

BESKATNING AF AKTIONÆRLÅN

AF MARK HELLERUP OLSEN & RASMUS SEJER-NIELSEN
KANDIDATSPECIALE OM SELSKABSSKATTERET I DANMARK
ERHVERVSJURA, AALBORG UNIVERSITET, 2013

AALBORG, MAJ 2013
AALBORG UNIVERSITET

ERHVERVSJURA

Emne: Selskabsskatteret

Titel: Beskatning af aktionærlån

English title: Taxation of shareholder loans

Vejleder: Lektor, ph.d. Thomas Rønfeldt

BESKATNING AF AKTIONÆRLÅN

af Mark Hellerup Olsen & Rasmus Sejer-Nielsen

INDHOLDSFORTEGNELSE

INDLEDNING	9
METODE	11
De lege ferenda	11
Retskilder	12
AFGRÆNSNING	13
Lovgivningen før 1973	15
Lovgivningen efter 1973	17
Selskabsreformen 2010	20
Delkonklusion	21
HVAD ER ET ULOVLIGT AKTIONÆRLÅN?	23
LØN ARMSLÆNGDEPRINCIPPET	28
UDBYTTE.....	30
Maskeret udbytte	30
DET NYE LOVFORSLAG, GENNEMGANG AF L 199.....	33
Bestemmende indflydelse.....	38
DE ENKELTE INDKOMST TYPER	42
Udbytte.....	42
Løn	44
Tilskud	47
Hvad forstås der i L 199 ved formuleringen "med videre"?	47
Delkonklusion	48
NÅR AKTIONÆRLÅN ER LOVLIGE I ANDRE LANDE - EN ANALYSE AF DEN INTERNATIONALE PROBLEMSTILLING.....	49
Etableringsretten.....	49
Kapitalens fri bevægelighed	55
Undtagelser til TEUF art. 63	57
Delkonklusion	62
TILBAGEBETALING - EN ANALYSE AF TILBAGEBETALINGSSCENARIET	64
Konkurslovens rolle.....	65
Rentefradrag	67
Delkonklusion	69

STRAFFERETLIGE ASPEKT	70
Delkonklusion	73
KONKLUSION	74
PERSPEKTIVERING - UDFALD AF EN EVENTUEL SAG VED EU-DOMSTOLEN.....	76
ABSTRACT	78
LITTERATURLISTE	79
Bøger.....	79
Artikler.....	79

INDLEDNING

Den globale økonomi er verden over sat under et voldsomt pres. Økonomisk krise er blevet en fast del af den daglige nyhedsdosis, og begrebet anvendes efterhånden uden forbehold af både politikere, økonomer, livstils eksperter og samfundsdebattører, når spørgsmålet omhandler det moderne samfund anno 2013.

Den økonomiske krise er endvidere ikke et fremmed begreb. I Europa, med særlig henvisning til Sydeuropa, ses det, hvorledes krisen i de senere år har gjort sine krav. Historisk høje arbejdsløshedstal og mulige statsbankerotter er pludselig blevet hverdag, og der tegnes således et meget lidt flatterende billede af den, engang så berømte, europæiske økonomi. I henhold til at genetablere en mere stabil økonomi i Europa har EU indført en række nye tiltag, der skal sikre et stabilt indre marked på tværs af medlemsstaternes landegrænser. Dette for at sikre den europæiske økonomi i et fremadrettet perspektiv.

Danmark er altid blevet anset som en stærk nation med høje levevilkår, individuel frihed og et solidt grundlag for økonomisk vækst, men også her har krisen bidt sig fast. For at sikre fremtidens velfærdssamfund er der fra politiske side blevet gennemført et utal af sociale og særligt økonomiske reformer. Vedligeholdelsen af et velfærdssamfund, som det danske, koster imidlertid penge, og pengene skal findes et sted på bunden af den danske statskasse. Der foreligger således et politisk ønske om at finde disse penge andetsteds.

På baggrund af denne situation indførtes bl.a. L199, fremsat den 14. august 2012 af skatteminister Thor Möger Pedersen. I lovforslaget ændres ligningsloven, kursgevinstloven, skattekontrolloven og kildeskatteloven. Af lovforslaget fremgår det, at der i Danmarks kriseår er blevet optaget et stødt stigende antal aktionærlån, som samlet set anslås at have en værdi på ca. 4 mia. kr. Indførelsen af beskatning på denne type lån vil selvsagt afføde en større mængde penge til statskassen.

Dog er spørgsmålet; hvordan vil vedtagelsen af L 199 stemme overens med den gældende EU-ret? Og påvirker L 199 den danske aktionærs rettigheder og aktiviteter set i forhold til et frit indre marked?

I nærværende fremstilling vil lovforslaget L 199 søges beskrevet og analyseret, i henhold til at give et billede af, hvad forslaget indebærer samt hvilken betydning forslaget vil have for den enkelte aktionær. Lovforslagets formål er at fjerne de eksisterende skattemæssige incitamenter, der ligger til grund for at optage aktionærlån fremfor at udbetale vederlag eller udbytte. Aktionærlån skal efter L 199 omkvalificeres således, at de blive betragtet som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Det vil sige, at lånene – i følge lovforslaget - betragtes som enten løn eller udbytte.

Ydermere vil L 199 blive sammenholdt med EU-retten, da det ifølge lovforslaget ikke vil være afgørende, hvorvidt et aktionærlån er ydet af et dansk selskab eller af et udenlandsk datterselskab. Problemstillingen er, i denne sammenhæng, at det i andre EU-lande tillades at optage aktionærlån. L 199 risikerer derfor, at begrænse varer og tjenesteydelsers fri bevægelighed, samt den fri etableringsret. Fremstilling vil beskrive og analysere det EU-retlige aspekt samt hvorvidt, der er tale om et muligt traktatbrud.

METODE

Den juridiske metode skal anskues som en værktøjskasse. Det vil sige, at når en jurist står overfor en given problemstilling, anvender denne en bestemt metode – eller værktøj - til at klassificere, hvorledes problemstillingen skal gribes an.

Denne opgave er primært opbygget med afsæt i den retsdogmatiske metode, idet den retsdogmatiske metode tillader en beskrivelse, fortolkning og systematisering af den gældende ret.

Retsdogmatikken er anvendt da denne betragtes som den bedste metode til at belyse, hvorledes reglerne anvendes, og hvorledes ændringer påvirker de gældende regler. Dertil giver retsdogmatikken ligeledes mulighed for rent praktisk at kunne analysere retstilstanden tilstrækkeligt.

Indledningsvist i denne opgave er de gældende love omkring aktionærlån blevet kortlagt, og efterfølgende er disse blevet beskrevet og forklaret. Herefter er lovene blevet fortolket ud fra et generelt perspektiv og efterfølgende ud fra opgavens konkrete problemstilling . Dette i henhold til at fastlægge, hvordan lovene virker i praksis og hvorledes reglerne ændrer sig. Slutteligt er lovene blevet systematiseret i henhold til praktisk virkning samt forskelle på gamle og nye regler.

De lege ferenda

I tillæg til den retsdogmatiske metode er det ligeledes valgt at anvende ”de lege ferenda” betragtninger – altså hvorledes lovgivningen burde være eller i dette konkrete tilfælde, hvor lovgiver angiveligt har valgt at formulere sig løst. ”De lege ferenda” betragtninger anvendes således til at belyse, hvorledes lovforslaget burde være formuleret, og hvordan den løse formulering bevirker retstilstanden.

Retskilder

For at kunne beskrive en retstilstand er det vigtigt, at de anvendte retskilder er blevet vurderet, og hvorvidt retskilderne er benyttet korrekt. Hermed menes, at man f.eks. skal benytte sig af retskilder, der er anerkendt af andre jurister. I nærværende speciale er der udelukkende blevet anvendt anerkendt litteratur. Dvs. at alt anvendt litteratur, domme osv. er skrevet af uddannede jurister.

AFGRÆNSNING

Nærværende fremstilling er udarbejdet med primært fokus på beskatning af aktionærlån efter indførelsen af L 199. Indførelsen af L 199 i Danmark medfører en lange række konsekvenser, der ikke alle vil blive behandlet i det følgende. Nedenfor opstilles en kort emnebeskrivelse og opgaveafgrænsning.

Indledningsvist beskrives udviklingen af aktionærlånsbestemmelserne i Selskabslovgivningen. Udviklingen er blevet beskrevet uden dybdegående analyse af bestemmelsernes skiftende udformning. Lovgivers hensigt er imidlertid medtaget under de punkter i afsnittet, hvor dette findes relevant.

Armslængdeprincippet er kort analyseret. Hovedvægten er lagt på armslængdeprincippet og der skeles blot til transfer pricing-problematikken, der således ikke vil blive behandlet udtømmende i nærværende fremstilling. Dette sker, da transfer pricing ikke findes relevant i forhold til aktionærlånsbeskatning.

I forhold til beskrivelse af L 199 og den indførte beskatning, er lovforslaget behandlet ret omfangsrigt, mens de enkelte indkomsttyper og beskatningen heraf er behandlet mere generelt. Det er for nærværende fravalgt at give en fuldstændig analyse af indkomst beskatning, hvordan denne pålægges, udregnes og så videre, da denne indgangsvinkel anses for uvæsentlig og for vidtrækkende. Den mest basale praktik for indkomstbeskatning er imidlertid blevet beskrevet med få essentielle regneeksempler.

EU-problematikken er blevet beskrevet og analyseret i forhold til de EU-retlige friheder. En dybdegående beskrivelse samt analyse af disse er ikke medtaget, og frihederne er således kun blevet behandlet i henhold til aktionærlån. Fokus er blevet rettet mod L 199, samt hvorledes den nye lovgivning er i strid med de EU-retlige friheder. Dertil er en gennemgang af de almene hensyn heller ikke medtaget. Almene hensyn kan umiddelbart forsvare begrænsninger i de nævnte friheder, men det vurderes, at almene

hensyn ikke kan forsvare L 199, og det er derfor blevet udeladt.

I forhold til det EU-retlige aspekt er der ikke givet en nærmere teknisk forklaring af, hvorledes midler kan flyttes skattefrit fra et dansk moderselskab til et datterselskab i et andet EU-land. Det nævnes blot, hvilke direktiver i EU-retten, der giver mulighed for den skattefrie flytning af midlerne.

Problemstillingen omkring tilbagebetaling er blevet analyseret med fokus på, hvordan aktionæren står stillet i tilfælde af konkurs, og tilbagebetalingskravet ender ved kurator, der forlanger aktionæren at tilbagebetale hovedstolen. I den sammenhæng beskrives blot det givne scenarie, hvormed de konkursretlige problemstillinger således ikke bliver beskrevet eller analyseret.

Med hensyn til det strafferetlige aspekt og den strafferetlige sanktionering i henhold til overskridelse af de skatteretlige regler, er der en omfattende gennemgang af hele den skattestrafferetlig praksis udeladt. En sådan gennemgang findes for omfangsrig i forhold til denne fremstillingens hovedemne. Fokus ligger således på de regler og love som gælder ved manglende indeholdelse af kildeskat, samt fejlagtig eller ukorrekt selvangivelse fra aktionæren/den skattepligtige. Forbuddet mod selvinkriminering i strafferetlig perspektiv er kun nævnt som en mulig problemstilling i forhold til SKATs beskatning af aktionærlån, og derfor er selvinkriminering som begreb ikke blevet analyseret eller beskrevet.

Ovenstående afgrænsning af de enkelte hovedafsnit opridser, hvorledes der i nærværende fremstilling er fokus på at sammenholde L 199 og indførelsen af beskatning på aktionærlån med nationale og EU-retlige regler. Intentionen er at give et svar på, hvordan lånene skal beskattes efter national ret, og hvorledes bestemmelsen i LL § 16 E muligvis strider mod de EU-retlige friheder. Det er derfor undladt at gå for omfattende til værks med hensyn til de enkelte begreber og bestemmelser, som ikke direkte påvirkes af L 199. Således fokuserer analysen primært på de mest relevante bestemmelser i forhold til beskatning af aktionærlån, såsom løn eller udbytte.

HISTORIK

Lovgivningen før 1973

Den danske aktieselskabslov (efterfølgende benævnt som ASL) af 1917 var den første af sin slags herhjemme. Loven hentede sin inspiration i den svenske, norske og tyske aktieselskabs-lovgivning. Den var hovedsageligt rettet mod selskabernes eksterne forhold, hvilket medførte en række mangler, da der blandt andet ingen regler var for opkøb af egne aktier. Denne mangel medførte udhuling af flere selskabers kapital og sluttelig blev det deres endeligt. Derfor blev en ny og mere omfangsrig lov udarbejdet i 1930 . ASL af 1930 havde et bredere anvendelsesområde og flere af principperne fra dengang er videreført i lovgivningen helt frem til den lovgivning, vi kender i dag.¹

I 1952 blev ASL af 1930 ændret, blandt andet på baggrund af en række domme fra den mellemliggende periode, hvor der ikke havde været tilstrækkelig hjemmel i den dagældende lovgivning til at statuere ulovlige aktionærlån². Der blev på trods af den manglende hjemmel praktiseret, som om der var et forbud mod aktionærlån³. Dette ses blandt andet i højesteretsdommen U.1952.30 H. Dommen omhandlede en hovedaktionærs reducere af aktiekapitalen, således at denne lå under mindstekravet. Der var dog ikke hjemmel i den daværende aktieselskabslov, til at erklære dispositionen for ulovlig. Lovgiver mente derfor ikke, at der i lovgivningen var tilstrækkelig garanti for selskabskapitalen. De mulige skyldforhold, der kunne opstå på baggrund af dette lovgivningshul, kunne medføre tab for selskaberne til skade for eventuelle kreditorer samt de øvrige aktionærer.

Derfor indskrev man en række nye bestemmelser i aktieselskabsloven. I forbindelse med indførelsen af disse nye bestemmelser nåede folketingsudvalget frem til følgende; at der i udvalget var enighed om, at udlån til aktionærer, bestyrelsesmedlemmer eller medlemmer af direktionen kunne føre til misbrug af selskabets midler til skade for

¹ Erik Werlauff, Selskabsret, 8. udgave, s. 35-36.

² H.B. Krenchel, Håndbog i dansk aktieret, 2. udgave, s. 197.

³ LFF 1982.04.28 nr. 119, se bemærkningerne til nr. 59.

blandt andet kreditorer og øvrige aktionærer i selskabet. Ydermere udtalte udvalget også, at de anså problemet for mest relevant i forhold til ikke-børsnoterede selskaber, hvorfor loven kun skulle gælde for denne type selskaber, mens de øvrige selskabstyper ikke skulle være omfattet⁴. Loven fra 1930, jf. LBKG 1952-06-07 nr. 232, havde følgende ordlyd, for de indførte bestemmelser vedrørende aktionærlån:

§ 45a

Et aktieselskab, hvis aktier ikke er genstand for offentlig kursnotering, må ikke yde lån af penge eller pengeeffekter til personer, der i selskabets aktiebog er noteret som aktionærer i selskabet eller i øvrigt er bestyrelsen bekendt som aktionærer, eller til personer, der er medlemmer af selskabets bestyrelse eller direktion. Såfremt en person, der er låntager i et sådant selskab, og som ikke allerede er aktionær i selskabet, af omsætningsvejen erhverver aktier i selskabet, skal det ydede lån opsiges med korteste kontraktmæssige varsel.

§45b

Lån af penge eller pengeeffekter, som et aktieselskab måtte have ydet til nogen, der i selskabets aktiebog er noteret som aktionærer i selskabet eller i øvrigt er bestyrelsen bekendt som aktionær, eller til medlemmer af selskabets bestyrelse eller direktion, skal opføres på en særlig konto i selskabets årsregnskab.

§45c

Bestemmelserne i §§ 45a og 45b kommer ikke til anvendelse på bankaktieselskaber og forsikrings-aktieselskaber.

⁴ H.B. Krenchel, Håndbog i dansk aktieret, 2. udgave, s. 198-199.

Som det fremgår af bestemmelserne blev selskaberne opdelt i 3 kategorier, nemlig offentlige kursnoterede selskaber (børsnoterede), ikke-offentlige kursnoterede selskaber (ikke-børsnoterede) samt forsikrings og bankaktieselskaber. Denne opdeling afgjorde, hvorvidt aktionærlån var henholdsvis lovlige eller ulovlige. Forbuddet mod optagelse af aktionærlån gjaldt således kun for de ikke-offentlige kursnoterede selskaber (ikke-børsnoterede selskaber).

