

Udvalgte skatteretlige problemstillinger i forbindelse med kapitalforhøjelse til overkurs

Selected tax law issues in connection with capital increase at a premium

af THOMAS NORDESTGAARD MORTENSEN

Afhandlingen omhandler i hvilket omfang, der er et retligt grundlag for, at kapitalforhøjelser til overkurs udløser skatteretlige konsekvenser for henholdsvis det kapitalandelsudstedende selskab og kapitalejerne i dette. Det fremgår af selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 1, at en overkurs, som et selskab opnår ved en kapitalforhøjelse, ikke medregnes til den skattepligtige indkomst. I administrativ praksis har der imidlertid vist sig at være tilfælde, hvor en sådan overkurs er blevet beskattet i det kapitalandelsudstedende selskab. I afhandlingen konkluderes det, at der ikke er hjemmel til at foretage en beskatning af overkursbeløbet hos selskabet. Det konkluderes endvidere, at nyere administrativ praksis har underkendt de tidligere afgørelser, hvor der blev statueret beskatning. Skattemyndighederne har tillige truffet afgørelser, hvor overkursstegninger har haft skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne. Det konkluderes, at da en kapitalforhøjelse til overkurs blot medfører en værdistigning på kapitalejernes kapitalandele, er der ikke hjemmel til at foretage beskatning af kapitalejerne i forbindelse med kapitalforhøjelsen, da denne således ikke medfører, at kapitalejerne realiserer en formuefordel. I særlige tilfælde kan overkursbeløbet dog omkvalificeres til en skattepligtig formuefordel for kapitalejerne, hvis der er et sådant misforhold mellem form og indhold, at realitetsgrundsætningen kan anvendes.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	2
1.1 PROBLEMFOMULERING.....	2
1.2 TEORI- OG METODEVALG.....	3
1.2.1 Generelt om administrative afgørelser som retskilde.....	3
1.3 AFGRÆNSNING.....	4
2 SKATTERETLIGE PROBLEMSTILLINGER I FORBINDELSE MED KAPITALFORHØJELSE TIL OVERKURS	4
2.1 BEGREBET OVERKURS	4
2.2 SONDRINGEN MELLEM TILSKUD OG INDSKUD	5
2.2.1 Beskatning af tilskud i selskaber	5
2.3 OM OVERKURSREGLEREN	6
2.4 ANVENDELSESOMRÅDET FOR OVERKURSREGLEREN.....	7
2.4.1 Direkte og indirekte overkurs	8
2.5 OMKVALIFICERING AF SKATTEFRI OVERKURS TIL SKATTEPLIGTIGT TILSKUD.....	9
2.5.1 Tilskudsbeskatning	9
2.5.1.1 Maskeret disposition og realitetsgrundsætningen	9
2.5.1.2 Betydning af overkursens størrelse.....	10
2.5.1.3 Omgåelse og misbrug.....	12
2.5.1.4 Ligevægtsprincippet	13
2.5.1.5 Hjemmel til afgørelsen i TfS 2004, 126 LR	15

2.5.1.6	Skattemyndighedens afgørelse i TfS 2006, 670 LSR	15
2.5.1.7	Betydningen og rækkevidden af Landsskatterens kendelse i TfS 2006, 670 LSR for retsstillingen på området	16
2.5.1.8	Nyere praksis til belysning af retsstillingen	18
2.5.1.9	Afrunding og opsummering på retsstillingen i praksis	20
2.5.1.10	Bør en skattefri overkurs kunne blive omkvalificeret til et skattepligtigt tilskud for selskabet?	20
2.5.1.11	Skattefrie koncerntilskud efter SEL § 31 D og skattefrie datterselskabsudbytter efter SEL § 13, stk. 1, nr. 2,	21
2.6	KAPITALFORHØJELSE TIL OVERKURS VED GÆLDskonVERTERING	22
2.6.1	<i>Beskatning af kursgevinst</i>	22
2.6.1.1	Gældskonvertering til overkurs i insolvente selskaber	25
2.6.1.2	Afrunding og opsummering på retsstillingen i praksis	26
2.6.1.3	Lempelsesregler i kursgevinstloven	27
2.7	SKATTERETLIGE KONSEKVENSER FOR KAPITALEJERNE I FORBINDELSE MED KAPITALFORHØJELSE TIL OVERKURS	28
2.7.1	<i>Kapitalandelens anskaffelsessum ved kapitalforhøjelse til overkurs</i>	28
2.7.1.1	Kapitalandelens anskaffelsessum ved kapitalforhøjelse til overkurs ved gældskonvertering – herunder maskeret gældskonvertering	29
2.7.2	<i>Gavebeskatning eller lignende af værdistigning på kapitalandele</i>	31
2.7.2.1	Praksis til belysning af retsstillingen om værdistigning på kapitalandele	34
2.7.2.2	Lagerbeskatning	36
2.7.3	<i>Beskatning som udlodning</i>	36
2.7.3.1	Praksis til belysning af retsstillingen	37
2.7.3.2	Senere praksis ved kendelsen i TfS 2005, 42 LSR	38
2.7.3.3	Begrundelsen for kendelsen i TfS 2005, 42 LSR	39
2.7.3.4	Realitetsgrundsætningen i forhold til TfS 2005, 42 LSR	39
2.7.3.5	Realisationsprincippet	40
2.7.3.6	3-års reglen og den nye sontring i forhold til beskatning af aktieavancer	41
2.7.3.7	Rækkevidden af TfS 2005, 42 LSR	41
3	KONKLUSION	42
4	REFLEKSION	43
5	LITTERATURLISTE	44

1. Indledning

Omdrejningspunktet for denne afhandling er, i hvilket omfang der er et retligt grundlag for, at kapitalforhøjelse til overkurs udløser skatteretlige konsekvenser for de involverede parter.

