige lån. Incitamentet hertil fjernes dog, såfremt låntager samtidig pålægges beskatning af lånet, hvilket i sidste ende kan medføre dobbeltbeskatning. Overgangsreglen blev således negativt påvirket af LL § 16 E, hvilket ud fra et samfundsmæssigt synspunkt forekommer uhensigtsmæssigt, idet overgangsreglen netop skulle bevirke, at de tidligere ulovlige blev lovliggjorte.

6.2 Opdagelse af kapitalejerlån

Som nævnt i afsnit 5.4 er den selskabs- og skatteretlige sanktionering af kapitalejerlån uoverensstemmende.

⁹⁹ Høringsnotat vedrørende L 23, s. 5

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ Bemærkninger til L 23 af 2016, s. 8

Såfremt Erhvervsstyrelsen identificerer et kapitalejrlån i strid med SL § 210, er det Erhvervsstyrelsens ansvar at påpege overtrædelsen overfor selskabet. Det ulovlige kapitalejrlån skal efterfølgende indfries og dokumentationen herfor fremsendes til Erhvervsstyrelsen. Ansvar for, at sanktioneringen i henhold til SL håndhæves, påhviler alene Erhvervsstyrelsen.

Tilsvarende gælder, såfremt Skattestyrelsen identificerer et kapitalejrlån omfattet af LL § 16 E. Det er således Skattestyrelsens ansvar at sikre, at sanktioneringen håndhæves, og at kapitalejrlånet dermed beskattes som enten løn eller udbytte. Som beskrevet i afsnit 4.5.3 skal der ske indeholdelse, indberetning og betaling af skat umiddelbart samtidig med, at kapitalejrlånet opstår. I praksis kan udbetalingen af kapitalejrlån og beskattningen heraf dog godt forekomme i to forskellige indkomstår.

Uanset hvilken styrelse, der varetager kapitalejrlånet, er sanktionering alene mulig, såfremt kapitalejrlånene identificeres. Hvorledes identifikationen forekommer i praksis er derfor særdeles relevant og besvares nedenfor.

6.2.1 Revisors rolle

Revisors rolle i forbindelse med kapitalejrlån er en kontrol heraf som en del af revisionen. Det følger af erklæringsbekendtgørelsens¹⁰² § 7, stk. 1, at revisor i revisionspåtegningen af årsrapporten skal give supplerende oplysninger om eventuelle forhold i regnskabet, som revisor påpeger uden at tage forbehold. Supplerende oplysninger foretages i relation til, at ledelsen kan ifalde ansvar, hvis kapitalejrlånet ikke opfylder betingelserne i SL § 210, stk. 2. En supplerende oplysning om et ulovligt kapitalejrlån kan f.eks. lyde som følgende:

”Selskabet har i strid med selskabslovens § 210, stk. 1 ydet et lån til en kapitalejer/ledelsesmedlem, hvorved ledelsen kan ifalde ansvar. Lånet er tilbagebetalt [på eller efter] statusdagen.”

Undlades dette, risikerer revisor at blive idømt en personlig bøde af eksempelvis revisornævnet. Det er således i revisors interesse at påtale alle konstaterede kapitalejrlån.

I praksis kan såvel Erhvervsstyrelsen som Skattestyrelsen således identificere kapitalejrlån ved en gennemgang af selskabers årsrapport, herunder gennemlæsning af revisionspåtegning og supplerende oplysninger herom. Revisors supplerende oplysninger, skal ligeledes fremgå af selskabers selvangivelse. Identificeringen af kapitalejrlån synes derfor mere håndterbar efter digitaliseringen af årsrapportens og selvangivelsen. På baggrund heraf tillægges revisors rolle stor betydning i forbindelse med identifikationen.