Denne differentiering blev fjernet med de nye⁵ love i 1973. Ændringen fremgår af forarbejderne til aktieselskabsloven af 1973 – på daværende tidspunkt diskuteres det om det var at gå for vidt, med et absolut forbud mod aktionærlån i ikke-børsnoterede selskaber. Samtidig var det uhensigtsmæssigt ikke at medtage de børsnoterede selskaber til de selskaber for hvem, lånene var ulovlige⁶. Konsekvensen af ændringen følger i afsnittet om lovgivningen efter 1973.

Lovgivningen efter 1973

Forbuddet mod aktionærlån, som det er udformet i nutidens selskabslovgivning, har sin oprindelse i aktie- og anpartsselskabslovgivningen (ApSL) fra 1973, hvor ApSL § 84, stk. 1⁷ og ASL § 115, stk. 1⁸ foreskrev, at lån til anpartshavere eller aktionærer samt direktører og bestyrelsesmedlemmer kun måtte forekomme såfremt, at der var en betryggende sikkerhedsstillelse for det pågældende lån. Denne formulering af bestemmelserne er efterfølgende ændret, jf. nedenfor, men hensigten har været den samme – nemlig at undgå udhuling af selskabernes kapital.

Reglerne vedrørende aktionærlån var i ASL 1973 formuleret som følger:

⁵ Loven blev opdelt i en aktie- og anpartsselskabslov.

⁶ LFF 1973-01-31 nr. 171, se de specielle bemærkningerne til § 115.

⁷ L 1973-06-13 nr 371.

⁸ L 1973-06-13 nr 370.

§ 115.

Ydelse af lån til eller sikkerhedsstillelse for aktionærer, anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller dets moderselskab må kun finde sted mod betryggende sikkerhed og alene i det omfang, hvori selskabets egenkapital overstiger den bundne egenkapital. Selskabets sikkerhedsstillelse er dog bindende, medmindre medkontrahenten havde kendskab til, at sikkerheden var stillet i strid med foranstående.

Stk. 2. I bestyrelsens protokol skal der gøres bemærkning om ethvert i henhold til stk. 1 ydet lån og enhver sikkerhedsstillelse.

Stk. 3. Bestemmelserne i stk. 1 gælder ikke lån til et moderselskab og sikkerhedsstillelse for et moderselskabs forpligtelser. Ej heller finder bestemmelserne anvendelse på banker.

Stk. 4. Et selskab må ikke yde lån til finansiering af erhvervelse af aktier i selskabet eller aktier eller anparter i dets moderselskab. Ej heller må selskabet stille sikkerhed i forbindelse med sådan erhvervelse.⁹

Den tilsvarende bestemmelse i anpartsselskabsloven var med undtagelse af enkelte, sproglige tilpasninger identisk med ASL § 115. Denne sproglige lighed mellem bestemmelserne blev opretholdt helt frem til den nye selskabslovs indtræden.

Med ovenstående udformning af aktionærlåns bestemmelsen gjordes der op med formuleringen i loven fra 1930, i det man helt fjernede forskellen mellem børs- og ikke-børsnoterede selskaber, da lovgiver ikke mente, at det var gavnligt med et total forbud

⁹ L 1973-06-13 nr. 370.

for ikke børsnoterede selskaber. I det der også i denne type af selskaber kunne være behov for at optage lån til gavn for såvel selskabet som dets aktionærer. Med den nye bestemmelse blev det muligt at optage aktionærlån såfremt, at der kunne opnås betryggende sikkerhed for lånet. Denne sikkerhed kunne eksempelvis opnås gennem en garantistiller. Forarbejderne til loven nævnte ikke nærmere, hvad der skulle forstås ved betryggende sikkerhed, men udtalte, at lånet skulle være forsvarligt sikret i forhold til låntagers økonomiske formåen¹⁰. Der var, jf. det ovenstående, ikke tale om et absolut låneforbud, men et forbud mod at optage lån såfremt, at det ikke skete på vilkårene i bestemmelsen. I visse tilfælde gjaldt et egentlig forbud, eksempelvis for selskabets revisor jf. ASL 1973 § 85, stk. 3¹¹.

Loven fra 1973 blev ændret i 1982¹², hvor formuleringen af § 115 vedrørende aktionærlån blev ændret således, at det ikke længere var muligt at optage lån mod tilstrækkelig sikkerhed. Denne mulighed blev fjernet i såvel anparts- som aktieselskabsloven. Af bemærkningerne til nr. 59 og 60 i LFF 1982.04.28 nr. 119 fremgår det, at der gennem tiden har været en skiftende holdning til aktionærlånene, og derfor forsøgte det med ændringen i 1982 at tilpasse bestemmelsen i aktieselskabsloven yderligere. Således fjernede lovgiver muligheden for at optage lån mod sikkerhed i selskabet. Dette skete som følge af en række uheldige udfald i forhold til aktionærlån, hvor aktionærer gennem lånene reelt havde tømt selskabet for kapital. Det fremgår af lovforslaget at lånene blev optaget uden skelen til selskabernes erhvervsmæssige formål, da lånene normalvis ikke var en del af selskabernes vanlige erhvervsområde. Med lovforslaget forbød lovgiver aktionærlån for aktionærer, direktører, anpartshavere samt bestyrelsesmedlemmer i såvel moder- som datterselskabs regi. Men der indførtes ikke på daværende tidspunkt et forbud mod sådanne lån til fordel for ovenstående personers ægtefæller eller andre nærtstående – sådan fremgik det af det første udkast til loven LFF 1982-04-28 nr. 119. I det endelig

¹⁰ LFF 1973-01-31 nr. 171, se de specielle bemærkningerne til § 115.

¹¹ LFF 1973-01-31 nr. 171, se de specielle bemærkningerne til § 115.

¹² Jf. L 1982-06-09 nr. 282.

lovforlag og den deraf følgende lov fulgte det, at også ægtefæller og nærtstående var omfattet af bestemmelsen, jf. L 1982-06-09 nr. 282.

Lovgiver ønskede at se bestemmelsen an, inden eventuelle yderligere stramninger skulle indføres. Bestemmelsen i 1982 var efter sin formulering kun gældende for personer, der på lånetidspunktet var aktionærer i selskabet¹³.

Formuleringen af bestemmelsen, som den blev affattet efter ændringen i 1982 blev opretholdt helt frem til den seneste ændring af aktieselskabsloven i 2006¹⁴, og videre frem til aktieselskabslovens ophør med den nye selskabsreform og deraf følgende lov.

Bestemmelserne i anpartsselskabsloven vedrørende lånene blev ligeledes ændret i 1982, jf. L 1982 282, som det fremgår af noten til L 1991-02-25 nr. 660. Bestemmelsen fremgik på det pågældende tidspunkt af lovens § 84, men blev senere flyttet til § 49 med forenklingen af anpartsselskabsloven, jf. LFF 1996-02-01 nr. 199.

Selskabsreformen 2010

Med selskabsreformen i 2010 blev aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven fusioneret sammen til én samlet lov; selskabsloven (SEL). Denne fastlægger herefter reglerne for kapitalselskaberne. Det er her den centrale bestemmelse vedrørende aktionærlån findes, jf. SEL § 210, der fastslår, at aktionærlån er ulovlige og lyder som følger:

”Et kapitalselskab må ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, jf. dog §§ 211-214. Tilsvarende gælder i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksomheder end moderselskaber, der har

¹³ LFF 1982-04-28 nr. 119, se bemærkningerne til de enkelte bestemmelser, til nr. 59 og 60.

¹⁴ LBKG 2006-06-15 nr. 649.

bestemmende indflydelse over selskabet. 1. pkt. gælder også personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.

Stk. 2. Et kapitalselskab kan dog uanset stk. 1 yde den i stk. 1 nævnte økonomiske bistand, hvis der er tale om selvfinansiering, jf. reglerne i §§ 206-209.”

Som det fremgår af lovforslaget for den nye selskabslov, så er bestemmelsen vedrørende aktionærlån tiltænkt, som en videreførelse af de tidligere regler fra aktie- og anpartsselskabslovene, som de blev formuleret i 1982. Samtidig slås det også fast, at reglerne alene tidligere har haft national oprindelse og altså ikke er en del af EU-lovgivningen. Da det kun er de færreste EU-lande, der har et egentlig forbud mod aktionærlån ansås det, også fra dansk side, for nødvendigt at regulere lidt i den nye lovgivning. Derfor tillades aktionærlån i nogen grad, som det også fremgår af ovenstående bestemmelse, jf. stk. 2. Såfremt reglerne i §§ 206-209 er overholdt, tillades aktionærlån. Denne adgang til at optage lån i selskabet er indført med udgangspunkt i de restriktionsbestemmelser, som følger af direktiv 2006/68/EF, hvor artikel 23 opstiller en række regler for selvfinansiering. Det er op til ledelsen i selskabet at påse, at disse betingelser er opfyldt i forbindelse med udlån¹⁵. Hvis ikke reglerne er overholdt, eller der på anden måde er tale om et ulovligt aktionærlån, er der lige som med tidligere gældende regler i aktie- og anpartsselskabslovene mulighed for at kræve lånene tilbagebetalt, jf. SEL § 215, stk. 1.

Delkonklusion

Der er sket en udvikling i såvel lovens ordlyd, som lovens omfang. Således var det i perioden fra 1917-1930 lovligt at låne penge i eget selskab. I perioden fra 1930-1952

¹⁵ LFF 2009-03-25 nr. 170.

var det også lovligt, dog var praksis divagerende i forhold til hjemmelen på området. Fra 1952 frem til 1973 blev der indført et delvist forbud mod aktionærlån for ikke-børsnoterede selskaber. Denne begrænsning blev fjernet igen i 1973, hvor lovgiver tillod aktionærlån såfremt, at der blev stillet en betryggende sikkerhed. I 1982 blev reglen igen ændret, her indførtes et strengere forbud mod aktionærlån og det var således ikke længere muligt at optage aktionærlån mod sikkerhed. Denne formulering af bestemmelsen forblev uændret frem til den seneste revidering af lovgivningen i 2006. Fra 2010 er bestemmelserne vedrørende aktionærlån igen ændret, som det fremgår af afsnittet ovenfor.

Det kan således konkluderes, at der fra 1917 og frem til i dag – fra lovgivers side – har ønsket at begrænse/forbyde aktionærlån. Dog har det alligevel været muligt i et begrænset omfang at optage aktionærlån. Lovgiver har haft to hensyn, som skulle fungere i samspil, hvor lovgiver skulle varetage såvel den enkelte aktionærs interesse, som selskabets interesse. Der har altså på intet tidspunkt været tale om et absolut forbud mod aktionærlån, men reglerne på området er i højere grad gået mod et sådant, i henhold til at forhindre en nedbrydning af selskabets kapital og overlevelsesmulighed.

En undersøgelse foretaget af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer (FSR) i 2011 viser en voldsom udvikling i antallet af ulovlige aktionærlån fra 2006 til 2010, antallet er gået 8.705 lån til 15.657 – næsten en doubling i antallet på 5 år¹⁶. Efterfølgende har et øget fokus ikke afhjulpet ”problemet”, da der i 2011 og 2012 stadig ses en stigning i antallet af disse lån. Derfor tyder noget på, at lovgivningen i nogen grad i perioden ikke har svaret til den samtidige udvikling i selskabssfæren. Stigningen kunne også være et udtryk for revisorernes øgede opmærksomhed på aktionærlån, som følge af den finansielle krise. Uanset, så er det forståeligt, at lovgiver og især SKAT har haft et ønske om, at indføre beskatning på ulovlige aktionærlån ud fra et fiskalt synspunkt.

¹⁶ Se FSR – danske revisorer, pressemeddelelser 2012, 17.10.2012.

HVAD ER ET ULOVLIGT AKTIONÆRLÅN?

Aktionærlånene opstår typisk jf. L 199 på følgende tre måder: a) ved, at aktionæren enten hæver egentlige pengelån i sit selskab, b) ved, at aktionæren løbende hæver beløb i selskabet til at finansiere sit privatforbrug (mellemregningskonti) eller c) ved, at aktionæren handler med sit selskab – det være sig egentlige køb fra selskabet, udstedelse af fordringer eller lignende.

Formålet med lovforslaget er at fjerne de skattemæssige incitamenter, der måtte være til at optage et aktionærlån. Det fremgår af lovforslaget, at der ikke skelnes mellem, hvorvidt lånet er lovligt eller ulovligt. Problemstillingen har før været, at aktionærlån optages udelukkende med det formål at finansiere privatforbrug, og SKAT ønsker at beskatte ved lånets optagelse, lovligt eller ej.

Lovforslaget vil kun regulere forholdet til en aktionær med bestemmende indflydelse eller med anden nær relation, som er omfattet af LL § 2.

Dermed kan det konkluderes, at lovforslaget ikke vil ramme alle aktionærlån, da forbuddet i SEL § 210 ikke begrænser sig til aktionærer med kvalificeret tilknytning. Lovforslaget omfatter aktionærlån i bredere forstand end SEL § 210, idet lovforslaget ikke skelner mellem aktionærlån fra danske selskaber og aktionærlån fra udenlandske selskaber, hvor aktionæren er bosiddende i Danmark.

Aktionærlån er som hovedregel ulovlige jf. SEL § 210, med undtagelse af reglerne om lovlig selvfinansiering, jf. SEL § 206. Der er en række kriterier i selskabsloven, der skal være opfyldt før end lånene til lovlig selvfinansiering kan godkendes. Reglerne følger af SEL §§ 207-209 og omfatter blandt andet en godkendelse fra bestyrelsens side, samt en række yderligere sikkerhedskriterier, der skal sikre, at de lovlige lån er forsvarlige.

Som det fremgår af afsnittet vedrørende den historiske udvikling i selskabslovgivningen, følger disse regler angående selvfinansiering og tilhørende

sikkerhedsbestemmelser af et EU-direktiv 2006/68/EF. Ønsket, i forbindelse med selskabsreformen i 2010, fra dansk side var at liberalisere selskabslovgivningen, og som følge heraf, gjorde lovgiver det muligt at optage lån i selskabet til selvfinansiering. Kriterierne, som beskrevet ovenfor, er efter lovgivers side også med til at sikre at selvfinansieringen ikke sker til skade for ejerkredsen og der i medfør af dette ikke er noget incitament til at misbruge aktionærlån.

I praksis er der ikke domme m.v., der fastlægger præcist, hvornår der er tale om ulovlige eller lovlige aktionærlån. Det eneste praksis, der er på området, går på bødens størrelse for de ulovlige lån. Det må heraf sluttet, at der med lovens udformning klart er fastlagt, hvad der deklaratorisk er et ulovligt aktionærlån. Det har ikke været nødvendigt, at få afklaret præcis hvad der forstås ved et ulovligt aktionærlån. Af domme på området kan nævnes blandt andet TfK 2012.635 hvor Østre Landsret fastlår, hvad størrelsen af bøden for et ulovligt aktionærlån på knapt 5 mio. kr. skulle være.

ARMSLÆNGDEPRINCIPPET

Armslængdeprincippet er et omfattende begreb og kan anskues fra mange vinkler. I henhold til denne opgaves primære fokus skal nedenstående afsnit betragtes som en indledende begrebsafklaring og introduktion til den efterfølgende diskussion af blandt andet armslængdeprincippets anvendelse i forhold til beskatning af aktionærlån, før indførelsen af ligningslovens (LL) § 16 E¹⁷.

Det er vigtigt med hensyn til armslængdeprincippet at fastslå, at en skatteretlig disposition med et væsentligt motiv om at spare skat ikke gør denne disposition hverken ugyldig eller skatteretlig anfægtelig¹⁸ jf. TfS 2003.889 H. Hermed menes, at en skatteretlig disposition med et væsentligt motiv om at spare skat ikke er anfægteligt så længe der handles på armslængdevilkår. Der tages udgangspunkt i John Maynard Keynes citat:

"The avoidance of taxes is the only intellectual pursuit that still carries any reward."

Med ovenstående citat in mente er det interessant at fastlægge, hvornår der handles på armslængdevilkår og dermed, hvornår en skatteretlig korrektion kan undgås.