Det fremgår af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, at en overkurs, som et selskab opnår ved en kapitalforhøjelse, ikke medregnes til den skattepligtige indkomst. I administrativ praksis har der imidlertid vist sig at være tilfælde, hvor der er sket en beskatning af det kapitalandelsudstedende selskab i sådanne situationer. På baggrund heraf kan det derfor se ud til, at der er grænser for skattefriheden efter den pågældende bestemmelse.

Skattemyndighederne har tillige truffet afgørelser, hvor overkurstegninger har haft skattemæssige konsekvenser for kapitalejerne, men det er ikke uden videre klart, om der eksisterer den fornødne hjemmel hertil.

1.1 Problemformulering

Problemformuleringen for afhandlingen er følgende:

I hvilket omfang udløses skatteretlige konsekvenser for det kapitalandelsudstedende selskab og/eller kapitalejerne i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs?

I afhandlingen vil der blive redegjort for, hvad begrebet overkurs dækker over i en skatteretlig sammenhæng. Herefter foretages analyser af udvalgte skatteretlige problemstillinger, der aktualiseres i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs. Eventuelle skattemæssige konsekvenser af kapitalforhøjelser til overkurs vil blive diskuteret og vurderet.

For at være i stand til at foretage disse analyser af de skatteretlige problemstillinger vil administrativ praksis på området blive gennemgået. Det vil blive analyseret, hvorvidt administrativ praksis er i overensstemmelse med skattelovgivningen. Der vil desuden blive foretaget en analyse af nyere skattelovgivning med henblik på betydningen heraf for afhandlingens problemformulering.

1.2 Teori- og metodevalg

Det teoretiske udgangspunkt for afhandlingen er den retsdogmatiske metode¹. I afhandlingen vil der med udgangspunkt heri blive foretaget en analyse af gældende ret ved systematisk at gennemgå de relevante retskilder. Arbejdet vil basere sig på dansk faglitteratur af både nyere og ældre dato, samt på juridiske artikler med tilknytning til overkursproblemstillingen. Som fortolkningsbidrag vil forarbejderne til de nuværende og tidligere skatteretlige love blive inddraget. Administrativ praksis fra de stedlige skattemyndigheder, Ligningsrådet, Skatterådet og Landsskatteretten samt de relevante juridiske vejledninger udgivet af SKAT, vil blive inddraget i vidt omfang. Domspraksis vil blive inddraget, når denne kan være med til at belyse de behandlede problemstillinger.

1.2.1 Generelt om administrative afgørelser som retskilde

Ved anvendelse af den retsdogmatiske metode vil man normalt søge at fremstille et billede af gældende ret, som den kan aflæses i domme, som domstolene har afsagt, eller som de ventes at ville afsige. Det billede retsdogmatikken tegner, fremstilles altså ud fra en undersøgelse først og fremmest af de pågældende love, der er udformet af Folketinget og fortolket af domstolene. Det er således en forudsætning for retsdogmatikken, at eventuelle tvister i sidste ende vil ende ved domstolene, og at praksis herfra vil kunne anvendes til at belyse retsstillingen. Indenfor skatteretten holder denne forudsætning imidlertid i praksis ikke stik, da domstolsafgørelser er sparsomme, mens de administrative afgørelser til gengæld er mangfoldige². Det er derfor væsentligt at være opmærksom på, at afhandlingen hovedsageligt er baseret på kendelser fra Landsskatteretten og bindende forhåndsbeskeder/bindende svar afgivet af Ligningsrådet og Skatterådet. Der er ingen domspraksis på området for hvorvidt et overkursbeløb i visse tilfælde kan beskattes hos det kapitalandelsudstedende selskab eller hos kapitalejerne, og de stærkeste præjudikater er derfor dem, der kan hentes fra Landsskatteretten. Da administrative afgørelser vil kunne ændres af domstolene, er de ved første øjekast ikke så udslagsgivende for retstilstanden. På områder hvor der ikke forekommer domstolsafgørelser, har administrative afgørelser, som i disse tilfælde er det sidste ord i den konkrete sag, dog stor betydning for retsforholdene. Den administrative praksis, som disse afgørelser skaber, er dermed en væsentlig retskildetype³.

Det skal også bemærkes, at da Landsskatteretten til trods for dens navn ikke er en domstol, men derimod den øverste administrative klageinstans i en række sager på skatteområdet, er Landsskatte-

¹ Jf. Blume s. 66f

² Jf. Hasselbalch s. 21

³ Jf. Blume s. 162

retten underlagt officialprincippet. Dette har den betydning, at Landsskatteretten har ansvaret for, at de af egen drift oplyser sagen tilstrækkeligt, før de træffer en afgørelse. Landsskatteretten er således, modsat domstolene, som er underlagt forhandlingsprincippet, ikke bundet af parternes påstande og anbringender⁴. Officialprincippet vil derfor i højere grad end forhandlingsprincippet sikre, at Landsskatteretten når det materielt rigtige resultat⁵.