¹⁰² Bekendtgørelse om godkendte revisors erklæring af 26. juni 2008

Revision er valgfrit for mindre selskaber i Danmark¹⁰³, hvilket flere selskaber benytter sig af. Dette er problematisk, eftersom kapitalejrlån særligt synes anvendt i mindre selskaber, hvilket netop konstateres ved revision. Under behandlingen af L 199, påpegede FSR – danske revisorer – at flere selskaber formentlig vil fravælge revision for at forhindre, at ulovlige kapitalejrlån bliver opdaget og dermed sanktioneret.¹⁰⁴ Ved at fravælge revision har kapitalejere således mulighed for at undgå sanktionerne efter SL § 210 og LL § 16 E, hvilket medfører en uhensigtsmæssig økonomisk fordel.

6.2.2 Revisors udfordringer med et kompliceret regelsæt

Som nævnt ovenfor spiller revisor en væsentlig rolle i forbindelse med identifikationen af kapitalejrlån. Kapitalejerlån i strid med SL § 210 eller omfattet af LL § 16 E kan i praksis være vanskelige at identificere, hvorfor det er en nødvendighed, at revisor har betydeligt kendskab til reglerne. Under lovbehandlingen af L 199 anførte Corit Advisory i sit hørings svar, at der med LL § 16 E indføres et nyt kompliceret skatteretligt regelsæt,¹⁰⁵ hvilket ligeledes er tydeliggjort i nærværende kandidat-speciale.

I 2015 udkom FSR – danske revisorer – med et 14 sider langt notat om lån til hovedkapitalejere. Det følger af notatet, at revisor skal være opmærksomme på flere forhold, hvorfor kompleksiteten heraf tydeliggøres yderligere. Ydermere er revisor underlagt et ikke ubetydeligt antal formalia inden for det regnskabs-, selskabs- og skattemæssige, som alle skal overholdes, og dermed er der uagtet en risiko for, at revisors identificering af kapitalejrlån er fejlagtig. Er kapitalejrlånet selskabsretligt lovligt eller ulovligt? og er kapitalejrlånet omfattet af LL § 16 E? – Denne identificering er bestemt ikke blevet nemmere efter selskabslovens betingede lovliggørelse, og revisor risikerer derfor at notere noget forkert i revisorpåtegningen.

Flere mindre selskaber fravælger revision, hvorfor regelsættet giver udfordringer i praksis. Eftersom der er tale om et kompliceret regelsæt, selv for revisor, må det forventes, at det samme gør sig gældende for øvrigheden. Kapitalejerlån kan for nogen selskaber således skyldes uvidenhed og manglende forståelse for reglerne. Hertil bidrager mindre selskabers mulighed for at fravælge revision ikke positivt til indsatsen om at komme de selskabsretligt ulovlige kapitalejrlån til livs, og dermed sikre, at reglerne overholdes.

¹⁰³ Det følger af ÅRL § 135, stk. 1, 3. pkt. at *”En virksomhed, der er omfattet af regnskabsklasse B, kan undlade at lade årsregnskabet revidere, hvis virksomheden i 2 på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser, jf. dog stk. 2 og 3:*

- 1) *En balancesum på 4 mio. kr.,*
- 2) *en nettoomsætning på 8 mio. kr. og*
- 3) *et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 12.”*

¹⁰⁴ L 199 bilag 12, s. 3

¹⁰⁵ L 199 bilag 14, s. 2

7 LL § 16 E i kritisk EU-retligt perspektiv

De selskabsretlige regler for kapitalejerlån er blevet voldsomt kritiseret gennem tiden. Kritikken blev ikke mindre efter vedtagelsen af LL § 16 E. Som beskrevet i afsnit 2.1.5 foreligger der ingen EU-retlige forpligtelser relateret til kapitalejerlån, hvorfor reguleringen heraf er overladt til medlemslandene selv. Alligevel stiller EU krav til, at al national lovgivning overholder alle europæiske rammer, hvilke LL § 16 E er kritiseret for ikke at opfylde. Dette kritiske EU-retlige perspektiv behandles nedenfor.