Selve udtrykket armslængde har sin oprindelse i amerikansk ret¹⁹. Den amerikanske tankegang var at ramme transaktioner, der ikke kan defineres som værende "at arm's length". Armslængdeprincippet skal korrigere de transaktioner, der ikke foregår på markedsvilkår. Problemstillingen er mest udbredt ved transfer pricing, men dette vil ikke blive behandlet udtømmende, da transfer pricing overordnet ikke er relevant i

¹⁷ For en detaljeret gennemgang af armslængdeprincippet se Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 14. udgave, s.362-465.

¹⁸ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 14. udgave, s. 362.

¹⁹ Jan Pedersen, Skatteudnyttelse, s. 322 ff.

forhold til aktionærlån. I stedet vil armslængdeprincippet blive behandlet i forhold til udbytte og maskeret udbytte, i de følgende afsnit.

Når der foregår en intern koncern aktivitet, f.eks. køb og salg, vil selskabet forsøge at handle på det grundlag, der sikrer det mest gunstige, økonomiske og skatteretlige grundlag, og det er blandt andet i disse situationer, at armslængdeprincippet er gældende. Det kan sagtens tænkes at en skatteretlig disposition på tværs af landegrænser sker for at sikre det mest gunstige, skattemæssige grundlag. I et sådan tilfælde vil en korrektion være på sin plads, hvis ikke transaktionen er sket på markedsvilkår. På baggrund af dette har lovgiver hjemlet armslængdeprincippet i LL § 2.

I nedenstående følger en kort definition af armslængdeprincippet i forbindelse med et selskabs begunstigelse af en person. Selve begunstigelsen af en person er et udtryk for maskeret udbytte eller løn, og dermed fralægges delvist betydningen af det mere generelle transfer pricing begreb. Lovgivningsmagten definere ikke præcist, hvornår der ved en skatteretlig transaktion udløses udbyttebeskatning, og der findes derfor ingen klare retningslinjer for kvalificeringen af sådanne transaktioner. Det er nærmere defineret i LL § 16 A, stk. 2, hvad der henregnes til udbytte, men som tidligere påpeget, nævnes det ikke, hvornår maskeret udbytte betragtes som udbytte og ikke løn.

En kort definition af armslængdeprincippet, set i lyset af projektets overordnede problemstilling, er: Armslængdeprincippet skal anskues som en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, men det må bero på grundlæggende principper om maskeret udbytte og en konkret vurdering af, om ydelse og modydelse opvejer hinanden²⁰ - om der er en gensidighed i den pågældende aftale, der kan sidestilles med en aftale med en uafhængig tredjepart. Armslængdeprincippet er derfor, hverken andet eller mere

²⁰ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 14. udgave, s. 413.

end spørgsmålet om korrektion til skattemæssig brug af ydelse og/eller modydelse i forbindelse med køb og salg i selskabsretlig sammenhæng²¹.

²¹ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 3. udgave, s. 333.

LØN ARMSLÆNGDEPRINCIPPET

Det er vigtigt at slå fast, at når et selskab udbetaler løn til direktionen, er denne udbetaling også omfattet af armslængdeprincippet.²² Med ovenstående definition af armslængde in mente betyder det, at lønforholdet for direktionen skal aftales med gensidighed i aftalen og skal kunne sidestilles med en aftale indgået med en uafhængig tredjepart.

Er lønnen til direktionen ikke på løn armslængde, har SKAT den mulighed, at de kan fikse lønnen og derved fastsætte arbejdsvederlaget til den værdi, som det pågældende selskab skulle have betalt en uafhængig tredjepart. Praksis afslører imidlertid, at SKAT som hovedregel ikke fikserer lønnen i de tilfælde, hvor vederlaget ligger under, hvad en uafhængig tredjepart ville have fået udbetalt²³.

Da det tydeligt fremgår af ovenstående, at SKAT ikke fikserer lønnen, hvis vederlaget ligger under, hvad det burde, ses her en klar differentiering mellem løn armslængdeprincippet og det almindelige armslængdeprincip. Det betyder i praksis, at selskabet kan underbyde direktionens løn – altså udbetale mindre, end hvad man må kunne forvente at skulle udbetale til en uafhængig tredjepart. Derfor kan det almindelige armslængdeprincip ikke anvendes analogt på løn området.

Følgende praksis illustrerer eksempler på ovenstående. SKM 2009. 829 SR, hvor skatterådet bekræfter at skattemyndighederne efter praksis normalt ikke fikserer løn. Det slås yderligere fast i SKM 2012.431 SR, hvor skatterådet bekræfter, at der efter praksis, som udgangspunkt ikke sker lønfiksering. Slutteligt slås det også fast i TfS 1997. 80 DEP, hvor skatteministeren har redegjort for, at SKAT som alt overvejende hovedregel ikke fikserer løn i praksis.

²² Skats juridiske vejledning: C.B.3.7, s. 1.

²³ Skats juridiske vejledning: C.B.3.7, s. 1.

Selvom praksis viser, at SKAT som hovedregel ikke fikserer løn, må det alligevel kunne tænkes at et selskab udbetaler et vederlag til et direktionsmedlem, som er så gennemskueligt forringet i forhold til en uafhængig tredjemand, at lønfiksering kan blive en realitet. Praksis viser noget andet, og lønfiksering anses som et meget sjældent tilfælde, men alligevel ikke et umuligt forekommende tilfælde.

Det interessante ved at armslængdeprincippet ikke anvendes analogt er, at selskaber på det nærmeste inviteres til skattetænkning, da hovedaktionæren beskattes procentmæssigt større af sin løn end af sit udbytte. Med ovenstående in mente vil det være en fordel at udbetale mindst mulig løn og resten i maskeret udbytte, i den situation hvor hovedaktionæren også er et direktionsmedlem.

Som tidligere fastslået er skattetænkning ikke i sig selv forkastelig, og det vil derfor ikke kunne anfægtes.

Afsluttende kan løn armslængdeprincippet defineres som følgende: Løn armslængdeprincippet er først og fremmest en konkret vurdering af hvert enkelt tilfælde. Vurderingen går på, hvorvidt aftalens parter opnår en rimelig grad af gensidighed, og hvorvidt denne kunne være indgået med en uafhængig tredjemand. Praksis viser, at der ikke fikseres løn, og dermed må der kunne udbetales mindre end ved aftale med en uafhængig tredjemand, uden at dette bliver omfattet af løn armslængdeprincippet.

UDBYTTE

Udbytte er rent skatteretligt defineret i LL §16A. Det betyder at, hvad der overføres til aktionæren, som er indeholdt i LL §16A skal anses som udbytte. Det betyder samtidig, at de vederlag, som aktionæren modtager som led i en gensidigt bebyrdende aftale med selskabet, udeholdes. Den skatteretlige definition som vi finder i LL § 16 A er i almindelighed forbeholdt deklareret udbytte.

Udbytte er ligeledes defineret i statsskatteloven (SL) § 4 litra e. Det kan diskuteres hvorvidt SL § 4 litra e ophæves ved LL 16 D, og om SL § 4 litra e som følge heraf overhovedet har sin selvstændige berettigelse. Der er ikke tvivl om, at SL § 4 litra e på trods af ovenstående alligevel har et begrænset anvendelses område, specielt ved udlodning fra foreninger mm²⁴.

Deklareret udbytte dækker over de situationer, hvor selskabet udlodder udbytte til aktionæren, udelukkende på baggrund af dennes status som aktionær, jf. SEL §§ 180 og 182, omhandlende ordinært og ekstraordinært udbytte. Deklareret udbytte skal derfor forstås som udbytte i selskabslovgivningens forstand. Dermed er aktionæren og selskabet ikke i den gråzone som kaldes ”skattetænkning”, men der er derimod tale om en udlodning, som er en del af en normal forretningsmæssig disposition.

Maskeret udbytte

Der kan ikke sås tvivl om, at det i SL § 4 fastlægges, at udbytte skal betragtes som skattepligtig indkomst²⁵. Derudover præciseres det i LL § 16 A ,at aktionæren ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst skal medregne udbytte af aktier mm²⁶, og derfor vil udbytte som maskeres ved modtagelse af aktier være skattepligtigt som sådan.

²⁴ Jan Pedersen, Skatteretten 2, 5. udgave s. 426.

²⁵ Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, 13. udgave, s. 897.

²⁶ LL § 16 A, stk. 1.

Det ses i ovenstående, at udbytte er skattepligtig indkomst, og derfor vil mange selskaber forsøge at maskere deres udbytte for at opnå en gunstigere beskatning. Der skal ikke herske tvivl om, at LL § 16A har til formål både at ramme deklareret udbytte og maskeret udbytte, og de beskattes derfor på præcis samme måde.

SKAT ønsker naturligvis at korrigere de situationer, hvor et selskab giver deres udbytte en anden fremtrædelsesform – i praksis kræver det, at følgende 3 betingelser skal være opfyldt før en korrektion kan finde sted²⁷:

1. Der skal være tale om forretningsmæssigt unormale dispositioner mellem hovedaktionær og selskab.
2. Der skal være et interessefællesskab mellem selskab og hovedaktionær.
3. Det skal være aktionærindflydelsen, der har forårsaget forretningsmæssige unormale dispositioner.

Problemstillingen er ganske klar, nemlig om de dispositioner som aktionær og selskab foretager indbyrdes i en forretningsmæssig synsvinkel kan sidestilles med dispositioner, som uafhængige skattesubjekter ville foretage indbyrdes²⁸.

Udbytte er, uanset om det er maskeret eller ej, underlagt en økonomisk dobbeltbeskatning, da selskabet før udlodning underkastes selskabsbeskatning, og derefter sker der beskatning af udbytte hos aktionæren uden, at udbytteudlodningen er fradragsberettiget hos selskabet.²⁹

Med opgavens problemstilling in mente er udbytte en vigtig del af aktionærlån, fordi problemstillingen i forhold til aktionærlån er, hvorledes lånet skal beskattes – skal det beskattes som løn eller udbytte? Der er ingen tvivl om, at den laveste beskatning for

²⁷ Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, 13. udgave, s. 898.

²⁸ Aage Michelsen, Lærebog om indkomstskat, 13. udgave, s. 898.

²⁹ Jan Pedersen, Skatteretten 2, 5 udgave s. 443.

aktionæren vil være udbytte beskatning. Aktionæren fortaber imidlertid her fradragsretten i selskabs øjemed. Det menes, at hele udbyttebegrebet skal ses i lyset af armslængdeprincippet, da det jf. ovenstående afsnit fremgår, at det, der adskiller deklareret udbytte og maskeret udbytte, er, hvorledes dispositionen ville kunne foretages mellem uafhængige skattesubjekter.

DET NYE LOVFORSLAG, GENNEMGANG AF L 199

Som beskrevet i afsnittet omkring den historiske udvikling for aktionærlån i selskabsretlig sammenhæng, så er og har det hele tiden været at betragte som ulovligt at optage aktionærlån i eget selskab.

Der har på trods af dette aldrig været en direkte sanktionering i selskabsretten. Eneste måde at straffe låntager på har været ved at pålægge denne en bøde³⁰, som følge af ulovligheden. Ydermere kan det kræves, at låntager tilbagebetaler hovedstolen, jf. SEL § 215. Det har kun været i kraft af låntagers overtrædelse af selskabsretten, hvad enten det historisk har været aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven eller selskabsloven, at aktionæren kunne straffes med bøde. Der har ikke været en direkte sanktion mod optagelse af aktionærlån, historisk set har myndighederne straffet lånet og ikke selve optagelsen af lånet.

Det eneste skattelovgivning tidligere har haft indflydelse på i forhold til de ulovlige aktionærlån har været en korrektion af renten på lånet efter armslængdeprincippet i ligningsloven.³¹ Har lånet ikke været korrekt rente pålagt, altså med en rente svarende til den markedsmæssige, har dette kunne føre til en korrektion efter LL § 2³², dette har medført en yderligere beskatning hos låntager, som eksempelvis maskeret udbytte eller løn³³, der har kun været tale om at beskatte en eventuel rentefordel historisk set.

Renteforholdet er det eneste som skatteretten tidligere har influeret på i forhold til aktionærlån³⁴. Med det nye lovforslag L 199 indføres som tidligere nævnt beskatning af aktionærlån, og det er derfor ikke længere kun beskatning af eventuel manglende efterlevelse af LL § 2, der er skatteretlig relevant. Beskatning af fikseret rente på et ulovligt aktionærlån vil i dansk sammenhæng (dansk selskab og dansk aktionær)

³⁰ I TfK 2012.635 Ø fik en aktionær en bøde på 120.000 kr., for et ulovligt aktionærlån.

³¹ Jf. ovenstående afsnit om armslængdeprincippet.

³² I SKM 2010.607 Ø og SKM2007.635.HR skete der korrektion efter LL § 2, da der ikke var betalt rente på markedsmæssige vilkår.

³³ For mere om maskeret udbytte og løn, se afsnittet ovenfor om armslængdeprincippet.

³⁴ L 199, se bemærkningerne til gældende ret for beskatning af aktionærlån, afsnit 3.1.2.1.

fremover være ren historisk praksis, da lånene ikke anses for lån i dansk skatteret efter indførelsen af L 199, og i fremtiden vil der derfor ikke være fradrag for renteudgifterne³⁵, mere om dette i afsnittet omkring denne problemstilling.

I følgende afsnit gennemgås L 199, for at se, hvad forslaget egentlig medfører i forhold til aktionærlån, samt hvilken konsekvens dette har for hovedaktionæren, der netop har et aktionærlån. De overordnede linjer i forhold til LL § 16 E vil blive analyseret, inden en gennemgang af de enkelte indkomst typer ,og beskatningen af disse vil give et billede af den økonomiske konsekvens ved optagelsen af et beskatningspligtigt aktionærlån.

Formålet med de nye bestemmelser i L 199 er, at fjerne det skattemæssige incitament til at optage aktionærlån frem for at udbetale løn eller udbytte, som bliver beskattet på udbetalingstidspunktet. Beskatningen skal forhindre, at der optages aktionærlån med manglende vilje til at tilbagebetale lånet. Det er lovgivers opfattelse, jf. bemærkninger til lovforslaget, at der fra aktionærenes side, ingen vilje er til at tilbagebetale eventuelle aktionærlån³⁶. Derfor er det nødvendigt med yderligere sanktionering end blot den selskabsretlige bøde og deraf følgende tilbagebetalingsforpligtelse.

Sanktionsmuligheden tilføjes i LL § 16 E, dette er ikke den direkte beskatningshjemmel, men bestemmelsen fastslår, at de ulovlige aktionærlån fremadrettet skal anses som en hævning uden tilbagebetalingspligt, og dermed indkomstbeskattes lånet som enten løn, udbytte eller andet³⁷.

Et par betingelser skal være opfyldt førend der kan blive tale om beskatning af aktionærlån. For det første skal lånet ydes af et selskab, som er omfattet af SEL § 1, stk. 1. nr. 1 eller 2, her skal det bemærkes, at det ifølge forslaget ikke er afgørende,

³⁵ Se SKATs juridiske vejledning afsnit C.B.3.5.3.3 - Aktionærlån.

³⁶ L 199, se bemærkningerne, afsnit 3.1.

³⁷ L 199, se bemærkningerne, afsnit 3.1.2.2.

hvorvidt lånet er ydet af et dansk eller udenlandsk datterselskab. For det andet skal personen, som optager lånet, have en tilknytning til selskabet omfattet af LL § 2³⁸.

Som det fremgår af ovenstående vil ikke alle aktionærlån, der i selskabsretlig sammenhæng er ulovlige, blive beskattet efter den nye bestemmelse. Da det i selskabslovgivningen ingen betydning har, hvilken tilknytning aktionæren har i forhold til selskabet. Yderligere vil heller ikke lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller lån til lovlig selvfinansiering efter SEL § 206, stk. 2, blive omfattet af beskatning efter de nye regler.