Indenfor det i denne afhandling behandlede område, der domineres af administrative afgørelser, afspejler den ret der praktiseres, ikke nødvendigvis gældende ret, således som man vil definere denne i henhold til den klassiske retskildelære⁶. Netop derfor skal det undersøges, om praksis er i overensstemmelse med det retlige grundlag.

1.3 Afgrænsning

Den selskabsretlige regulering af kapitalforhøjelser ligger udenfor afhandlingens emneområde. Selskabsretlige regler og aspekter vil derfor kun blive inddraget i mindre omfang, hvor disse kan være med til at belyse de skatteretlige forhold. Gældseftergivelse i form af tvangsakkord og frivillig akkord behandles ikke særskilt, men visse regler, som også vedrører disse rekonstruktionselementer, omtales, når de har relevans for de i afhandlingen behandlede problemstillinger. Kapitalforhøjelse ved udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants er undladt. Det samme gør sig gældende for reglerne om underskudsbegrænsning i forbindelse med kapitalforhøjelser ved nyttegning og ved gældskonvertering, ligesom også spørgsmålet om kreditors skattemæssige fradrag for et eventuelt kurstab i forbindelse med gældskonvertering ikke behandles, da disse emner ikke direkte vedrører afhandlingens emne. De skatteretlige regler om forskellige former for omstrukturering af selskaber, som f.eks. spaltning og fusion, vil ikke blive inddraget, da dette område er for omfangsrigt til at kunne indpasses i afhandlingen. Afhandlingen er desuden begrænset til forhold vedrørende interne danske kapitalforhøjelser til overkurs.

2 Skatteretlige problemstillinger i forbindelse med kapitalforhøjelse til overkurs

2.1 Begrebet overkurs

I aktieselskabsloven, som var forløberen for den nugældende selskabslov, var der i en periode regler om en særlig overkursfond. Aktieselskabslovens § 111, stk. 2, 1. pkt., lød således:

”Beløb, som selskabet ved aktietegning modtager som vederlag for aktierne ud over disses pålydende med fradrag af omkostninger ved selskabets stiftelse eller aktiekapitalens forhøjelse, skal henlægges til overkursfonden”⁷.

I nyere selskabsretlig litteratur er overkurs defineret således: *”Udtrykket ”overkurs” anvendes om en kurs, der ligger over andelens pålydende værdi (...)”⁸*. Begrebet kan i forhold til selskabsskatte- loven (herefter SEL) § 13, stk. 1, nr. 1, defineres som, at *”Der foreligger en overkurs, når vederla-*

⁴ Jf. Garde s. 331 og 378

⁵ Jf. Garde s. 330

⁶ Jf. Hasselbalch s. 21

⁷ Som affattet ved L 1990-05-16 nr. 308

⁸ Jf. Christensen s. 170

get for aktierne overstiger disses pålydende”⁹, ligesom Landsskatteretten definerer begrebet således: ”Ved overkurs skulle forstås, at der blev indskudt større værdier end den nominelle værdi af aktieudstedelsen eller aktieudvidelsen”¹⁰. På baggrund af ovenstående kan det udledes, at begrebet overkurs er defineret ens i skatteretten og selskabsretten¹¹. Overkursbegrebet skal således forstås i overensstemmelse med civilretten¹².

En favørkurs er en kurs under markedskursen. Der er ikke noget i vejen for, at en overkurs kan være en favørkurs, da markedskursen kan være højere end overkursen. En overkurs kan dermed være enten højere eller lavere end markedskursen¹³.

2.2 Sondringen mellem tilskud og indskud

Overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, finder anvendelse på en overkurs, som et selskab opnår ved udstedelse af aktier eller ved udvidelsen af sin aktiekapital. En sådan kapitaltilførsel, i forbindelse med udstedelse af kapitalandele eller ved udvidelse af selskabskapitalen, er hvad, der i det følgende forstås som et indskud. Overkursreglen omfatter herefter alene indskud.

Overkursreglen finder derimod ikke anvendelse på tilskud som et selskab modtager. ”Tilskud kan defineres som indskud i selskaber uden vederlæggelse i form af aktieudstedelse”¹⁴. Tilskudsbegrebet kan præciseres yderligere som,

”(…) ensidige tilskud fra aktionærer til selskab uden hverken yderligere aktieudstedelse til aktionæren eller en tilbagebetalingsforpligtelse for selskabet”¹⁵.

Foreligger der en tilbagebetalingsforpligtelse for selskabet, er der tale om et lån og derfor ikke om tilskud. I sidstnævnte definition af tilskud nævnes kun aktionærer som tilskudsydere. I princippet kan ikke-kapitalejere også foretage et tilskud til et selskab, men da tilskuddet ikke modsvares af kapitalandele eller en tilbagebetalingsforpligtelse for selskabet, forekommer tilskud i praksis alene fra kapitalejere¹⁶.