Som tidligere nævnt har Danmark inden for rammerne af Grundloven samt landets internationale forpligtelser, eksempelvis EU, frihed til at udforme landets skatteregler. Det følger af EU-Domstolens kendelse af 30. november 1995 i C-55/94, *Gebhard*, at *”Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser:*

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

National lovgivning, både skatteretlig og anden lovgivning, skal således opfylde ovenstående betingelser, hvilket EU-Domstolen ligeledes har understreget gentagne gange.

Vedtagelsen af LL § 16 E udgør en restriktion mod danske kapitalejere med bestemmende indflydelse i udenlandske selskaber med hjemsted i et EU-land, såfremt selskabslovgivning tillader kapitalejerlån.¹⁰⁶ Opfylder bestemmelsen EU-Domstolens opstillede betingelser i *Gebhard*-sagen, er denne ikke EU-stridig.

EUF-traktatens artikel 18 indeholder et generelt forbud mod diskriminering inden for EU, hvilket ligeledes er en betingelse efter *Gebhard*-dommen. Forbuddet mod diskriminering gælder *”al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet”*. Det er således ikke tilladt at have national lovgivning, som tilgodeser egne selskaber.¹⁰⁷

Ved udarbejdelsen af LL § 16 E har lovgiver tydeligt tilsigtet at undgå modstrid med EU-retten. Beskatningen efter LL § 16 E rammer danske hovedkapitalejere i både danske som udenlandske selskaber. Dermed behandles danske og udenlandske selskaber ens, hvorfor EU-Domstolens første betingelse omhandlende diskrimination er opfyldt. Denne ensartethed er ligeledes anført i motiverne, hvilket antageligt skyldes et ønske om at undgå enhver anklage om EU-stridig forskelsbehandling.

¹⁰⁶ Rønfeldt & Werlauff, *LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning*, s. 2

¹⁰⁷ Hansen & Krenchel, *Dansk selskabsret 1*, s. 2016

Eftersom LL § 16 E udgør en restriktion, skal bestemmelsen ydermere begrundes i tvingende samfundsmæssige hensyn, være egnet til formålet samt proportional. Thomas Rønfeldt og Erik Werlauff mener, det fremgår af EU-Domstolens faste praksis, at hensyn til en statslig beskatningsret og modtagelse af skatteprovenu ikke kan udgøre et samfundsmæssigt hensyn, hvorfor betingelsen herfor ikke er opfyldt.¹⁰⁸ Dette er dog en subjektiv holdning, som ikke med sikkerhed kan siges at være korrekt. Dog fastslog EU-Domstolen i C-321/05, *Kofoed*, at udbytte ikke kunne omkvalificeres og dermed ikke indgå i beregningen af en kontant udligningssum. Begrundelsen herfor var, at der ikke var nogen indicier i sagsakterne, der viste, at det omhandlende udbytte udgjorde en integrerende del af den modydelse, som skulle betales for erhvervelsen, hvilket er en nødvendig forudsætning for at kunne kvalificere det som en kontant udligningssum.¹⁰⁹ Udbytte er således udbytte, og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til noget andet uden velbegrundet belæg herfor. Det er forventeligt, at EU-Domstolen vil anvende samme begrundelse ved en behandling af LL § 16 E, hvorfor lån er lån, og kan ikke vilkårligt omkvalificeres til løn eller udbytte uden gyldig begrundelse. Belægget for omkvalificeringen er, at selskaber ikke skal udbetale skattefrie lån fremfor skattepligtig løn eller udbytte, hvilket utvivlsomt ikke er en gyldig begrundelse, såfremt der foreligger en pålidelig lånaftale mellem selskabet og hovedkapitalejeren. Med henvisning til C-321/05, *kofoed*, synes den skatteretlige omkvalificering, fra lån til udbytte, efter LL § 16 E således at være EU-stridig.