Det kan undre, hvorfor det overhovedet er nødvendigt at indføre beskatning af aktionærlån, når de selskabsretligt er ulovlige. Ifølge bemærkningerne er det fordi selskabsloven ikke efterleves. Hvert år optages statistisk flere ulovlige aktionærlån end året før³⁹. Af lovforslaget fremgår det⁴⁰, at der siden 2006 har været en kraftig stigning i antallet af ulovlige aktionærlån således, at der er sket en fordobling frem til 2011. Derfor ser lovgiver det nødvendigt at regulere på området, da det er for ressourcekrævende at opretholde SEL § 210 eftersyn. En artikel om de ulovlige aktionærlån i Børsen bekræfter dette synspunkt. Af artiklen fremgår det, at der efter FSR undersøgelsen har været en yderligere stigning i antallet af ulovlige aktionærlån⁴¹.

Med den manglende efterlevelse af det selskabsretlige forbud mod aktionærlån, anser lovgiver det for risikofrit for aktionærerne at optage aktionærlån. Derfor vil de med en beskatning af aktionærlån forsøge at modvirke tendensen til at optage lån, frem for at udbetale løn eller udbytte.

³⁸ Tilknytning efter LL § 2, uddybes nærmere i afsnittet nedenfor, omkring bestemmende indflydelse.

³⁹ Statistikken bygger på en undersøgelse fra FSR, som er offentliggjort i en pressemeddelelse den 17.10.2012 – ”*Fortsat mange ulovlige aktionærlån*”.

⁴⁰ Som det også er anført i afsnittet omkring den historiske udvikling i selskabsloven.

⁴¹ Børsen, artikel – Ulovlige aktionærlån i ny stigning, 16.10.2012.

Beskatningen skal ske på udbetalingstidspunktet, da lånet ikke skattemæssigt anses, som et lån. Det er med lovforslaget ligegyldigt, om der civilretligt er tale om et lån med deraf følgende tilbagebetalingspligt. Det vil ikke være muligt for en aktionær at påtage sig en betalingsforpligtelse, jf. LL § 2, stk. 5, sidste punkt, såfremt lånet er skattepligtigt efter LL § 16 E. Hvis lånet ikke er omfattet af LL § 16 E, kan aktionæren alligevel blive beskattet af lånet, hvis han har påtaget sig en betalingsforpligtelse og denne ikke er på markedsvilkår, jf. LL § 2, stk. 5, 2. pkt.

Med de nye regler ses der således helt bort fra den civilretlige kvalificering af lånene, samt den vilje og evne aktionæren måtte have til at ville tilbagebetale lånet. Dette sker ud fra tanken om, at man fra lovgivers side ikke ønsker, at der opstilles rent proforma forpligtelser, hvis eneste formål er at omgå beskatningen af lånet.⁴²

Med L 199 indføres beskatning på aktionærlån, jf. § 1, nr. 2. Reglen kommer til at fremgå af ligningslovens § 16 E, og lyder som følger⁴³:

§ 16 E

Hvis et selskab m.v. omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt, forudsat at der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattet af § 2. 1. pkt. finder ikke anvendelse på lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, på sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller på lån til selvfinansiering som nævnt i selskabsloven § 206, stk. 2. 1. og 2. pkt. finder tilsvarende

⁴² L 199, se bemærkningerne, afsnit 3.1.3.2.

⁴³ 2011/1 LSF 199.

anvendelse på sikkerhedsstillelser og på midler, der stilles til rådighed.

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

Det fremgår af bestemmelsen, at SKAT vil beskatte aktionærlån, som en hævning uden tilbagebetalingspligt⁴⁴. Rent skattemæssigt anses aktionærlån derfor ikke som lån, men som en hævning. Det vil sige, at SKAT, alt efter den konkrete omstændighed, beskatter lånet som enten løn, udbytte, tilskud, mv. Et aktionærlån vil blive beskattet hos aktionæren, i dennes skattepligtige indkomst, ved løn i den personlige indkomst. Tilsvarende vil udbytte blive beskattet hos aktionæren, her som kapital indkomst. De enkelte indkomst typer og den deraf følgende beskatning er genstand for nærmere behandling i afsnittet omkring indkomsttyper og deres beskatning. Der vil i afsnittet ligeledes blive set nærmere på, hvad der i lovforslaget menes, når der skrives at aktionærlån vil blive beskattet som løn, udbytte, tilskud mv., hvad menes der med mv. For at undgå dobbeltbeskatning i forbindelse med tilbagebetalingen af et ulovligt aktionærlån, indføres LL § 16 E , stk. 2, hvoraf det fremgår, at det tilbagebetalte beløb ikke skal medregnes i selskabets skattepligtige indkomst.

Beskatningen var i første omgang tiltænkt at gælde aktionærlån ydet til såvel fysiske som juridiske personer⁴⁵, for de juridiske personers vedkommende med en række modifikationer, da der ikke kan ske beskatning af moder datter udbytte, samt yderligere begrænsninger i forhold til moder og datter direktivet, dette fremgik af lovforslaget, lige ind til den endelige vedtagelse, hvor de juridiske personer blev fjernet fra bestemmelsen, således at disse ikke skulle beskattes af aktionærlån efter LL § 16 E.

⁴⁴ Det er underordnet om der i civilretten er tale om et lån med tilbagebetalingspligt, jf. Jan Pedersen, Skatteretten 2, 6. udgave, s. 505.

⁴⁵ Se L 199, hvor det fremgår at også juridiske personer er omfattet af LL § 16 E, passagen er fjernet i den endelige vedtagelse af bestemmelsen.

Det fremgår ikke hvorfor lovgiver i sidste time ændrede bestemmelserne, men en forklaring kunne være, at det i koncernforbundne selskaber er essentielt for selskaberne, at de har mulighed for at låne midler hos hinanden. Der er ikke fra lovgivers side givet nogen begrundelse for ændringen.

Det ville ikke gøre nogen forskel for denne fremstilling, hvorvidt de juridiske personer også var omfattet af beskatningen, da den juridiske person med de foreslåede indkomst beskatningstyper ville blive beskattet efter skattelovgivningens almindelige regler for opgørelse af indkomst, jf. SEL § 8, stk. 1⁴⁶. Det skal nævnes at det ikke har betydning for beskatningen, hvorvidt dette ydes til et selskab, hvis dette reelt er transparent – pengene går direkte gennem selskabet og til hovedaktionæren. Her tænkes især på holdingselskaber.

Med det nye lovforlag L 199 indførtes beskatning af aktionærlån optaget efter den 14. august 2012, uanset om disse, efter SEL § 210, er lovlige eller ulovlige. Hvis der i selskaberne optages aktionærlån efter den ovennævnte dato, kan disse jf. den nye bestemmelse i LL § 16 E blive beskatningspålagt. Lån skal ifølge lovforslaget beskattes enten som udbytte, løn, tilskud mv. I det følgende vil de enkelte indkomsttyper og beskatningsgrundlaget blive behandlet nærmere. Ydermere vil vendingen med videre blive undersøgt, for at give svar på hvorvidt der med vendingen er tale om en generalklausul fra SKATs side, således at der kan ske beskatning af aktionærlån som andet end maskeret løn eller udbytte.

Bestemmende indflydelse

Bestemmende indflydelse er, jf. L 199, et af kriterierne for, at aktionæren kan blive beskattet af et aktionærlån. Den bestemmende indflydelse som aktionæren skal besidde, fremgår af LL § 2, stk. 2. Bestemmelsen lyder som følger:

⁴⁶ Af KARNOVs bemærkninger til denne bestemmelse fremgår at indkomsten blandt andet opgøres efter reglerne i statsskatteloven.

”Stk. 2. Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50 pct. af stemmerne. Ved bedømmelsen af, om den skattepligtige anses for at have bestemmende indflydelse på en juridisk person, eller om der udøves en bestemmende indflydelse over den skattepligtige af en juridisk eller fysisk person, medregnes aktier og stemmerettigheder, som indehaves af koncernforbundne selskaber, jf. stk. 3, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 6, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående m.v. eller af fonde eller truster stiftet af disse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som indehaves af en person omfattet af kildeskattelovens § 1 eller et dødsbo omfattet af dødsboskattelovens § 1, stk. 2, i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige eller dennes nærtstående eller fonde eller truster stiftet af disse. Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med oprindeligt slægtskabsforhold.”

Det fremgår af bestemmelsen, at aktionæren skal eje mere end 50 pct. af aktiekapitalen for at opnå bestemmende indflydelse, eller have rådighed over mere end 50 pct. af

stemmerettighederne. Det er dog ikke nødvendigvis den enkelte aktionærs aktie- eller stemmeandel, der alene er bestemmende for denne grænse. Såfremt aktionærens nærstående⁴⁷ også besidder aktier eller stemmerettigheder i det pågældende selskab, er disse ligeledes omfattet. Det er det samlede antal aktier og stemmerettigheder i selskabet, der medregnes ved afgørelse af om der foreligger bestemmende indflydelse efter LL § 2, stk. 2. En aktionær, der eksempelvis ejer 30 procent af aktiekapitalen, mens hans ægtefælle ejer 21 procent., har tilsammen 51 procent af aktiekapital. Aktionæren vil derfor, i medfør af LL § 2, stk. 2, have bestemmende indflydelse og vil af denne grund blive beskattet af et aktionærlån.

Af LL § 2, stk. 2, 3. pkt. fremgår det, at det ikke kun er aktionærens nærstående, der medregnes i forhold til den bestemmende indflydelse. De aftaler, som den enkelte aktionær måtte have med andre aktionærer i selskabet, medregnes også.

Via ejeraftaler kan den enkelte aktionær aftale at yde indflydelse i selskabet i overensstemmelse med de øvrige aktionærer. På denne måde kan der blive tale om bestemmende indflydelse for aktionæren. Dermed vil aktionæren blive skattepligtig efter LL § 16 E af et aktionærlån. Aktionæren skal være opmærksom på dette, såfremt vedkommende ikke alene, men via ejeraftaler, besidder bestemmende indflydelse i selskabet. Situationen er yderst utænkelig, da aktionæren ikke alene besidder bestemmende indflydelse i selskabet, og derfor ikke – på egen hånd – kan vælge at optage et lån frem for at udbetale løn eller udbytte. Skulle vedkommende få de andre aktionærers godkendelse, da hæfter den låntagende aktionær selvstændigt for skattebetaling af lånet.

Der findes i skatteretten også andre regler for/definitioner af bestemmende indflydelse, blandt andet i aktieavancebeskatningslovens § 4. Dette er imidlertid ikke væsentligt, da det ifølge LL § 16 E, er definitionen i LL § 2, stk. 1 og 2, der anvendes, når det skal fastsættes, hvorvidt aktionæren er blandt de omfattede personer. Det er derfor ikke

⁴⁷ Nærstående er i ligningsloven defineret i LL § 16 H, stk. 6.

relevant i nærværende fremstilling at se nærmere på de øvrige skatteretlige definitioner af bestemmende indflydelse⁴⁸.

Det fremgår af forarbejdet til ligningsloven fra 2004⁴⁹, at ordlyden af LL § 2, stk. 2 blev ændret, for at skabe en mere bevidst begrebsafdækning og samtidig præcisere, hvad der menes med bestemmende indflydelse i LL § 2, stk. 2. Ændringen skete desuden for at tilpasse bestemmelsens ordlyd til den øvrige formulering af bestemmende indflydelse/kvalificeret tilknytning i skatteretten.

Det er vigtigt i forhold til L 199 og LL § 16 E, at det kun er aktionærer med den i LL § 2 omhandlede forbindelse til det långivende selskab, der bliver omfattet af beskattningen. Lovgiver ønsker kun at beskatte hovedaktionæren i selskabet. Dette sker for at ramme de aktionærer, der har mulighed for at vælge, om de vil tage et lån frem for at udbetale løn eller udbytte. Det er derfor ikke afgørende, hvorvidt der i selskabsretten er tale om et ulovligt aktionærlån, da selskabsloven ikke tager højde for aktionærens tilknytning til selskabet.

⁴⁸ Hovedaktionærbegrebet og den kvalificerede tilknytning til et selskab er behandlet omfattende i litteraturen, blandt andet af Malene Kerzel i Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, s. 33 ff.

⁴⁹ Lov nr. 458 af 09/06/2004.

DE ENKELTE INDKOMST TYPER

Udbytte

Tidligere i nærværende fremstilling er begreberne, udbytte og maskeret udbytte, blevet behandlet på et overordnet plan og sat i relation til armslængdeprincippet. I følgende afsnit vil udbytte blive behandlet i forhold til L 199, da det af lovforslaget fremgår, at aktionærlån vil kunne blive beskattet som blandt andet udbytte, hvis lånet kvalificeres som sådan.

Det fremgår ligeledes af det tidligere afsnit omkring udbytte, at udbytte ønskes beskattet som udbytte, uanset dets fremtrædelsesform. Udbytte vil derfor blive beskattet ens, hvad end det fremgår som deklareret udbytte, eller det er forsøgt maskeret. På baggrund heraf, vil det ikke for nærværende være relevant, at foretage en uddybende vurderingen af, hvorvidt et aktionærlån kvalificeres som deklareret eller maskeret udbytte. Det kan kort anslås, at aktionærlån i hovedparten af tilfældene vil være maskeret udbytte, da lånet i realiteten, i følge lovgivers mening⁵⁰, er et forsøg på maskering.

Ønsket om at beskatte alt det en aktionær modtager fra selskabet, som udbytte, var en af årsagerne til ændringen af LL § 16 A i 2009⁵¹. Det fremgår af forarbejdet, at lovgiver ønskede en mere klar definition af, hvornår en aktionær skal udbyttebeskattes, hvis ikke der er tale om et vederlag, som følge af en gensidig bebyrdende aftale mellem aktionæren og selskabet.

Det fremgår af L 199, at SKAT ønsker et aktionærlån beskattet som blandt andet udbytte. Før end der kan blive tale om at beskatte et aktionærlån som udbytte, må lånet først kunne indeholdes i definition af udbytte, jf. LL § 16 A, stk. 2, nr. 1. Kan lånet ikke anses for en indkomst omfattet af denne bestemmelse, må SKAT søge et andet

⁵⁰ Se bemærkningerne til L 199, afsnit 3.1.

⁵¹ LOV nr. 525 af 12/06/2009.

beskatningsgrundlag i skatteretten. Hvis et aktionærlån kvalificeres som udbytte, vil indkomsten skulle beskattes hos aktionæren i dennes skattepligtige indkomst – enten som kapital- eller aktieindkomst.

Udbytte efter LL § 16 A beskattes i udgangspunktet hos aktionæren som kapitalindkomst efter personskattelovens (PSL) § 4, stk. 1, nr. 4, men er der tale om indkomst, der tidligere har været selskabsbeskattet (dobbeltskatning), sker beskatningen af udbyttet som aktieindkomst efter PSL § 4 a. I praksis vil udbytte derfor blive beskattet efter PSL § 4 a, da udbytte i Danmark under normale omstændigheder har været underlagt beskatning i selskabet inden, at det udloddes til aktionærene⁵². Med henblik på beskatning af aktionærlån vil det betyde, at aktionæren – alt efter om midlerne hentes fra selskabets egenkapital, hvor der er sket selskabsbeskatning eller pengene hentes direkte i kassen (på en driftskonto eller lignende) – vil blive beskattet herefter. Dette forudsat, at aktionærlånet bliver kvalificeret som udbytte.

Aktieindkomst beskattes, jf. PSL § 8 a, stk. 1 og 2, med enten 27 eller 42 procent (2013 satser), afhængig af indkomstens størrelse. I 2013 ligger progressionsgrænsen på 48.300 kr. Den maksimale grænse for beskatning af aktieindkomst ligger på 56,5 procent, mens mindste beskatningen udgør cirka 46 procent⁵³. Beskatningen af kapitalindkomst er anderledes, da kapitalindkomst indgår som en del af beregningen for bund- og topskat med dertilhørende fradrag. Bl.a. fradrages der 40.000 kr. i topskatten for positiv nettokapitalindkomst, jf. PSL § 7, stk. 1. Herefter er det kun positiv kapitalindkomst over 40.000 kr., der pålægges topskat. Marginalskatten for

⁵² Jan Pedersen, Skatteretten 2, 6. udgave, s. 493 ff.

⁵³ Se bilag 1 for beregning af disse beskatningsprocenter.

personlig indkomst og kapitalindkomst ligger i 2013 på 52,46 procent⁵⁴, fraregnet arbejdsmarkedsbidrag på 8 procent⁵⁵.