2.2.1 Beskatning af tilskud i selskaber

Hovedreglen for tilskud i selskaber er, at et sådant udløser skattepligt for det modtagende selskab jf. statskatteloven (herefter SL) § 4. At det forholder sig sådan har været antaget i mange år, men det var først med dommen U.2002.816/2H, at denne retstilstand fik Højesterets direkte tilslutning¹⁷. Højesteret udtalte, at

”Der er herefter ved moderselskabets (tilskudsydere) betaling af 48 mio. kr. af købesummen (dette var således tilskuddet) sket betaling for et aktiv, som appellanten (tilskudsmodtageren) erhvervede. Vi finder, at der i statskattelovens § 4 sammenholdt med selskabsskattelovens § 8 og § 13, stk. 1, nr. 1, er hjemmel til at indkomstbeskatte

⁹ Jf. Jacobsen s. 253

¹⁰ Jf. TfS 2000, 418 LSR s. 4

¹¹ Jf. ligeledes TfS 2006, 729 s. 4

¹² Jf. SPO.2004.355 s. 7

¹³ Jf. Ramskov s. 515 note 12

¹⁴ Jf. SPO.2004.355 s. 1

¹⁵ Jf. Ramskov s. 318

¹⁶ Jf. SPO.2004.335 s. 1

¹⁷ Jf. SPO.2004.355 s. 1

*en sådan betaling (tilskud)*¹⁸.

Dommen udtrykker således, at SL § 4 også finder anvendelse for selskaber i medfør af SEL § 8, stk. 1, som lyder:

”Den skattepligtige indkomst opgøres efter skattelovgivningens almindelige regler, for så vidt de efter deres indhold er anvendelige på de i denne lov omhandlede selskaber og foreninger mv.(...)”.

Fra administrativ praksis kan nævnes en afgørelse¹⁹, hvor en hovedanpartshaver ad fire omgange havde indsat et samlet beløb på 1 mio. kr. på selskabets bankkonti. Skattemyndigheden anså herefter selskabet for skattepligtig heraf som et tilskud jf. SL § 4. Landsskatteretten var enig med skattemyndigheden heri.

Nedenfor i afsnit 2.5.1.11 om skattefrie datterselskabsudbytter jf. SEL § 13 stk. 1 nr. 2 og skattefrie koncerntilskud jf. SEL § 31 D er disse undtagelser til beskatning efter SL § 4 behandlet.

2.3 Om overkursreglen

Overkursreglen kommer til udtryk i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, som siger:

”Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke: Overkurs, som et selskab opnår ved udstedelse af aktier eller ved udvidelsen af sin aktiekapital”.

Det skal i denne forbindelse nævnes, at der naturligvis ej heller udløses nogen skattemæssige konsekvenser for selskabet for den del af indskuddet, der ikke udgør overkursen, dvs. den del af indskuddet, der svarer til kapitalandelenes pålydende værdi.

Selvom bestemmelsen udelukkende nævner aktier og aktiekapital, omfatter denne også anpartsselskaber, da SEL § 1, stk. 1, nr. 1, siger, at

”Skattepligt i henhold til denne lov påhviler følgende selskaber og foreninger mv., der er hjemmehørende her i landet: indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber”.

Denne i loven direkte indskrevne sidestilling af anpartsselskabers skattepligt med aktieselskabers skattepligt blev indføjet ved L 2009-06-12 nr. 516²⁰, men var også gældende forud herfor jf. anpartsselskabslovens²¹ § 135, stk. 1, som sagde at *”I love udstedt før denne lovs ikrafttræden anses ”aktieselskaber” tillige at omfatte anpartsselskaber efter denne lov”*²².

Bestemmelsen har eksisteret i sin nuværende form i selskabsskatteloven siden L 1960-06-11 nr. 255. Som angivet i forarbejderne til selskabsskatteloven af 1960²³ eksisterede overkursreglen også

¹⁸ Jf. U.2002.816/2H s. 9

¹⁹ Journalnr. 11-00661 i ”Afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet” afsagt den 14. November 2011

²⁰ Jf. § 18 nr. 1

²¹ L 1973-06-13 nr. 371

²² Jf. ligeledes § 83 i LBKG 2006-06-15 nr. 650

²³ Jf. LFF 1959-11-26 nr. 43 bemærkning nr. 1 til § 13

forud for selskabsskatteloven, da den tidligere var at finde i statsskattelovens § 4, sidste stykke (stk. 4), som lød

”Overkurs, som et Selskab opnaar ved Udstedelse af Aktier eller ved Udvidelse af sin Aktiekapital, er at betragte som Forøgelse af Aktionærernes Kapitalindskud og indgaar derfor ikke i det skattepligtige Overskud”²⁴.

Bestemmelsen blev indført i statsskatteloven i 1912, hvor den var foreslået som et ændringsforslag²⁵ delvist på baggrund af dommen U.1912.212H²⁶. At statsskattelovens § 4, sidste stykke, var influeret af den nævnte dom støttes af, at dommens præmisser genfindes i formuleringen af bestemmelsen²⁷. I dommen udtalte Højesteret, at en kapitalforhøjelse til overkurs ikke udløste beskatning for det kapitalandelsudstedende selskab. I dommen lyder det:

”Efter de i Dommen nævnte Skattelove, saaledes som disse efter Forholdets Natur maa forstaas, maa det Beløb, der ved Aktieemissionen tilflød den indstævnte Bank, ikke alene for de seks Millioners Vedkommende, men ogsaa forsaavidt angaar de til Reservefonden henlagte 540,000 Kroner, anses som Kapitalindskud i Banken og ikke som skattepligtig indtægt for denne”²⁸.