Kapitalejerlån er et uharmoniseret retsområde, hvorfor behandlingen heraf står medlemslandene frit for. Det betyder, at LL § 16 E ved rene danske anliggender frit kan passere uagtet, at den danske selskabslov indeholder en betinget lovliggørelse. Såfremt der er tale om et udenlandsk selskab med hjemsted i EU, er der tale om en grænseoverskridende aktivitet, hvorfor LL § 16 E skal opfylde de EU-retlige forpligtelser.

Problemstillingen omkring LL § 16 E og EU-lovgivningen er endnu ikke prøvet ved en domstol, men det er min vurdering, at LL § 16 E udgør en restriktion. En medlemsstat kan have restriktioner, uden at dette nødvendigvis er i strid med EU-retten, såfremt disse restriktioner kan retfærdiggøres, jf. Gebhard-dommen. Efter min vurdering LL § 16 E i strid med EU-retten, men en endelig afklaring herpå er alene mulig, såfremt der fremstilles en traktatbrudssag herom mod Danmark ved EU-Domstolen. Hvorvidt det sker, må tiden vise.

¹⁰⁸ Rønfeldt & Werlauff, *LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning*, s. 3

¹⁰⁹ C-321/05 præmis 33

8 Konklusion

Kandidatspecialet omhandler kapitalejerlån, herunder samspillet mellem de selskabs- og skatteretlige regler herfor. Kapitallån er et selskabsretligt begreb, der først i 2012 blev en del af skattelovgivningen. Formålet med reglerne i selskabsloven er at beskytte selskabskapitalen og sikre, at selskabets kreditorer og andre kapitalejere ikke lider et økonomisk tab ved kapitalejerlån. Hensynet bag reglerne i skattelovgivningen er at fjerne incitamentet for at udbetale lån i stedet for skattepligtig løn eller udbytte.

Den selskabsretlige regulering af kapitalejerlån har været vekslende gennem tiden, hvor lovgivningen har indeholdt såvel betingede som ubetingede forbud. Tidligere havde lovgiver fokus på at stramme de selskabsretlige regler for kapitalejerlån i håbet om at nedbringe antallet af ulovlige lån. Til støtte herfor vedtog Folketinget i 2012 ydermere LL § 16 E. Det følger af LL § 16 E, at hvis et selskab direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person med bestemmende indflydelse, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt. Tilsvarende gælder på sikkerhedsstillelser og midler, der stilles til rådighed. Kapitalejerlån har således siden 2012 været reguleret selskabs- og skatteretligt uafhængigt af hinanden.

Med lovforslaget L 23 af 2016 skiftede lovgiver dog selskabsretligt fokus. Her var formålet at sikre bedre rammevilkår for selskaber i Danmark, samt øge den finansielle fleksibilitet. I dag er SL § 210 således ikke længere formuleret som et forbud mod kapitalejerlån, men det klare udgangspunkt er fortsat, at kapitalejerlån er ulovlige, medmindre betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Et kapital-selskab må dermed som hovedregel ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere, ledelsen samt disses nærtstående. Til hovedreglen gælder dog enkelte undtagelser for, hvornår et kapitalejerlån er lovligt uafhængigt af de i SL § 210, stk. 2 anførte betingelser. Selvfinsiering, udlån for moderselskabet, lån fra pengeinstitutter, medarbejder erhvervelse af kapitalandele samt sædvanlige forretningsmæssige dispositioner er positivt oplystede undtagelser. Såfremt selskaber yder kapitalejerlån i strid med SL § 210, er det en betingelse i henhold til selskabsloven, at der straks sker en tilbagebetaling heraf inklusiv et efter selskabslovens fastsat rentetillæg.