Ud fra L 199 at dømme, vil aktionærlån, der kvalificeres som udbytte, for størstedelens vedkommende blive beskattet som kapitalindkomst efter PSL § 4, stk. 1, nr. 4, da aktionæren, ved optagelse af aktionærlån, har ønsket at finansiere sit privatforbrug uden at blive beskattet af pengene. Finansieringen af privatforbruget vil derfor oftest ske direkte via selskabets konto/den lovpligtige mellemregningskonto. Hæves pengene – til privatforbrug – i stedet for i de frie midler fra selskabets egenkapital, vil der blive tale om beskatning af aktieindkomst.

En ren udbyttebeskatning i forhold til LL § 16 E, kan kun ske såfremt aktionæren alene er aktionær i selskabet. Hvis aktionæren ligeledes er ansat i selskabet, vil der kunne ske beskatning af et aktionærlån som andet end udbytte, dvs. som løn. Aktionæren vil, i kraft af sit ansættelsesforhold, kunne forsøge at maskere sit vederlag som et aktionærlån. Hvorvidt en aktionær bliver beskattet af lånet som udbytte, løn eller en kombination vil blive behandlet nærmere i det næstfølgende afsnit.

Løn

Af bemærkningerne til L 199 fremgår det, at aktionæren oftest optager lån i eget selskab for at finansiere sit privat forbrug, frem for at udbetale løn eller udbytte til sig selv. Derfor vil en aktionær ansat i eget selskab, udover udbyttebeskatning, ligeledes kunne blive ramt af løn-beskatning. I flere artikler fra danske revisionskontorer⁵⁶ fremgår det, at det anses for usandsynligt, at aktionærlån, som følge af selskabslovgivningen, vil blive kvalificeret som andet end løn.

⁵⁴ Grænsen for hvornår skatten på aktieindkomst overstiger marginals-katten på personlig indkomst og kapitalindkomst ligger på omkring 358.000 kr., et aktionærlån der overstiger dette beløb, vil dermed blive hårdere beskattet som aktieindkomst end kapitalindkomst.

⁵⁵ Se eksempel på beregning af marginals-katten for aktieindkomst og kapitalindkomst, Jan Pedersen, Skatteretten 2, 6. udgave, s. 491 og 492.

⁵⁶ Se bl.a. BDO Depechen nr. 20, 2012.

Antagelsen er imidlertid ikke helt korrekt, da det med UfR 2007.736 H (Finwill) og UfR 2004.2397 H (Johnson Holding ApS) i erindring kan sluttes, at den selskabsretlige begrebsafklaring nok må have en vis gennemslagskraft i skatteretten. Civilretten må alligevel stå tilbage for skatteretten, hvis der i skatteretten er en direkte hjemmel. I lovforslaget er det fastlagt at beskattningen kan ske som løn eller udbytte. Civilretten kan ikke tilsidesætte dette og udelukkende omkvalificere aktionærlån til løn.⁵⁷ I nærværende fremstilling vil en omfattende gennemgang af problematikken ikke være relevant. Det skal i forhold til aktionærlånsbeskatning blot slås fast, at antagelsen om, at aktionærlån udelukkende vil blive underlagt en indkomstbeskatning som løn, er fejlagtig, da der i lovforslaget er mulighed for, at aktionær ligeledes kan beskattes som udbytte mv.

I forhold til det ovennævnte er det alligevel forståeligt ud fra synspunktet, at aktionæren anvender aktionærlån i stedet for vederlagsudbetaling, når der i revisionskontorernes artikler argumenteres, som det er tilfældet. Samtidig er det forståeligt i forhold til armslængdeprincippet, hvor der er mulighed for at korrigere og indeholde en maskeret indkomst i lønnen. I forhold til armslængde skal den tidligere beskrivelse af dette huskes, da det af afsnittet fremgår, at SKAT er tilbageholdende med at anvende princippet, hvis der er udbetalt for lidt løn til den ansatte. Alligevel må der med hensyn til aktionærlån blive tale om at kvalificere en del af lånet som løn, såfremt aktionærens vederlag i selskabet ikke står i modsvar til den reelle arbejdsindsats, som vedkommende har ydet. Skulle størrelse af aktionærlånet ligge ud over, hvad en tilsvarende uafhængig tredjepart ville have opnået for samme stykke arbejde, da kan lånet ikke udelukkende kvalificeres som løn, men må i stedet kvalificeres som udbytte.

Maskeret løn vil, lige som det maskerede udbytte, blive beskattet som det er tænkt, dvs. som løn. Fikseringen af den maskerede løn vil ske efter LL § 2 og derefter vil den

⁵⁷ For en gennemgribende gennemgang af diskussionen omkring civilret kontra skatteret, se blandt andet Jakob Bundgaard, Skatteret & civilret, 1. udgave.

blive reguleret i aktionærens personlige indkomst. Samtidig vil der ske regulering i selskabet, da en lønudgift er en fradragsberettiget driftsomkostning, jf. SL § 6.

Hvis aktionærlån kvalificeres som løn, er selskabet pligtig til at indeholde kildeskat af denne løn jf. kildeskattelovens (KSL) § 46, stk. 1. Manglende overholdelse af denne forpligtelse er strafbar for selskabet⁵⁸. Selskabet hæfter for den manglende indeholdelse og er, i forbindelse med optagelse af et beskatningspålagt aktionærlån, pålagt at være opmærksom på, i hvilken grad, de skal indeholde skat som ekstra løn eller udbytte. Det er således op til selskabet at ansætte/kvalificere den ekstra udbetaling korrekt. Samtidig er det op til låntageren at selvangive den ekstra indkomst, hvad end denne kvalificeres som løn, udbytte eller andet. Kvalificeringen og selvangivelse kan ske med tilbagevirkende kraft, såfremt dette tillades af SKAT⁵⁹.

Rent skattesatsemæssigt er der, som det også ses i afsnittet omkring udbytte, ikke det store at vinde for aktionæren ved at maskere udbytte som løn, da der ingen særlig skattemæssig fordel er ved dette. I forhold til maskeringen er det mere fordelagtigt at lade selskabet afholde aktionærens udgift, uden at dette fradrages, samtidig med, at aktionæren undlader at selvangive den ekstra indtægt. Dermed undgås øjeblikkelig beskatning. Et andet eksempel på maskering af udbytte, er selskabets betaling af aktionærens ferie, ved at opfører denne som forretningsrejse⁶⁰. Disse kreative maskeringer hindrer imidlertid ikke, at SKAT, efter ligningsloven og den nye LL § 16 E, vil korrigere sådanne dispositioner og beskatte dem som enten løn eller udbytte⁶¹.

Hvis aktionærlån omkvalificeres til løn, vil dette blive beskattet som personlig indkomst hos aktionæren, jf. PSL § 3. Samtidig vil selskabet have fradragsret for lønudgift.

⁵⁸ For mere om selskabets strafansvar og aktionærens selvangivelsespligt se afsnittet om det strafferetlige aspekt.

⁵⁹ Mere om selvangivelse i afsnittet om det strafferetlige aspekt.

⁶⁰ For flere eksempler på kreativ maskering af udbytte, se Jan Pedersen, Skatteretten 2, 6. udgave, s. 527 ff.

⁶¹ Mere om behandlingen af disse dispositioner med maskeret udbytte, se Jan Pedersen, Skatteretten 2, 6. udgave, s. 521 ff.

Marginalskatten for personlig indkomst inklusiv arbejdsmarkedsbidrag ligger i 2013 på 56,2 procent. Kvalificeres et aktionærlån alene for løn vil lånet maksimalt kunne beskattes med denne sats. Satsen ligger 0,3 procentpoint lavere end den maksimale beskatning for udbytte.

Tilskud

Det er ifølge L 199 muligt, at aktionærlån vil blive beskattet som et tilskud hos aktionæren. Tilskud beskattes efter SL § 4 som en del af den skattepligtige indkomst hos modtageren med en række undtagelser i eksempelvis ligningsloven og statsskatteloven. Blandt undtagelserne er gaver, jf. SL § 5 b, som de følger af gave og arveafgiftsloven, samt visse udbetalinger til dækning af de ansattes udgifter i forbindelse med gennemførelse af arbejdet, jf. LL § 8, stk. 1. Dette omfatter blandt andet overnatning og forplejning.

Tilskud er i skattemæssig sammenhæng mest relevant i forhold til juridiske personer, da koncernforbundne selskaber kan udbetale skattefrit tilskud til hinanden efter selskabsskattelovens § 31 D. Tilskud mellem koncernforbundne selskaber, skal overholde principperne i LL § 2. Sker dette ikke, kan der ske sekundær korrektion. Dette har for nærværende ingen relevans, da LL § 16 E, som tidligere nævnt, ikke gælder for de juridiske personer. I forhold til den fysiske person og aktionærlån, er det utænkeligt, at der vil blive tale om at beskatte aktionærlån som tilskud, idet reglerne, i LL § 16 A omkring udbytte, forhindrer, at lånet bliver kvalificeret som tilskud og ikke udbytte. Ifølge ovenstående vil det derfor ikke være aktuelt at snakke om tilskudsbeskatning i forbindelse med LL § 16 E, hvorfor tilskud ikke vil være genstand for yderligere behandling i nærværende fremstilling.

Hvad forstås der i L 199 ved formuleringen "med videre"?

I L 199 står det, at beskatning af aktionærlån vil ske som en hævnung uden tilbagebetalingspligt. Dette medfører at beskatningen vil ske som løn, udbytte, tilskud

m.v. Hvad der præcis menes, når der i lovforslaget står ”med videre”, vil følgende afsnit søge at give svar på.

I første omgang kan formuleringen synes som en generel vending, der har til formål at sikre, at aktionærlån – uanset fremtrædelsesform – bliver beskattet efter LL § 16 E.

Vendingen får form af en general klausul, hvorved der åbnes for fortolkningen af, hvilken type indkomst aktionærlånet skal kvalificeres som. På trods af dette, kan det ikke tænkes, at der fra SKATs side vil ske nogen fortolkning i forhold til aktionærlån, og disse vil derfor blive kvalificeret som løn eller udbytte. Der kan alligevel blive tale om at beskatte et aktionærlån, som andet end løn eller udbytte, da eksempelvis gavebeskatning kan blive aktuel, hvis aktionæren videregiver det lånte til en nærstående, som ikke er aktionær i selskabet.

Det må fastslås, at det i forhold til formuleringen ”med videre” i L 199 ikke bliver aktuelt, at anvende denne formulering, da der, med nærværende fremstillings gennemgang af udbytte og løn i erindring, altid vil blive tale om beskatning efter disse indkomsttyper.

Delkonklusion

Det kan ud fra ovenstående afsnittet konkluderes, at der ved beskatning af aktionærlån efter LL § 16 E hovedsageligt vil ske beskatning som løn eller udbytte. I forhold til beskatning af udbytte, kan dette ske som aktieindkomst eller kapitalindkomst afhængigt af, hvor aktionæren hæver pengene i selskabet. Dette forudsætter, at aktionæren alene besidder aktier i selskabet og ikke samtidig er ansat. Hvis aktionæren udover sine aktier også har et ansættelsesforhold, vil der kunne ske beskatning af aktionærlån som løn. Det skal her bemærkes, at løn-beskatning kun får virkning såfremt vederlaget, som aktionæren modtager, ligger under et normalt vederlag i et lignende ansættelsesforhold. SKAT har tidligere været tilbageholdende med at anvende lønfiksering. Lønbeskatning vil således kun forekomme, så længe lønnen er realistisk. Ellers må der ske udbyttebeskatning af aktionærlånet.

NÅR AKTIONÆRLÅN ER LOVLIGE I ANDRE LANDE – EN ANALYSE AF DEN INTERNATIONALE PROBLEMSTILLING

Etableringsretten

Etableringsretten kan kort beskrives som, den enkelte EU-borgers ret til at etablerer sig i en anden medlemsstat på lige fod med medlemsstatens øvrige borgere. Den internationale problemstilling opstår på baggrund af, at der i andre EU-lande lovligt kan optages aktionærlån, hvormed forbuddet i Danmark potentielt krænker den fri etableringsret i EU-retligt perspektiv. Forbuddet, med dets fiskale formål, risikere at skræmme selskaber ud af Danmark. Dermed vil den danske statskasse miste skattekorner og forbuddet vil således umiddelbart have den modsatte effekt, end det oprindeligt var hensigten.

Lovforslaget indeholder følgende tekst:

”Det bør ikke være afgørende, om lånet er ydet af et dansk selskab eller et udenlandsk selskab”⁶²

Ovenstående citat taget i betragtning bliver den frie etableringsret i Lissabontraktatens art. 49 interessant, da disse kolliderer med hinanden. I art. 49 fremgår det:

”Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat p. en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber”

⁶² L 199, s. 8.

Lovforslaget rammer ikke selve etableringen, men det er klart, at et dansk selskab med incitament til at oprette et datterselskab, filial mm. i et andet EU-land, forventeligt vil føle sig krænkede i henhold til den fri etableringsret. Incitamentet til at oprette et datterselskab, filial mm. forsvinder, hvis optagelsen af aktionærlån fra datterselskabet, som var en del af grundlaget for etableringen i et andet EU-land, findes ulovlig. Dermed kan det med rette påpeges, at et dansk selskab, der ønsker at etablere sig sekundært i et andet EU-land, med henblik på blandt andet at optage aktionærlån, krænkede.

Det fremgår af ovenstående, at lovforslaget ikke skelner mellem aktionærlån optaget i danske selskaber eller i udenlandske datterselskaber. Som tidligere nævnt, betragtes det ikke som en direkte hindring i etableringsretten at optage lån i udenlandske datterselskaber, men hvis et givent dansk selskab opretter et datterselskab i et andet EU-land, da vil det nyoprettede datterselskab formodningsvist være uden betydning. Dvs., datterselskabet ikke er i stand til at udfylde den påtænkte rolle.

I sagen C-55/94, Gebhard præmis 25, fremgår det:

"Begrebet etablering i traktatens forstand er således et meget vidt begreb, som for en fællesskabsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og få fordel heraf, hvorved der sker en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed."

Det er interessevækkende, at EU domstolen i ovenstående sag udtaler, at etablering som begreb er et meget vidt begreb, og en fællesskabsborger skal kunne begunstiges både økonomisk og socialt. Alligevel er dette ikke tilfældet, hvis borgeren er en aktionær med kvalificeret tilknytning.

En aktionær med kvalificeret tilknytning skal, jf. det danske forslag om aktionærlån, beskattes af lånet som enten udbytte eller løn. Det er også tilfældet, når det vælges at etablere et datterselskab, fra et dansk moderselskab, i et andet EU-land. I servicedirektivet defineres etablering, som en faktisk udøvelse af erhvervsvirksomhed ved hjælp af en fast infrastruktur i et ikke nærmere angivet tidsrum. Efter servicedirektivet er et datterselskab eksempelvis først etableret, når der udøves faktisk erhvervsvirksomhed. Det betyder, at der ikke kan etableres et datterselskab udelukkende med det formål at optage aktionærlån, der skal være en reel udøvelse af erhvervsvirksomhed. Det er derfor interessant, hvor meget aktivitet, der skal foretages i et udenlandsk datterselskab.

I sag C-221/89 præmis 21, udtaler EU-Domstolen, at den blotte registrering af et fartøj ikke nødvendigvis er en etablering. I sag C-196/04 udtaler EU-Domstolen, at etableringsretten beskytter oprettelse af et selskab, der svarer til en økonomisk realitet. Det fremgår af ovenstående, at der skal udøves en reel erhvervsmæssig aktivitet. Danske selskaber kan derfor skattetænke i forhold til oprettelsen af et datterselskab i en anden medlemsstat, blot selskabet sørger for, at der udøves en reel erhvervsmæssig aktivitet. Selskabet kunne som eksempel outsource reklame/økonomi afdelingen, derved må det antages at selskabet er etableret i etableringsrettens forstand og som følge heraf kan den danske aktionær frit optage aktionærlån i datterselskabet.

Ovenstående disposition, hvor et dansk selskab outsourcer, er ikke skatteretlig anfægtelig, men åbner derimod op for en mere general problemstilling i Danmark, fordi de skattekroner staten gerne vil have fat i ved at beskatte aktionærlån faktisk bliver skubbet længere ud i horisonten med dette lovforslag.