De 540.000 kr. udgjorde *”(...) en Del af det ved Tegningen saaledes indvundne Nettooverskud (...)”* som *”(...) blev henlagt til Bankens Reservefond (...)”²⁹*, hvilket altså vil sige en del af overkursbeløbet ved aktietegningen til kurs 112, mens de 6 mio. kr. udgjorde de tegnede aktiers nominelle værdi. Af bemærkningerne til ændringsforlaget fremgik det, at

”Nr. 6 (overkursreglen) giver en hidtil savnet Regel for, hvorledes den skattepligtige Indkomst skal beregnes for Selskaber og Foreninger”³⁰.

Med flytningen af bestemmelsen til SEL § 13, stk. 1, nr. 1, og omformuleringen af denne i forbindelse hermed, er der ifølge forarbejderne til selskabsskatteloven af 1960 ikke tiltænkt nogen ændring i reglens indhold og anvendelsesområde, i det det anføres at

”Bestemmelsen om, at overkurs ved aktieemissioner ikke skal medregnes til selskabets skattepligtige indkomst, svarer til den i den nugældende statsskattelovs § 4, sidste stykke, indeholdte regel”³¹.

2.4 Anvendelsesområdet for overkursreglen

Ved en gennemlæsning af overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med bestemmelsens forgænger i statsskatteloven og dennes forarbejder, synes der umiddelbart ikke at være nogen

²⁴ Jf. Lov Nr. 144 af 8. juni 1912 om Indkomst- og Formueskat til Staten jf. Lovtidende A 1912 s. 683

²⁵ Jf. Rigsdagstidende, Tillæg B, 1911-12, spalte 2780 og spalte 2789

²⁶ Københavns Magistrat mod Københavns Laane- og Diskontobank, Ugeskrift for Retsvæsen 1912 afdeling A s. 212f, Sagen nr. 80/1911

²⁷ Jf. SPO.2004.355 s. 6 note 59 og RR. SM.2004.202 s. 3

²⁸ Jf. Ugeskrift for Retsvæsen 1912 afdeling A s. 212f, Sagen nr. 80/1911

²⁹ Jf. Ugeskrift for Retsvæsen 1912 afdeling A s. 212f, Sagen nr. 80/1911

³⁰ Jf. Rigsdagstidende, Tillæg B, 1911-12, spalte 2780

³¹ Jf. LFF 1959-11-26 nr. 43 bemærkning nr. 1 til § 13

tvivl om anvendelsesområdet for denne bestemmelse. Der er tale om en objektiv regel, hvor der ikke angives andre kriterier for anvendelsen og dermed skattefriheden, end at der skal være tale om en overkurs, som fremkommer i forbindelse med udstedelse af kapitalandele eller udvidelse af selskabskapitalen.

2.4.1 Direkte og indirekte overkurs

I det følgende skal det undersøges, om overkursreglen finder anvendelse på både en direkte og en indirekte overkurs. Med en direkte overkurs forstås den udtrykkeligt erklærede overkurs, f.eks. en kapitalandel med pålydende værdi 100 kr., der kan tegnes til kurs 200. Så længe overkursbeløbet på 100 kr. bogføres som egenkapitalen i selskabet, er der tale om en direkte overkurs, da den direkte overkurs udgør et forskelsbeløb mellem nominel værdi og kursværdi af modtagne aktier eller anparter³². En direkte overkurs er uomtvisteligt omfattet af ordlyden af SEL § 13, stk. 1, nr. 1.

Hvis man foretager indskuddet som apportindskud, som værdiansættes for lavt og merværdien derfor ikke bogføres som egenkapital, er der i stedet tale om en indirekte overkurs, som foreligger som en skjult reserve i selskabet. Spørgsmålet er herefter om en sådan indirekte overkurs er omfattet af skattefriheden i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Umiddelbart er svaret på dette spørgsmål ligetil, i det den juridiske vejledning på området siger følgende:

”Skattefriheden gælder både en officiel overkurs, hvor det beløb, som aktionæren indbetaler udover aktiens pålydende værdi, bogføres i selskabet som egenkapital, og en uofficiel overkurs, hvor merværdien ikke bogføres som egenkapital, men er en skjult reserve”³³.

Skattemæssigt er det således ikke afgørende på hvilken måde overkursen konstateres³⁴.