Tilsvarende selskabsloven er selvfinsiering, lån fra pengeinstitutter samt sædvanlig forretningsmæssig disposition undtaget fra den skatteretlige hovedregel. Særligt undtagelsen om sædvanlig forretningsmæssig disposition medfører problemer i praksis, da denne beror på en konkret vurdering. På trods af at den skatteretlige undtagelse er inspireret af selskabsloven, vil fortolkningen heraf ikke altid være ens, da hovedreglerne varetager forskellige hensyn. Det følger dog af administrativ praksis på området, at Erhvervsstyrelsen og Skattestyrelsen har anlagt en forholdsvis ensartet fortolkning af begrebet sædvanlig forretningsmæssig disposition. Dette synes ligeledes mest formålstjent.

I forbindelse med den selskabsretlige lovændring forblev den skatteretlige behandling af kapitalejerlån uændret. Dette til trods for, at lovgiver under etableringen af skattelovgivningen på området, forsøgte at sikre, at LL § 16 E ikke medførte skattebetaling i de anførte selskabsretlige undtagelsessituationer. Uagtet, at det efter selskabsloven nu er muligt at yde lovlige kapitalejerlån, behandles kapitalejerlån skattemæssigt forsat som en hævning uden tilbagebetalingspligt, og dermed beskattes som enten løn eller udbytte.

Asymmetrien påvirker reglernes sammenspil negativt, og uoverensstemmelserne har i særdeleshed medført udfordringer i praksis. Uanset om der selskabsretligt er tale om et lovligt eller ulovligt kapitalejerlån, anses lånet altid som et lån, der skal tilbagebetales. På trods af at kapitalejeren tilbagebetaler gælden til selskabet, skal denne stadig beskattes af hævningen, uagtet at kapitalejeren rent faktisk ikke har haft en indkomst. Dette skyldes, at den skattepligtige indkomst alene opstår som følge af den skattemæssige omkvalificering. Såfremt kapitalejeren tilbagebetaler det beskattede lån, og lånet på et senere tidspunkt udbetales til kapitalejeren som enten løn eller udbytte, beskattes kapitalejeren tilsvarende heraf. Kapitalejeren ifalder dermed dobbeltbeskatning. De skatteretlige konsekvenser forekommer således ude af proportioner – særligt i de tilfælde, hvor kapital-ejerlånet er lovligt efter selskabsloven.

Resultatet af uoverensstemmelserne mellem SL § 210 og LL § 16 er et komplekst regelsæt, som giver praktiske udfordringer. Selv for revisorer er der tale om et kompliceret regelsæt. Ulovlige kapitalejerlån kan for nogen selskaber således opstå grundet uvidenhed og manglende forståelse for reglerne, hvilket kan medføre alvorlige økonomiske konsekvenser for kapitalejerne.

Det kan af kandidatspecialet konkluderes, at reglernes nuværende form og manglende samspil er uhensigtsmæssig – særligt i praksis. Et komplekst regelsæt bevirker ikke, at reglerne overholdes og problematikken vedrørende ulovlige kapitalejerlån ophører. Såfremt der både ønskes en selskabsretlig og skatteretlig regulering af kapitalejerlån, bør regler derfor harmoniseres.

9 Litteraturliste

9.1 Lovgivning

Bogføringsloven

EUF-traktaten

Kildeskatteloven

Ligningsloven

Opkrævningsloven

Personskatteloven

Selskabsloven

Selskabsskatteloven

Statsskatteloven

Årsregnskabsloven

9.2 Bøger

Christina D. Tvarno og Sarah Maria Denta, *Få styr på metoden*, 2. udgave, Ex Tuto, 2018

Christina D. Tvarno og Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, 5. udgave, Jurist og Økonomforbundetsforlag, 2017

Erik Werlauff, *Selskabsret*, 8. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2010

Erik Werlauff, *Selskabsret*, 10. udgave, Karnov Group Denmark A/S, 2016

Lone L. Hansen & Erik Werlauff, *Den juridiske metode – en introduktion*, 2. udgave, Jurist og Økonomforbundetsforlag, 2016

Martin Christian Kruhl og Ole B. Sørensen, *Kapitalejerlån & Selvfinansiering*, 1. udgave, Karnov Group Denmark, 2014

Poul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret – kapitalselskaber*, 13. udgave, Jurist og Økonomforbundetsforlag, 2017

Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk selskabsret 1*, 5. udgave, Karnov Group Denmark, 2017

Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Dansk selskabsret 2*, 4. udgave, Karnov Group Denmark, 2014

9.3 Rapporter

Betænkning nr. 362 af 1964, Handelsministeriet.