Tidligere er krav til etableringen nævnt, i forhold til at opnå beskyttelse i EU-retlig forstand, men en anden side i denne sag er diskrimination. Det værende sig en situation, hvor en aktionær med kvalificeret tilknytning ønsker at oprette et

datterselskab i eks. England og derefter hindres i at udøve aktiviteter i sit oprindelsesland. I situationen kan det hævdes, at aktionæren ikke har rettigheder, men derimod har selskabet rettigheder⁶³.

Netop den situation er tænkelig, hvis der optages aktionærlån i et engelsk datterselskab, som bliver beskattet i Danmark og moderselskabet dermed mister eventuel konkurrenceevne. EU-rette burde her beskytte det danske selskab og give dette rettigheder efter TEUF art. 49.

Eksemplet viser, at der er klare modsætninger mellem L 199 og Lissabontraktatens lovtekst. Det er indres, at EU-retten har forrang, og det kan derfor anføres, at det som minimum er problematisk, at Danmark indfører beskatning af aktionærlån optaget i udenlandske datterselskaber og lignende.

En afledt effekt af lovforslaget kan være, at danske selskaber vil være påpasselige med sekundær etablering i andre EU-lande, og det er kritisk, at Danmark anvender et fiskalt formål, som potentielt ender med udflytning af selskaber fra Danmark.

Når TEUF art. 49 læses, fremgår det, at artiklen også beskytter etableringen af filialer mm. Der er ikke noget krav til form, derfor kan et dansk selskab oprette en filial i et andet EU-land, hvor aktionærlån tillades, for derefter at udhule selskab ved aktionærbelåning.

I sag C-196/04, Cadbury Schweppes er domstolen meget tydelige:

“Artikel 43 EF og 48 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for, at der i beskatningsgrundlaget for et hjemmehørende selskab, der er etableret i en medlemsstat, medregnes overskud, der er optjent af et kontrolleret udenlandsk selskab i en anden medlemsstat, når disse overskud dér beskattes på et lavere niveau end det, der finder anvendelse i den første stat,

⁶³ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5 udgave, s. 562.

medmindre en sådan medregning kun angår rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige nationale skat. Anvendelsen af en sådan skattemæssig foranstaltning skal derfor undlades, når det på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, fremgår, at det kontrollerede udenlandske selskab, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde, reelt er etableret i værtsmedlemsstaten og dér faktisk udøver økonomisk virksomhed.”⁶⁴

Det fremgår af ovenstående, at den fri etableringsret fortolkes sådan, at det ikke tillades at beskatte overskud opnået i andre medlemslande på trods af virksomhedens hovedsæde. SKAT kan ikke beskatte en filial fra et dansk moderselskab i et andet EU-land. Cadbury Schweppes dommen er stik modsat det danske lovforslag, som skriver:

”Det bør ikke være afgørende, om lånet er ydet af et dansk selskab eller et udenlandsk selskab.”

Dermed modsætter det danske lovforslag sig præcedens for sådanne problemstillinger. Det er vigtigt at pointere, at der i EU-retten ikke accepteres en proforma etablering i selskabsretlig sammenhæng.

Selskaberne må gerne vælge hjemsted ud fra en EU etableringsretlig betragtning. Dvs., de kan vælge det land, hvor der skal betales mindst i skat, men der er krav om, at der på hjemstedet skal kunne påvises substans og tilstedeværelse. Forenklet kan dette beskrives som et krav om realitet i etableringen Erik Werlauff skriver i en mere humoristisk vending, at det ikke er nok med et messingskilt, der pudses af en lokal

⁶⁴ C-196/04.

advokat. Der er tale om en slags realitetsgrundsætning, som skal sikre realiteten i etableringen, og denne findes ikke i strid med den fri etableringsret⁶⁵.

I skatteretlig forstand kræves noget mere end i ovenstående. Med dét henvises der til en reel tilstedeværelse og de hertil krævede faciliteter⁶⁶. Dvs. endnu en realitetsgrundsætning. Erik Werlauff har som hjælpemiddel udarbejdet en sekspunkts liste vedrørende proforma etablering⁶⁷:

- 1. Der er brug for en realitetsgrundsætning, men den er ikke en selvstændig norm, snarere en samlet betegnelse for indgrebene*
- 2. Realitetsgrundsætningen er ikke i strid med det legalitets- eller retssikkerhedsprincip, når blot den har en vis fasthed og konsekvens i sine konturer*
- 3. Realitetsgrundsætningen er heller ikke EU-stridig, når blot der ikke gribes abstraktpræventivt ind over for enhver potentiel skatteudnyttelse men alene gribes in over for kunstige konstruktioner, ligesom særlige direktivmæssige krav til hjemmel i forbindelse med indgreb naturligvis skal overholdes*
- 4. Realitetsgrundsætningen virker også til fordel for skatteyderen i tilfælde hvor selskabsretten ikke muliggør en bestemt struktur, men hvor skatteretten er villigt til at betragte realiteten bag transaktionerne, fx gennem tilladelse til reparationsomgørelse*
- 5. Når en skatteretlig position i form af tabsfradrag, afskrivningsret mv. Er afhængig af, at man reelt bærer en risiko, lider et tab mv., skal der være realitet i dette*
- 6. En aftale, hvis indhold ikke svarer til benævnelsen, kan skattemæssigt kvalificeres ud fra sit indhold.*

⁶⁵ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 14. udgave, s. 376.

⁶⁶ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 14. udgave, s. 377.

⁶⁷ Erik Werlauff, Selskabsskatteret, 14. udgave, s. 377.

Som det fremgår af ovenstående omkring modsætningerne mellem EU's etableringsret og det nye lovforslag, vil L 199 på mange måder formentlig kompromittere EU-retten.

Kapitalens fri bevægelighed

Kapitalens fri bevægelighed antages at indtage samme position, som de øvrige EU-retlige friheder, dog viser forhistorien omkring kapitalens fri bevægelighed, at denne indtager en særstilling på visse punkter⁶⁸.

Kapitalens fri bevægelighed er en vigtig del af det indre marked. Det er klart, at etablering af virksomheder samt salg af varer og tjenesteydelser forudsætter, at kapital frit kan bevæge sig over EU-landegrænser.

Et af målene med etableringen af det indre marked er, at der etableres et egentligt finansielt marked, som tillader virksomhederne at tiltrække investeringer fra hele EU⁶⁹.

Problemstillingen i forhold beskattning af aktionærlåns i Danmark er, at EU har et erklæret mål, som foreskriver, at europæiske selskaber skal kunne tiltrække investeringer fra hele EU. Det er i den forbindelse svært at forestille sig, udenlandske investorers oprettelse af selskaber i Danmark, hvis ikke investorerne kan optage aktionærlån mm. uden at blive beskattet, og investorerne samtidig i deres hjemland har mulighed for skattefrit at optage aktionærlån.

Det vil om ikke andet mindske den danske konkurrenceevne, og der hersker således ingen tvivl om, at det er udslagsgivende for udenlandske investorer, hvorvidt de kan optage skattefrie aktionærlån i Danmark, når de påtænker at åbne filialer, selskaber mm. Det vil ikke være til Danmarks fordel, hvis en udenlandsk investor imod forventning alligevel opretter et selskab i Danmark, for derefter at oprette en filial i et tredje EU-land, hvis en aktionær fortsat skal beskattes af et aktionærlån her i landet. Her skal det

⁶⁸ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 677.

⁶⁹ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 677.

bemærkes, at hovedsædet skal anses for beliggende i Danmark, ellers er situationen irrelevant.

I dette afsnit fokuseres der på kapitalens fri bevægelighed, som er sikret i art. 63, og har følgende ordlyd:

*”1. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.
2. Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for betalinger mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.”*

Det er tydeligt, at bestemmelserne omkring beskatning af aktionærlån ikke som sådan udsteder en restriktion mod selve bevægelsen af kapital. Kapitalen kan således frit bevæge sig til et andet EU-land. Problemet opstår i det tilfælde, hvor selskabet overfører kapital fra et dansk moderselskab til et udenlandsk datterselskab, og aktionæren derefter optager et aktionærlån i datterselskabet. Den nye lov vedrører ikke kapitalens fri bevægelighed direkte, men i ovennævnte tilfælde, vil SKAT alligevel kræve beskatning som enten udbytte eller løn af aktionærlånet.

Selvom det kan hævdes, at der ikke er opstået en restriktion på kapitalens fri bevægelse, men kun på beskatningen, skal virksomhederne (hovedaktionæren) beskyttes mod en sådan beskatning, og det bør anses som en restriktion.⁷⁰

Hvis en lov påvirker beslutningen om at investere og endda kan afholde en virksomhed fra at investere, skal det opfattes som en hindring, og kapitalens fri bevægelighed er dermed lige så bredt fortolket som de øvrige friheder. Dvs., at alle restriktioner vedrørende kapitalens fri bevægelighed rammes af denne art. 63. Den nye

⁷⁰ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 688.

aktionærlånsbeskatning vil opstille en restriktion, og beskatning af aktionærlån vil være anfægtelig i et EU-retligt perspektiv.

I sag C-478/98 kommissionen mod Belgien, udtaler domstolen, at det ikke tillades at pålægge restriktioner på en transaktion med erhvervelse af obligationer i forbindelse med lånoptagelse i udlandet. Her kan der drages en parallel i forhold til aktionærlån. Domstolen udtaler, at det ikke er tilladt at nedlægge en sådan transaktion. Det må dermed konkluderes, at transaktioner med lignende restriktioner vil blive fortolket i overensstemmelse hermed.

I en situation, hvor en aktionær med kvalificeret tilknytning har et moderselskab, med et etableret datterselskab i et andet EU-land, og denne aktionær ønsker at optage et aktionærlån i datterselskabet, da vil de danske skattemyndigheder beskatte lånet. Som vi læser sagen C-478/98 er beskatningen ikke i overensstemmelse med domstolens udtalelser i sagen og beskatning af aktionærlån vil være i strid med præcedens på området.

I ovenstående opstillede eksempel er det tydeligt, at der fra dansk side flirtes med grænsen for, hvornår der kan pålægges restriktioner. Selve skattetænkningen fra aktionærens side gør ikke dispositionen skatteretlig anfægtelig. I dette tilfælde udnyttes reglerne og dispositionen kan derfor ikke anfægtes.

Undtagelser til TEUF art. 63

Der findes en undtagelse til art. 63. Denne undtagelse finder anvendelse på transaktioner mellem stater samt til og fra tredjelande. Undtagelsen findes i art. 65 og lyder som følger:

Bestemmelserne i artikel 63 griber ikke ind i medlemsstaternes ret til:

a) at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sonderer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret.

b) at træffe de nødvendige foranstaltninger for at hindre overtrædelser af deres nationale ret og forskrifter, især på skatte- og afgiftsområdet og i forbindelse med tilsynet med finansielle institutioner, eller til af administrative eller statistiske hensyn at fastlægge procedurer for anmeldelse af kapitalbevægelser eller til at træffe foranstaltninger, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.

2. Bestemmelserne i dette kapitel griber ikke ind i muligheden for at anvende sådanne restriktioner for etableringsretten, der er forenelige med traktaterne.

3. De foranstaltninger og fremgangsmåder, der er nævnt i stk. 1 og 2, m. ikke udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger, som defineret i artikel 63.

Som det tydeligt fremgår, giver art. 65 hjemmel for enkelte de medlemsstater til at fastsætte restriktioner, som har til formål at opretholde forskellig beskatning af skatteydere⁷¹. Dette gælder uafhængigt af bopælssted, eller hvor kapitalen investeres. Umiddelbart kan det antages, at beskatning af aktionærlån fra et udenlandsk datterselskab sker med hjemmel i art. 65. Domstolen vil altid, af hensyn til

⁷¹ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 695.

proportionalitetsprincippet, sikre, at de restriktioner som der muligvis opstår fører til de mindst mulige hindringer af kapitalens fri bevægelighed⁷².

Art. 65 må ikke bruges til en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning, dette fremgår af art. 65 stk. 3. Det betyder, at kapitalens fri bevægelighed skal respekteres og dermed forstås, at EU-retten har forrang. De enkelte medlemslande kan indtil en vis grænse vedtage love indenfor skatteområdet, der strider mod frihederne. Det er essentielt, at medlemslandene på trods af dette varetager frihederne og ikke anvender lovgivning med hjemmel i art. 65, som i det skjulte har til formål at begrænse kapitalens fri bevægelighed.

Art. 65, stk. 1, litra a giver medlemsstaterne frihed til at vedtage de før omtalte skatteregler, f.eks. en lov om aktionærlåns beskatning. Det betyder således, at danske skatteregler rent principielt inden for visse rammer kan sondre mellem skatteydere efter bopæl eller investeringssted. Ydermere kan det nationalt vedtages at forskelsbehandle på beskatningen af indenlandske kontra udenlandske investeringer.

En sådan udlægning af bestemmelsen er meget typisk, men udlægningen er imidlertid ikke forenelig med domstolens fortolkning, jf. C-279/93, Schumacker.

Det betyder således en udlægning af artiklen, som tænkes at være gældende, men som ikke er i overensstemmelse med EU-Domstolens tolkning. I en sådan situation er det op til domstolen at danne præcedens. Med baggrund i Schumacker-sagen kan der tages udgangspunkt i domstolens fortolkning af artiklen. Således må medlemsstater ikke vedtage skattelovgivning, som sondrer imellem skatteydere, og dermed bliver det tvivlsomt, hvorledes den nye aktionærlånsbeskatning vil være forenelig med TEUF art. 63.

Så længe TEUF artikel 45 og 49 finder anvendelse på forholdet, må det forventes, at EU-retten fastholder sit synspunkt⁷³. Dvs., at medlemsstaterne skal sikre de friheder som er aftalt, herunder fri bevægelighed for kapital mm. Selv om TEUF i art. 65

⁷² Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 695.

⁷³ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 696.

udsteder hjemmel til at fastsætte egne skatteregler, viser praksis en præcedens, der klart udtrykker, at frihederne skal respekteres. Selve undtagelsen kan kun finde sted, hvis man samtidig sikre den fri bevægelighed. I tilfældet med beskatning af aktionærlån, er konklusionen, at Danmark overtræder reglerne for den fri bevægelighed. Endvidere modarbejder de nye bestemmelser også tjenesteydelsernes fri bevægelighed. Det er ikke opfattelsen, at tjenesteydelser skal have en decideret selvstændig belysning. Derfor vil situationen kun blive beskrevet kort. For at tjenesteydelser i denne sammenhæng skal kunne ses som værende stridende mod den fri kapital mm., skal en tjenesteydelse stå i forbindelse med en kapitalbevægelse.

Et eksempel på dette kan være, hvis aktionæren låner penge eller tegner en forsikring i et udenlandsk selskab, hvor disse ydelser er en del af den normale forretningsgang. I den forbindelse har EU-retten taget stilling til, hvorvidt der kan sondres mellem beliggenhed af de givne selskaber. Domstolen har fastslået, at dette ikke altid er tilfældet.⁷⁴

Det ses i sagerne C-118/96, C-204/90 og C-80/94, at staten ikke altid må sondre mellem beliggenhed, hvilket er endnu en undtagelse til art. 65.

I nærværende kan der drages en parallel til beliggenhedssondringen ved at forestille sig en given situation, hvor et selskab opretter et datterselskab i et andet EU-land og derefter optager lån i dette. Her vil SKAT i medfør af L 199 beskatte lånet. Situationen er et eksempel på den devagering der er i forhold til EU-Domstolens praksis, da lånene med de før nævnte sager i erindring, sandsynligvis ikke vil kunne beskattes i Danmark.

Det kan således konkluderes, at domstolen er meget forsigtige med at anvende art. 65, da dette forventeligt kan afføde en større mængde begrænsninger, såfremt EU-Domstolen åbner for denne mulighed. Der er ingen tvivl om EU-Domstolens motiv. Domstolen ønsker først og fremmest at sikre de friheder, der er aftalt landende imellem,

⁷⁴ Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 5. udgave, s. 697.

og de vil derfor være yderst forsigtige med at begrænse nogen form for frihed, selvom ordlyden i art. 65 giver mulighed for dette.