Som begrundelse for, at en indirekte overkurs ikke skal beskattes i selskabet kan anføres, at de for indskuddet vederlagte kapitalandele reelt rummer den pågældende merværdi. Dette betyder, at indskuddet og de som modydelse herfor udleverede kapitalandele værdimæssigt svarer til hinanden, og selskabet dermed ikke er blevet begunstiget³⁵. Det er dog blevet anført, at denne betragtning kun kan være gældende, når indskyderen er enkapitalejer i selskabet. Dette synspunkt støttes på, at hvis der er andre kapitalejere end indskyderen, fordeles merværdien forholdsmæssigt på alle kapitalejere, hvilket medfører, at selskabet (og de andre kapitalejere) tilføres en ydelse uden en tilsvarende modydelse³⁶. Skatteministeriet har dog i en kommentar til kendelsen TfS 1996, 696 LSR udtalt, at

”Skattefriheden er efter bestemmelsens (SEL § 13, stk. 1, nr. 1’s) ordlyd ikke betinget af, at overkursen ikke overstiger de udstedte aktiers eller anparters indre værdi eller markedskursen”³⁷.

Dette udsagn kan tages til indtægt for, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kan anvendes selvom der er flere kapitalejere i selskabet, og kun en af disse foretager en tegning til indirekte overkurs, da en sådan situation netop kan udløse, at overkursen overstiger de udstedte aktier eller anparters indre værdi,

³² Jf. Werlauff s. 216

³³ Jf. Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

³⁴ Jf. Nielsen s. 188

³⁵ Jf. Michelsen s. 817 og Werlauff s. 216

³⁶ Jf. Werlauff s. 216

³⁷ Jf. TfS 1998, 123 SKM s. 1-2

og indskuddet dermed ikke værdimæssigt svarer til de som modydelse herfor udleverede kapitalandele. En lignende problemstilling diskuteres nedenfor i afsnit 2.5.1.4.

2.5 Omkvalificering af skattefri overkurs til skattepligtigt tilskud

På trods af, at overkursreglen, som beskrevet ovenfor, umiddelbart medfører at en overkurs ved en kapitalforhøjelse er skattefri for selskabet, er der i den skatteretlige teori, såvel som i praksis, blevet stillet spørgsmålstegn ved, om enhver overkurs er uden skattemæssige konsekvenser uanset størrelsen af denne og omstændighederne i forbindelse med kapitalforhøjelsen. At der kan forekomme tilfælde, hvor enhver overkurs ikke kan accepteres som værende skattefri for selskabet underbygges af, at den juridiske vejledning, som giver udtryk for SKATs opfattelse af gældende praksis, indeholder et afsnit kaldt ”Omkvalificering af skattefri overkurs til skattepligtigt tilskud mv.”³⁸.

2.5.1 Tilskudsbeskatning

I afsnit 2.2 er sondringen mellem indskud og tilskud beskrevet. Det fremgår af dette afsnit at udgangspunktet er, at et tilskud, hvormed forstås tilførsel af kapital, som ikke sker i forbindelse med udstedelse af kapitalandele, men hvor der ej heller er tale om at selskabet har en tilbagebetalingsforpligtelse overfor tilskudsyderen, udløser skattepligt for det modtagende selskab jf. SL § 4. Dette medfører, at hvis et selskab foretager en kapitalforhøjelse til overkurs, og overkursreglen i det givne tilfælde tilsidesættes fra administrativ side, er udgangspunktet, at selskabet er skattepligtigt af overkursbeløbet jf. SL § 4. Det skal i det følgende undersøges hvorvidt en sådan omkvalificering af overkursen til et tilskud finder sted, samt hvad de administrative myndigheder anvender som begrundelse for omkvalificeringen.

2.5.1.1 Maskeret disposition og realitetsgrundsætningen

Det er blevet anført, at hvis der er tale om en eksorbitant overkurs må transaktionen vurderes konkret med realitetsgrundsætningen i tankerne³⁹. Realitetsgrundsætningen er udtryk for, at der i skatteretlig henseende bortses fra den ydre civile retlige form, såfremt denne i væsentlig grad afviger fra det reelle og virkelige indhold i dispositionen. I stedet foretages beskatning i forhold til det reelle indhold af dispositionen⁴⁰. I forhold til overkursproblestillingen vil en anvendelse af realitetsgrundsætningen således kunne medføre, at der bortses fra den ydre civile retlige kvalifikation som overkurs, idet man anfører, at denne kvalifikation i væsentlig grad afviger fra det reelle og virkelige indhold af dispositionen, som er, at der er tale om et skattepligtigt tilskud for selskabet jf. SL § 4.

Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 2004, 126 LR har særligt givet anledning til spørgsmål i forbindelse med hvorvidt en (stor) overkurs kan omkvalificeres til et skattepligtigt tilskud for det kapitalandelsudstedende selskab. Der var i denne afgørelse tale om, at tegningen til overkurs var et led i en omstrukturering af en koncern. Forud for den planlagte omstrukturering var D A/S moderselskab, og havde fire 100% ejede danske datterselskaber. D A/S var ejet af aktionærerne A, B og C med en tredjedel hver. Den påtænkte omstrukturering indebar, at A, B og C etablerede hver deres 100% ejede holdingselskab (A ApS, B ApS og C ApS). Disse tre holdingselskaber skulle så etablere et nyt holdingselskab (M1 A/S), som skulle ejes med en tredjedel til hver af A ApS, B ApS og C ApS. M1 A/S skulle etablere holdingselskabet M2 A/S med en aktiekapital på 600.000 kr., som i første omgang ejes 100% af M1 A/S. Selve omstruktureringen skulle finde sted ved, at M2 A/S gennem en kapitalforhøjelse udstedte nominelt 10.000 kr. aktier som blev tegnet af D A/S ved