Betænkning nr. 540 af 1969, Handelsministeriet

Betænkning nr. 1498 af 2008, Erhvervs og Selskabsstyrelsen

Den juridiske vejledning, *C.B.3.5.3.3 Aktionærlån*, Skattestyrelsen

Erklæringsbekendtgørelsen, *Bekendtgørelse om godkendte revisors erklæring*, 26.06.2008

FSR – danske revisorer, *Notat om lån til hovedaktionærer*, 15.03.2015

L 23, Forslag til lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven, *Bemærkninger*, 2016

L 23, Forslag til lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven, *Høringsnotat*, 2016

L 157, Forslag til lov om ændring af selskabsloven, lov om kapitalmarkeder, lov om finansiel virksomhed og forskellig andre love, *lovforslag som fremsat*, 2019

L 199, Betænkning over lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, 2012

L 199, Forslag til lov om ændring af ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven, Forslag som fremsat, 2012

L 199, Bilag 2, *Høringsskema*, Skatteministeriet, 2012

L 199, *Bilag 11, Skatteministerens kommentar til Danske Advokaters henvendelse af 28.08.2012*, Skatteministeriet, 2012

L 199, Bilag 12, fra FSR – danske revisorer, 29.08.2012

L 199, Bilag 14, Skatteministerens kommentar til CORIT Advisory P/S' henvendelse af 24.08.2012, Skatteministeriet, 2012

9.4 Afgørelser og bindende svar

C-55/94, *Gebhard*

C-321/05, *Kofoed*

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

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

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

LSR2019.17-0988174

SKM2013.113.SR

SKM2014.15.SR

SKM2014.107.SR

SKM2014.663.SR

SKM2014.712.SR

SKM2014.825.SKAT, *Styresignal om aktionærlån, 2014*

U.1944.598/2ØL

U.1952.30H

U.1985.940/2H

9.5 Artikler og tidsskrifter

Christian Bredtoft Guldmann m.fl., *Aktionærlån – selskabsretligt og skatteretligt*, R&R RR.2014.08.0016

Henrik Kjellerup Bro, *Lovforslag L 199 A: beskatning af aktionær*, Skattefagligt, 2012

Jesper Seehausen, *Betinget lovliggørelse af kapitalejerlån – nye regler med praktiske udfordringer*, Revision og Regnskabsvæsen nr. 2, 2017

Johannes Michelsen, *Selskaber og politik: om selskabslovens politisering*, Politica, 1987

Mette Bøgh Larsen, *Aktionærlån – en foreløbig status på praksis og anvisninger*, SR-SKAT SR.2018.0170

Mette Neville & Erik Werlauff, *Lovlige aktionærlån*, Ugeskrift for Retsvæsen U2003B.201,

Paul Krüger Andersen, *Ophævelse af det danske forbud mod kapitalejerlån m.v.*, Nordisk tidsskrift for selskabsret, 2016

Thomas Rønfeldt og Erik Werlauff, *LL § 16 E i kritisk EU-retligt belysning*, Skattepolitisk oversigt SPO.2013.267

Thorbjørn Helmo Madsen, *Ulovlige lån og skattepligt*, Karnov Group FDR2013.2.4

Bilag 1 – screenshot

Ordoptælling

Statistik:

Sider	65
Ord	20.229
Tegn (uden mellemrum)	122.376
Tegn (med mellemrum)	142.782
Afsnit	667
Linjer	2.173

Medtag fodnoter og slutnoter

Luk