I sag C-35/98 fastslår domstolen et *obiter dictum*, som håndfast begrænser brugen af art. 65 litra a. Domstolen udtaler i præmis 43:

” Det bemærkes i øvrigt, at muligheden i traktatens artikel 73 D, stk. 1 litra a), for, at medlemsstaterne kan anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sondrer mellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret, allerede er anerkendt af Domstolen. Det fremgår af Domstolens praksis, at allerede inden traktatens artikel 73 D, stk. 1, litra a), trådte i kraft, kunne nationale skattelovbestemmelser som de i denne artikel omhandlede, der skaber forskellige sondringer, bl.a. på grundlag af skatteyderens bopælssted, være forenelige med fællesskabsretten, når de anvendtes på situationer, der ikke var objektivt sammenlignelige (jf. navnlig dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225) eller kunne være berettigede på grund af tvingende almene hensyn, herunder især hensynet til at sikre sammenhængen i beskatningsordningen (domme af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, og sag C-300/90, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 305).”

Det fremgår af ovenstående præmis, at medlemsstaterne ikke med baggrund i art. 65 litra a., må forskelsbehandle vilkårligt. Medlemsstaterne har således ikke hjemmel til, medmindre det er sagligt begrundet, at sondre i forhold til skatteyderens bopæl mm.

Art. 65 litra a får kun betydning, hvor medlemsstaterne på en ikke diskriminerende måde sonderer i forhold til skatteyderens bopæl.

Delkonklusion

På baggrund af forudgående analyse kan det slutes, at de nye regler vedrørende aktionærlånsbeskatning befinder sig på grænsen i forhold til de friheder, som EU i høj grad værner om. Her henvises til den fri kapital, etableringsretten samt varer og tjenesteydelsers fri bevægelighed.

Den lovhjemmel, der i dansk ret regulerer på området (LL § 16 E), risikerer at blive underkendt, såfremt der anlægges en præjudiciel sag for EU-Domstolen mod Danmark. EU-Domstolen har valgt i sådanne sager, at holde en meget restriktiv linje i forhold til medlemsstaternes restriktioner af frihederne. Således vægtes frihederne tungt og EU vil gå langt for at sikre disse for EU-borgerne. EU er ikke interesseret i, at medlemsstaterne indføre for omfattende restriktioner og på den måde gradbøjer frihederne. Det frygtes, at dette vil føre til en underminering af disse. I forhold til etableringsretten er det tidligere blevet belyst, at en given EU-borger har retten til at:

”...deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat...”⁷⁵

Med udgangspunkt i ovenstående sætning, fremgår det, hvorledes den nye lov vedrørende aktionærlån er i strid med EU-lovgivningen. Den danske aktionær har ikke mulighed for at udøve økonomisk aktivitet på lige fod med en anden EU-borger, såfremt den danske aktionær bliver beskattet i Danmark af et lån optaget i et udenlandsk datterselskab. Dette kan således betragtes som en begrænsning i etableringsretten.

⁷⁵ Fremgår af præmis 25 i C-55/94, Gebhard.

EU-retten har tidligere taget stilling til lignende sager og med udgangspunkt i Cadbury Schweppes-dommen, kan der drages en parallel til de nye bestemmelser. I denne sag har domstolen dannet præcedens og udtalt, at et overskud ikke kan beskattes i andre lande end i det land, hvor overskuddet er opnået.

På baggrund af analysen ses det, at de nye bestemmelser modstrider EU-Domstolens praksis, når en aktionær opnår overskud/lån i et andet land, mens Danmark opkræver skat.

I nærværende fremstilling kan det slutes, at den internationale problemstilling omkring optagelsen af aktionærlån i andre EU-lande, må anses for værende kritisabel. Der er ingen tvivl om at Danmark vil fastholde beskatning af aktionærlån, men beskatning kan ikke foregå på tværs af EU-landegrænser.

Det er forståeligt at SKAT ønsker, at der skal ske beskatning af et stigende problem⁷⁶, men beskatningen er i strid med EU-retten. Derudover kan de nye bestemmelser ikke forsvares med almene hensyn.

Tillades de nye bestemmelser, bl.a. LL § 16 E, vil det formentlig agere startskud til andre og lignende bestemmelser, der tager udgangspunkt i en selvstændig problemstilling i de enkelte medlemslande uden hensyntagen til frihederne. Situationen er imidlertid urealistisk, da EU-retten ikke tillader bestemmelser, der strider mod EU's lovgivning (vision). EU-retten vil efter vores overbevisning ikke finde at L199 kan forsvares med almene hensyn, derfor vil EU-domstolen efter vores overbevisning finde L199 stridig med de grundlæggende EU-friheder.

⁷⁶ Se statistikken fra tidligere afsnit, omkring antallet af ulovlige aktionærlån i Danmark.

TILBAGEBETALING – EN ANALYSE AF TILBAGEBETALINGSSCENARIET

I det følgende behandles og analyseres et tilbagebetalingsscenarie og L 199's effekt på dette scenarie. Scenariet omkring tilbagebetaling betragtes som relevant, da aktionæren ved konkurs skal tilbagebetale et allerede beskattet lån med hovedstolen og ikke blot med det reelle provenu.

Det er ønsket at belyse, hvorvidt der bliver tale om en dobbelt-/trippelbeskatning. Det fremgår af lovforslaget, at der ved tilbagebetaling af et aktionærlån ikke skal ske en regulering i selskabets skattepligtige indkomst. Dette ophæver imidlertid ikke beskatningen hos aktionæren, og derfor er det interessant at se om der sker en eventuel dobbelt-/trippelbeskatning, samt hvilke yderligere skattemæssige konsekvenser dette kan have.

Tidligere har loven påskrevet, at hvis hovedaktionæren har et aktionærlån og selskabet går konkurs, da får aktionæren et fradragsberettiget tab på aktier, fordi aktionærlån i en sådan situation anses for aktier afviklet til kurs 0 kr. Derfor har aktionæren opnået en skattefri gevinst på sin gæld til selskabet og et fradragsberettiget tab på sine aktier i selskabet.

Efter vedtagelsen af L 199, ønsker Danmark at undgå en situation som ovenstående, idet SKAT typisk antager, at aktionærens låntagning har været en medvirkende årsag til konkursen. Således er det også ønsket at beskatte en debitor, såfremt vedkommende ligeledes er aktionær⁷⁷.

⁷⁷ L 199, s. 9-10.

I visse tilfælde kan det antages at "prisen" for et aktionærlån bliver så høj, at det grænser til rockerrenter⁷⁸. En nærmere uddybelse af dette følger i næstkommende afsnit.

Konkurslovens rolle

Selve konkursloven og dennes anvendelse vil ikke blive behandlet udtømmende. Der gøres imidlertid opmærksom på, at der ved konkurs kan opstå et scenarie, hvor låntager vil føle sig særligt hårdt straffet.

Hvis et selskabet går konkurs, gælder konkurslovens § 110. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Kurator skal ved udførelsen af sit hverv varetage boets interesser og herunder sikre boets aktiver og foretage de fornødne skridt til værn mod uberettigede dispositioner over aktiverne samt repræsentere boet i enhver henseende. Kurator skal fremme boets behandling mest muligt. Kurator kan for boets regning antage fornøden sagkyndig bistand."

Det fremgår her, at kurator skal varetage boets interesser. Med interesser henvises der til sikringen af boets aktiver, som eksempelvis skyldige beløb mm.

Der tages udgangspunkt i følgende model:

⁷⁸ Med rockerrenter henvises der til urimeligt høje renter, der ikke modsvarer den faktiske gæld.



Med udgangspunkt i ovenstående model opstilles et eksempel, hvor en aktionær optager et aktionærlån på 1 mio. kr. i selskabet, der beskattes som aktieindkomst. Af de første 48.300 kr., progressionsgrænsen, sker der beskatning med 27 procent, mens der af resten sker beskatning med 42 procent.⁷⁹ Dermed opnår låntager et reelt udbytte på 587.245 kr.⁸⁰. Hvis selskabet imidlertid går konkurs, da vil kurator have et krav mod aktionæren på tilbagebetaling af hovedstolen, de 1 mio. kr. Låntager skal således tilbagebetale hele lånets beløb og ikke blot det reelle udbytte. Eksemplet forudsætter, at pengene allerede har været pålagt beskatning i selskabet (selskabsbeskatning med 25 procent).

I henhold til at kunne gennemføre en virkelighedsnær analyse af ovenstående situation, forudsættes det, at selve aktionærlånet, sker på armslængdevilkår og med en reel tilbagebetalings aftale. Det er ikke nok med en proforma aftale, hvorfor en reel tilbagebetaling skal finde sted.

Når ovenstående forudsætning er fastlagt, er det tydeligt, at der er tale om dobbeltbeskatning.

I de fleste tilfælde er låntager ikke i stand til at tilbagebetale, da vedkommendes selskab er erklæret konkurs. Der kan alligevel tænkes en situation, hvor aktionæren har midler til at tilbagebetale det lånte og indfri gælden til selskabet (kurator). I en sådan situation vil SKAT pålægge dobbeltbeskatning.

⁷⁹ Dette såfremt der er tale om udbytte, der beskattes efter PSL § 4 a, dvs. som aktieindkomst.

⁸⁰ Se bilag 1, for udregningen af det reelle udbyttet.

Lovforslaget er lavet med et fiskalt formål. Det fiskale formål overstiger den retssikkerhed, som en statsborger burde nyde. Statsborgeren bør være sikret mod dobbeltbeskatning, men i denne situation fremmer SKAT dobbeltbeskatning, frem for at begrænse det.

Situationer, hvor der opstår trippelbeskatning, kan også forekomme, hvis låntager vælger at give de lånte penge videre som gave til en nærtstående, som ikke er aktionær i selskabet. Som resultat af pengegaven skal den nærtstående beskattes. Disse dobbelt-/trippelbeskatninger er kritisable.

Rentefradrag

Aktionæren kan, på samme vis som i ovenstående tilfælde, få udbetalt et aktionærlån. På lånet er der lavet en faktisk afdragsordning, samt lånoptagelse på armslængde vilkår.

Når der konstateres vanlig tilbagebetaling, som det er tilfældet med et almindeligt banklån, bør aktionæren opnå fradrag for de renter, der måtte være tilskrevet lånet. Det fremgår, at der efter SL § 6, stk. 1, litra e er fradrag for renter:

“§6 Ved Beregningen af den skattepligtige Indkomst bliver at fradrage:

e) Renter af Prioriteter og anden Gæld, samt hvad der er anvendt til blot Vedligeholdelse eller Forsikring af de af den skattepligtiges Ejendele, hvis Udbytte beregnes som Indkomst. Derimod kan ikke fradrages, hvad der af den skattepligtige er anvendt til Afdrag paa hans Gæld, hvilket ogsaa gælder om Fideikommisbesidderes Afdrag paa Fideikommissets Gæld”.

Det ses af bestemmelsen, at der bør være fradrag for de renter, der betales til et aktionærlån, hvis det forudsættes, at lånet rent faktisk tilbagebetales og der er en realistisk afdragsordning. SKAT vil i et sådant tilfælde, efter LL § 16 E, omkvalificere lånet til en hævning uden tilbagebetalingspligt, og derfor fortabes fradragsretten. Selve omkvalificeringen er ligegyldig i ovenstående tilfælde, da der i realiteten er tale om et lån, idet låntager (aktionæren) betaler renter og afdrag, jf. sag C-321/05, Kofoed. Her fastslog domstolen, at SKAT ikke frit kan omkvalificere udbytte til løn eller andet, såfremt der er tale om lovlige udbetalinger. En lovlig udbetaling kunne f.eks. være et aktionærlån udbetalt fra et datterselskab i et andet EU-land. Denne dom taget i betragtning, skal SKAT huske, at de ikke vilkårligt kan omkvalificere lån til udbytte, løn eller andet.

Renteudgiften defineres som:

“Efter denne anerkendes en renteudgift kun som beløb, der er et sædvanligt periodisk vederlag til kreditor - beregnet som en bestemt procentdel af den til enhver tid værende gæld⁸¹”

Det tolkes af denne definition, at et aktionærlån, hvor der forefindes en rentebetaling, som har en periodisk karakter med en bestemt procentdel, vil blive kvalificeret som en renteudgift. Når der konstateres en renteudgift, er der fradragsret for denne. Hvis der i andre EU-land, hvor aktionærlån er lovlige, stilles krav om, at der i forbindelse med lånoptagelsen skal indgås en aftale om rente- og afdragsbetaling, da peger dette i retning af et lån og ikke løn eller lignende. Det samme gør sig gældende, hvis det i et andet EU-land er lovpligtigt at afvikle aktionærlån på lige fod med andre typer af lån. SKAT vil i medfør af LL § 16 E omkvalificere dette, og dermed se stort på de udenlandske regler. I en sådan situation bør der imidlertid være rentefradrag for den danske aktionærs renteudgifter i udlandet.

⁸¹ Ligningsvejledningen 2010-2.

Delkonklusion

Afslutningsvist kan det konkluderes, at tilbagebetaling er en situation, som låntager helst vil undgå, da denne i så fald skal betale hovedstolen tilbage frem for blot det reelle provenu. Det kan ikke afvises, at aktionæren ender i en situation, hvor denne bliver dobbeltbeskattet.

Derudover gøres der opmærksom på situationen omhandlende renter og afdrag, hvor det er vigtigt at understrege, at der fra SKATs side ikke vil gives fradrag for et aktionærlån, netop fordi SKAT ikke vurderer det som værende et lån, men i stedet som løn eller udbytte.

Det interessante er, når der sker låntagning i et datterselskab i et andet EU-land, hvor der er krav til betaling af renter og afdrag på aktionærlån. Dette bekræfter dispositionens status som lån, og her burde der således være fradrag for renterne, da dette bekræfter, at der optages et lån på armslængde vilkår og med tilbagebetalingsrealitet. Situationen kan ligeledes forekomme i Danmark, hvis der optages et lån med reel tilbagebetalingsforpligtelse og rente efter armslængdeprincippet. I det tilfælde bør det fremhæves, at det er kritisabelt, at aktionæren ikke kan opnå fradrag for renterne.

STRAFFERETLIGE ASPEKT

I dette afsnit følger en gennemgang af, hvilken strafferetlig konsekvens, det kan have at optage et, i ligningslovens forstand, ulovligt aktionærlån. Ydermere beskriver og analyserer afsnittet den overordnede konsekvens af beskatningen af aktionærlån i forhold til et retspolitisk synspunkt.

Ifølge lovforslaget tillader SKAT, at der sker en ompostering således, at aktionæren får mulighed for at ompostere saldoen på en mellemregningskonto, så den i stedet bliver anset for løn. Aktionæren har i situationen pligt til at selvangive, og samtidig får selskabet mulighed for at fradrage beløbet som driftsomkostning.

Ovenstående gælder også såfremt beløbet bliver overført ved en fejl. Tilbagebetaling af pengene i et sådant tilfælde vil ophæve beskatningen⁸², og omposteringen vil kunne ske med tilbagevirkende kraft. Derudover har aktionæren mulighed for, såfremt ompostering i første omgang ikke er en mulighed, at få genoptaget sagen hos SKAT og på den måde slippe for, at der efter LL § 16 E sker beskatning for et ulovligt aktionærlån.

Omgørelsen skal ske med hjemmel i skatteforvaltningslovens (SFL) § 29. For at få genoptaget sagen hos SKAT, skal de 5 betingelser i SFL § 29 alle være overholdt. Af bestemmelsen følger blandt andet, at dispositionen ikke i overvejende grad må være båret af et ønske om at udskyde eller undgå beskatning. I en skattemæssig sammenhæng skal dispositionen ligeledes have fået en utilsigtet virkning af væsentlig karakter. Hvis aktionærens manglende eller fejlagtige disposition ikke kan føre til omgørelse eller ompostering, og omgørelsen bliver underkendt af SKAT, da kan denne pålægges en bøde.

Det er op til SKAT, om der kan selvangives på et senere tidspunkt end det oprindelige,

⁸² Se BDO Depechen nr. 20, 2012, hvor en række spørgsmål fra revisionskontorer og FSR er blevet besvaret af skatteministeriet.

jf. SFL § 30. Overtrædelse af reglerne omkring selvangivelse straffes blandt andet efter skattekontrollovens (SKL) § 13, omhandlende skattesvig. Hvis en person har haft direkte forsæt til ukorrekt selvangivelse, dvs., hvis en person har afgivet urigtige eller vildledende oplysninger, da kan denne straffes med op til 1 år og 6 måneders fængsel, jf. SKL § 13, stk. 1, mens uagtsomhed kan føre til en bøde, jf. SKL § 13, stk. 2⁸³.