³⁸ Jf. Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

³⁹ Jf. Ramskov s. 516

⁴⁰ Jf. Pedersen 2 s. 441

apportindskud af aktierne og anparterne i dets fire datterselskaber. Disse kapitalandele i datterselskaberne havde en regnskabsmæssig indre værdi af ca. 21 mio. kr. hvorved tegningskursen ville være ca. 210.000. Spørgsmålet var herefter, hvorvidt D A/S' tegning til en overkurs, der væsentligt oversteg den regnskabsmæssige indre værdi af M2 A/S, ville udløse beskatning hos M2 A/S. Ligningsrådet svarede hertil, at de ikke kunne tilslutte sig, at overkursen var skattefri for M2 A/S i medfør af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, men derimod, at M2 A/S i medfør af SL § 4 ville være skattepligtig af et tilskud fra D A/S. Dette tilskuds størrelse kunne beregnes som handelsværdien af kapitalandelene i D A/S' datterselskaber fratrukket vederlaget på nominelt 10.000 kr. aktier til kurs 100, altså 10.000 kr. Ligningsrådet begrundede denne afgørelse med, at der var tale om en maskeret disposition, som

”(...)formelt fremstår som en overkurs ved kapitaludvidelse, mens der reelt er tale om en vederlagsfri overførsel af midler fra en formuesfære til en anden og dermed om et skattepligtigt tilskud (...)”⁴¹.

Overkursbegrebet skal, som tidligere beskrevet, skatteretligt forstås i overensstemmelse med civilretten. I TfS 2004, 126 LR synes der at være fuld overensstemmelse mellem form og indhold, idet der forelå en tegning til overkurs, som ikke dækkede over andre realøkonomiske realiteter⁴². Der synes dermed ikke at have været mulighed for at bortse fra den ydre civilretlige form og foretage en korrektion i det pågældende tilfælde⁴³. Realitetsgrundsætningen kan ikke løse et sådant klassisk omgængelsesproblem, hvor skatteyderne går en omvej for at nå et skatteretligt gunstigt resultat, hvorved hensigten med en lovbestemmelse omgås, når der ikke er uoverensstemmelse mellem form og indhold⁴⁴.

I TfS 2004, 126 LR var der dermed tale om skattetænkning, dvs. skatteudnyttelse, som efter en retlig prøvelse ikke kan konstateres at være i modstrid med skattelovgivningen. Den tilstræbte skattefordel burde altså kunne realiseres på lovlig vis⁴⁵. Skattelovgivningen skulle herefter have været anvendt i forhold til, at der både formelt og reelt forelå en tegning til overkurs⁴⁶.

2.5.1.2 Betydning af overkursens størrelse

Overkursens størrelse har muligvis en betydning, når skattemyndighederne foretager en vurdering af hvorvidt overkursen er skattefri efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1, eller om der, i det pågældende tilfælde, i stedet skal foretages en tilskudsbeskatning efter SL § 4. Hvis dette er tilfældet, er det derfor af afgørende betydning at fastlægge, hvornår overkursen har en sådan størrelse, at den ikke længere kan rummes indenfor skattefriheden af SEL § 13, stk. 1, nr. 1. I TfS 1984, 45 TS udtalte de stedlige ligningsmyndigheder,

”(...) at det ikke syntes at være dokumenteret eller sandsynliggjort, at en køber på grundlag af de bestående værdier ville betale kurs 700 for aktierne, hvorfor man indstillede, at de 3.000.000 kr. svarende til overkursen ikke kunne anses for omfattet af selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 1 (...)”⁴⁷.

⁴¹ Jf. TfS 2004, 126 LR s. 4

⁴² Jf. RR.SM.2005.50 s. 4

⁴³ Jf. RR.SM.2005.50 s. 4

⁴⁴ Jf. Michelsen s. 141

⁴⁵ Jf. Pedersen 1 s. 138 og SR.2001.293 s. 2

⁴⁶ Jf. RR.SM.2005.50 s. 4

⁴⁷ Jf. TfS 1984, 45 TS s. 1

Hertil afgav Ligningsrådet den bindende forhåndsbesked, at overkursen måtte anses for skattefri for selskabet ifølge SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Selvom overkursen i forbindelse med kapitalforhøjelsen overstiger, hvad en uafhængig køber vil betale for de nytegnede kapitalandele, medfører dette ikke i sig selv, at overkursen falder uden for skattefrihedsbestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1⁴⁸. Ligningsrådets bindende forhåndsbesked kan også tages til indtægt for, at det ikke er et krav for at opnå skattefrihed efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1, at selskabet redegør for, hvorfor der er tegnet til en bestemt overkurs.