Samtidig med at aktionæren kan ansøge om omgørelse af en disposition eller ændring af selvangivelse med tilbagevirkende kraft, skal selskabet huske at indeholde kildeskat af A-indkomst i forhold til aktionæren. Dette hvis der udbetales et ulovligt aktionærlån til vedkommende. Desuden skal selskabet også indeholde udbytteskat, hvis lånet kvalificeres som sådan. Selskaberne skal indeholde skat af udbytte, jf. KSL § 65, stk. 1, og selskabernes pligt til at indeholde A-skat følger af KSL § 46, stk. 1⁸⁴. Hvad, der forstås ved A-skat, er oplistet i KSL § 43 litra k.

Såfremt selskaberne ikke indeholder korrekt kildeskat⁸⁵, kan de gøres strafansvarlige som følge af forsømmelsen. Selskaberne hæfter desuden for den manglende indeholdelse af kildeskat. Strafansvaret for manglende indeholdelse af kildeskat, følger af KSL § 74. Det følger af U.1989.612V at overtrædelse af KSL § 74 i yderste konsekvens kan føre til fængselsstraf.

Manglende indeholdelse af kildeskat fra selskabets side, eller ufuldstændig selvangivelse fra aktionæren, hvis denne ikke får SKATs anerkendelse af efterfølgende omgørelse, kan medføre yderst hårde konsekvenser. Aktionæren eller selskabet risikerer ikke blot at blive straffet med bøde, de risikerer ligeledes at blive straffet med fængsel, hvis forholdene taler herfor. Der skal imidlertid mere end blot almindelig overtrædelse af reglerne til, førend der kan straffes med fængsel. Eksempelvis kan straffen udmunde i fængsel, hvis en aktionær tidligere har forbrudt sig mod reglerne i skattelovgivningen eller det økonomiske forhold har en væsentlig karakter.

⁸³ For nærmere beskrivelse af selvangivelsespligten, se Jan Pedersen, Skatteretten 1, 6. udgave, s. 102-103.

⁸⁴ Se nærmere om indeholdelse af A-skat, Jan Pedersen, Skatteretten 1, 6. udgave, s. 101-102.

⁸⁵ For mere om konsekvensen af manglende indeholdelse af kildeskat se Jan Pedersen, Skatteretten 4, side 279-280.

Et ulovligt aktionærlån kan i yderste konsekvens føre til både beskatning, bøde og eventuel fængsel. Hvilket må siges at være en vidtrækkende konsekvens af en disposition, der i en lang række EU-lande er lovlig.

Et andet strafferetligt aspekt er SKATs rolle i forhold til de øvrige myndigheder. Kan SKAT eksempelvis anvendes som afsæt for søgsmål mod et selskab, der har ydet et ulovligt aktionærlån? SKAT kan såfremt de har beskattet et aktionærlån, være afsæt for Erhvervs- & Selskabsstyrelsens (E & S) anvendelse af denne beskatning som bevis for ulovligheden og den deraf følgende bødestraf efter selskabslovgivningen.

Begrebet selvinkriminering⁸⁶ bliver aktuelt, hvis SKAT blot kan anvende revisorens påtegning i regnskabet som grundlag for beskatning, hvorefter sagen ender hos E & S som en tilbagebetalingssag med en eventuel bødestraf for overtrædelse af selskabsloven.

Selvinkriminering kan samtidig opstå i de tilfælde, hvor SKAT omkvalificerer et aktionærlån til løn eller udbytte, for derefter at bede aktionæren om at fremlægge de relevante dispositioner/oplysninger. I situationen kan der opstå en selvinkrimineringsproblematik, da aktionærens oplysninger til SKAT risikere at være relevante i forhold til en efterfølgende straffesag mod vedkommende. På den måde risikerer aktionæren ubevidst at gøre sig selv til skydeskive for myndighedernes krav mod denne. Forbuddet mod selvinkriminering fremgår af retsplejelovens § 752, stk. 1.

Det kan blive overordentligt let for SKAT, hvis de som i ovennævnte, kan anvende påtegningen i regnskabet som grundlag for en straffesag mod aktionæren eller selskabet. Dette ses i de tilfælde, hvor der foreligger ukorrekt selvangivelse hos aktionæren eller manglende indeholdelse af den beskatningspålagte indkomst hos selskabet. Yderste konsekvens af dette vil være de øvrige myndigheders efterfølgende sanktionering af forholdet, som kan føre til en mulig fængselsstraf.

⁸⁶ Se nærmere om selvinkriminering Sten Bønsing, Almindelig forvaltningsret.

Retssikkerheden kan rykkes for aktionæren, når myndighederne i situationen relativt let kan retsforfølge denne. Samtidig kan det være uoverskueligt for aktionæren at gennemskue den strafferetlige konsekvens af LL § 16 E. Lånet er i første omgang ulovligt efter selskabsloven, men kan derudover være ulovligt efter ligningsloven. På trods af aktionærlånets ulovlighed i Danmark, kan lånet være fuldt lovligt i andre EU-lande. Det kan derfor være svært for en dansk aktionær, der optager et lovligt aktionærlån i sit udenlandske datterselskab, at gennemskue de strafferetlige konsekvenser på området. En simpel forglemmelse kan i yderste konsekvens føre til fængselsstraf.

Det skal i forbindelse med det strafferetlige aspekt ærindres, at der er forbud mod dobbeltstraf i dansk ret, det såkaldte "ne bis in idem" princip. Princippet følger af artikel 4 i tillægsprotokol nr. 7 af 22. november 1984 fra Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder. Aktionæren vil ikke, såfremt vedkommende er dømt i en administrativ straffesag hos SKAT, kunne blive straffet yderligere i selskabsretlig sammenhæng. E & S vil kun kunne pålægge aktionæren at tilbagebetale lånet, jf. SEL § 215.

Delkonklusion

I forhold til det strafferetlige aspekt må det konkluderes, at det kan få vidtgående konsekvenser at optage et aktionærlån - efter indførelsen af L 199. I yderste konsekvens kan overtrædelse af reglerne føre til fængselsstraf for såvel aktionær, som selskab. Det er tidligere anført, at dette er ganske vidtgående, for en disposition, der er lovlig i andre EU-lande.

KONKLUSION

Det har i dansk selskabslovgivning altid været målet at ulovliggøre aktionærlån, og derfor er lovgivningens ordlyd løbende blevet ændret for at sikre mod optagelse af aktionærlån. Lovgiver ønsker ikke, at hovedaktionæren i de enkelte selskaber via aktionærlån tømmer selskabet for kapital og på den måde forringer de øvrige interessenters retstilling. De seneste års udvikling i erhvervslivet har imidlertid vist, at der på trods af et selskabsretligt forbud mod aktionærlån, alligevel optages et fortsat stigende antal. Denne udvikling har ført til udarbejdelsen af L199, da lovgiver ønsker en stærkere sanktionsmulighed end den selskabsretlige. Som tidligere nævnt i nærværende fremstilling, indfører L 199 beskatning af aktionærlån, og det er lovgivers opfattelse, at dette vil hindre optagelsen af aktionærlån og samtidig give kroner i statskassen. Lovforslaget har hovedsageligt et fiskalt formål, hvilket også fremgår af bemærkningerne til dette.

Hvis et aktionærlån bliver beskatningspålagt efter de danske regler, da skal det ske ved indkomstopgørelse af lånet som enten løn eller udbytte. Formuleringen i bemærkningerne til lovforslaget om, at der ligeledes kan tænkes en anden indkomsttype, eksempelvis tilskud, findes efter nærværende ikke at være hverken relevant eller anvendeligt. Formuleringen ”med videre” i L 199 får form af en generalklausul, der skal hindre kreativ aktionærlåns maskering.

Det førnævnte fiskale formål synes at overskygge alt andet i forhold til beskatning af aktionærlån. Således er der i lovforslaget ikke taget højde for en EU-retlig problemstilling. I nærværende fremstilling er det påvist, at netop denne problemstilling kan tænkes at hindre de EU-retlige friheder. L 199 kan derfor potentielt underkendes af EU-Domstolen såfremt, at der foreligges en præjudiciel sag vedrørende beskatningen af aktionærlån fra udenlandske datterselskaber.

En anden problemstilling i forhold til det EU-retlige perspektiv er L 199's hindring af rentefradrag, hvis der betales renter og afdrag på et aktionærlån. Et aktionærlån fra et

udenlandsk datterselskab, hvor der er krav om rentebetaling, vil derfor ikke kunne fradrages hos den danske aktionær. Dette er en restriktion af etableringsretten og kapitalens fri bevægelighed og hindrer samtidig EU-borgerens deltagelse i det økonomiske liv på lige fod med øvrige borgere.

I forhold til L 199 er det kritisabelt, at der, ved tilbagebetaling af et aktionærlån, kan blive tale om en forrentning af lånet, hvis forrentningen overstiger en normal forrentning på et lignende lån. Når der forefindes en realitet i både renter og afdrag, og dette ikke blot er et proforma arrangement, da skal låntager have fradragsmulighed på samme vilkår som øvrige låntagere. Selve realiteten, der bekræfter dispositionen som et lån, bør ikke give SKAT mulighed for at omkvalificere et reelt lån til udbytte eller løn og dermed tilsidesætte den civilretlige kvalificering af lånet, såfremt det stammer fra et udenlandsk datterselskab. Rentebetaling, der sker på armslængde vilkår, bør give fradragsret hos låntager, uanfægtet lånets type.

Det er ligeledes kritisabelt, at der - i yderste konsekvens - kan blive tale om fængselsstraf for en aktionær ved manglende selvangivelse af det beskatningspligtige aktionærlån. Især med tanke på, at låntagningen i andre EU-lande er lovlig. Det synes derfor at være en for vidtgående sanktion af et aktionærlån.

Det fremgår af nærværende fremstilling, at der er en række kritik punkter i forhold til L199. Det er således kritisabelt, at en aktionær risikerer fængselsstraf eller, at denne ikke kan opnå fradragsret for rentebetaling af et reelt lånearrangement. Disse punkter anses som sagt for kritisable, men retstillingen ville ikke alene på baggrund af disse kritikpunkter være anfægtelige. L199 står således dets ultimative prøve, når lovforslaget ses i forhold til EU-retten.

Med nærværende speciales behandling af beskatningen af aktionærlån i erindring, kan der ikke efter forfatterens mening være tvivl om, at en beskatning af aktionærlån, efter den netop indførte LL § 16 E, strider mod EU-retten og ændringerne efter L199.

PERSPEKTIVERING - UDFALD AF EN EVENTUEL SAG VED EU-DOMSTOLEN

I det følgende vil spørgsmålet om udfaldet af en eventuel præjudiciel sag ved EU-Domstolen blive analyseret, for at sætte L199 i et fremtidigt perspektiv.

Kapitalens fri bevægelighed berøres ikke direkte af L 199 - forstået på den måde, at kapitalen frit kan bevæge sig. Problemet opstår kun i det tilfælde, hvor der med hjemmel i moder-/datterdirektivet frit kan flyttes penge til et andet EU-land, hvorefter der optages et aktionærlån i det udenlandske datterselskab, og Danmark herefter ønsker at beskatte lånet.

Det er en afledt effekt af ovenstående, at selskaber derfor ikke ønsker at flytte kapitalen, da der ikke kan drages fordel af flytningen. Ideelt set, vil der kun opnås fordel, ved skattefrit at flytte udbytte⁸⁷ over i et datterselskab i et andet EU-land, for derefter at optage aktionærlån uden beskatning.

I sag C-478/98, Kommissionen mod Belgien fremgår det, at medlemsstaterne skal være forsigtige med at pålægge restriktioner, da EU ønsker at slå hårdt ned på de lande, der forbryder sig mod frihederne.

Hvis SKAT beskatter et aktionærlån optaget i et andet EU-land, strider dette mod præcedens, og den danske restriktion er således tvivlsom. Selvom der i TEUF art. 65 findes en undtagelse, der giver hjemmel til at fastsætte egne skatteregler, har kapitalens fri bevægelighed forrang. Det må derfor forventes, at EU-retten vil forsvare denne frihed og fastholde deres synspunkt til restriktioner.

Selve EU's vision er at sikre frihederne for den enkelte EU-borger. Ved indtrædelse i EU har Danmark pligt til at sikre overholdelsen af disse friheder, og en begrænsning i disse kan kun ske i et minimalt omfang med øje for sikringen af borgerens rettigheder.

⁸⁷ Den skattefrie flytning sker via bestemmelser i fusionsbeskatningsdirektiv 2009/133 og moder-/datterselskabsdirektivet 2011/96.

Dette er endnu et eksempel på, at L 199 strider mod EU-retten og dermed ikke er forenelig med EU's vision om et frit indre marked, hvor kapitalen uhindret kan flyde over EU-landegrænser.

En præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen omkring den danske beskatning af aktionærlån, vil som følge af tidligere analyse betyde, at lovforslaget vil blive underkendt. Dette skal ses på baggrund af den stridighed der er imellem lovforslaget og EU-retten, samt præcedens for begrænsninger i EU-borgerens rettigheder/friheder. Begrænsninger eller restriktioner i disse rettigheder kan ikke forsvares med almene hensyn.

ABSTRACT

In this paper, the new rules on taxation of shareholder loans are analysed. The rules are put into context with previous legislation. After which they are analysed in relation to the basis of taxation. Finally the rules are analysed regarding a EU legal issue, since the rules may be unconstitutional to the common EU citizen's freedoms.

Shareholder loans will be regarded as a withdrawal after the introduction of LL § 16 E, , and the loans will be taxed as either salary or dividends, this will result in taxation of the individual shareholder in his taxable income. Tax law overrides the civil laws qualification of the loan.

Shareholder loans will also be liable to taxation, when the loan is withdrawn from companies resided in a foreign EU country.

The paper illustrates other issues such as a criminal law aspect, and the impact of repayment of shareholder loans in case of bankruptcy.

The paper concludes that L 199 is contrary to EU law, and that L 199 cannot be justified by public interest. In case of a preliminary lawsuit the EU Court of Justice will reverse the law.

LITTERATURLISTE

Bøger

Jakob Bundgaard, *Skatteret & civilret*, 1. udgave, Forlaget Thomson, 2006.

Sten Bønsing, *Almindelig forvaltningsret*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.

Bent Græsvænge m.fl., *Aktieselskabsloven af 1973 med kommentarer*, 1. udgave, G.E.C. Gads Forlag, 1973

Malene Kerzel, *Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

H.B. Krenchel, *Haandbog i dansk aktieret*, 1. udgave, G.E.C. Gads Forlag, 1930.

H.B. Krenchel, *Håndbog i dansk aktieret*, 2. udgave, G.E.C. Gads Forlag, 1954.

Aage Michelsen m.fl., *Lærebog om indkomstskat*, 13. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.

Jan Pedersen m.fl., *Skatteretten 1*, 6. udgave, Karnov Group Denmark, 2013.

Jan Pedersen m.fl., *Skatteretten 2*, 6. udgave, Karnov Group Denmark, 2013.

Jan Pedersen m.fl., *Skatteretten 2*, 5. udgave, Thomson Reuters Professional, 2009.

Jan Pedersen m.fl., *Skatteretten 4*, 5. udgave, Thomson Reuters Professional, 2009.

Karsten Engsig Sørensen m.fl., *EU-retten*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2010.

Carl Torp, *Den danske selskabsret*, 1. udgave, G.E.C. Gad, 1919.

Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2011/12*, 13. udgave, Thomson Reuters Professional, 2011.

Erik Werlauff, *Selskabsskatteret 2012/13*, 14. udgave, Karnov Group Denmark, 2012.

Erik Werlauff, *Selskabsret*, 8. udgave, Thomson Reuters Professional, 2010.

Erik Werlauff, *Selskabsskatteret*, 3. udgave, GadJura, Forlaget Thomson, 1999.

Artikler

BDO Depechen, Nyhedsbrev om skat og moms, nr. 20, 12. september 2012

FSR-danske revisorer, pressemeddelelser 2012, Fortsat mange ulovlige aktionærlån,
17.10.2012.

Børsen, net-artikel, Ulovlige aktionærlån i ny stigning, 16.10.2012.