Ligningsrådet lagde i deres afgørelse i TfS 2004, 126 LR vægt på det betydelige misforhold mellem værdien af D A/S' indskud i form af datterselskabskapitalandele og vederlaget herfor i form af aktier med en nominal værdi af 10.000 kr. Ligningsrådet lagde til grund, at aktierne med en nominal værdi af 10.000 kr. svarede til en værdi af ca. 360.000 kr. Denne værdi var beregnet ved, at det forudsattes, at der efter indskuddet af D A/S' datterselskabskapitalandele regnskabsmæssigt var værdier for ca. 21.917.000 kr. i M2 A/S. Efter kapitalforhøjelsen var aktiekapitalen på 610.000 kr., og indreværdiaktiekursen var således ca. 3.600, hvorved værdien af nominelt 10.000 kr. aktier var ca. 360.000 kr. På baggrund af denne henvisning til misforholdet mellem indskuddet og vederlaget herfor, kan afgørelsen derfor antages at være et udtryk for, at hvis en overkurs er tilstrækkelig stor, og dermed afviger markant fra almindelige forretningsmæssige vilkår, kan man tilsidesætte overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, og i stedet foretage en tilskudsbeskatning i det kapitalandelsudstedende selskab jf. SL § 4. Denne opfattelse er også gjort gældende i den skatteretlige teori, hvor det er udtalt at,

”(...) hvis der i øvrigt kan påvises betydelige forskelle mellem den kurs, hvortil der tegnes aktier, og disses virkelige værdi, vil (SEL) § 13 stk. 1 nr. 1, være ude af billedet. I stedet træder den generelle bestemmelse i SL § 4 ind i billedet, idet overkursen må betragtes som et tilskud, der er skattepligtigt for det emitterende selskab (...).”⁴⁹.

At afgørelsen i TfS 2006, 126 LR kan være udtryk for denne tankegang støttes af, at Ligningsrådet tillige lægger vægt på, at en uafhængig kapitalindskyder ikke ville acceptere sig vederlagt med nominelt 10.000 kr. aktier henset til størrelsen af de værdier, der blev indskudt i selskabet. I den forbindelse henviste Ligningsrådet til armslængdeprincippet i ligningslovens (herefter LL) § 2, som de mente den påtænkte transaktion var omfattet af. Ligningsrådets henvisning til LL § 2 i forhold til M2 A/S' kapitalforhøjelse synes ikke at være korrekt. Dette skyldes, at LL § 2 alene omfatter *”(...) priser af vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner (...).”* jf. LL § 2, stk. 1. Bestemmelsen finder således kun anvendelse på aftalebetingede, kommercielle dispositioner omfattende omsætning, køb, lån, leje, løn mv. LL § 2 kan derimod ikke anvendes i forbindelse med en selskabsretlig givenhed som f.eks. en kapitalforhøjelse⁵⁰.

Henvisningen til den ikke forretningsmæssige overkurs synes således ikke at kunne danne grundlag for at tilsidesætte overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. En begrænsning af anvendelsesområdet for overkursreglen, hvor man afskærer skattefrihed i tilfælde af høje overkurser, vil også være vanskelig at håndtere i praksis, da det i så fald i den konkrete situation vil skulle vurderes, om der kan påvises *”(...) betydelige forskelle mellem den kurs, hvortil der tegnes aktier, og disses virkelige værdi (...).”⁵¹* I Landsskatterettens praksis synes det ej heller tillagt betydning, hvorvidt der er en

⁴⁸ Jf. Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

⁴⁹ Jf. Werlauff s. 217

⁵⁰ Jf. RR.SM.2005.50 s. 2

⁵¹ Jf. Werlauff s. 217

forretningsmæssig begrundelse for tegningen til overkurs. I TfS 2006, 670 LSR anførte skattemyndigheden, at "(...) *det ikke kan anses for erhvervmæssigt/forretningsmæssigt begrundet at indskyde 24 mio. kr., som reelt er tabt*"⁵². Dette blev ikke tillagt betydning i Landsskatterettens kendelse som henviste til ordlyden af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, og dennes forarbejder, hvorefter der ikke var grundlag for at statuere skattepligt af overkursen. Det kan dog ikke helt udelukkes, at Landsskatteretten har ment at tegningen til overkurs var forretningsmæssigt begrundet i den pågældende sag, men blot undladt at udtale sig herom i deres kendelse. I klagerens påstand og argumenter anføres det således, at det "(...) *i høj grad er en forretningsmæssig begrundelse (for kapitaltilførsel til overkurs) at sikre, at selskabet kan fortsætte sin erhvervmæssige virksomhed*"⁵³. Det virker dog mest oplagt, at Landsskatteretten har ment, at det ikke har betydning for anvendelsen af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, hvorvidt tegningen til overkurs er forretningsmæssigt begrundet eller ej, idet en sådan sondring ikke kan udledes af hverken ordlyden af eller forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Det er også anført af klageren, at "*i øvrigt kan heller ikke dette argument (at der ikke er nogen forretningsmæssig begrundelse for tegningen til overkurs) i sig selv begrunde en skattepligt, der er uhjemlet*"⁵⁴, hvilket igen henset til ordlyden og forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, nr. 1, må være korrekt.

Som anført i afsnit 2.5.1.1 burde realitetsgrundsætningen ikke være anvendt på situationen i TfS 2004, 126 LR. At overkursen var voldsomt høj ændrer ikke herpå, idet der ikke var det fornødne misforhold mellem form og indhold.

2.5.1.3 Omgåelse og misbrug

Det fremgår af Ligningsrådets afgørelse i TfS 2004, 126 LR, at de var af den opfattelse,

*"(...) at dispositionen alene kan anses begrundet i aktionærernes interesse og ønske om at undgå beskatning i forbindelse med den påtænkte omstrukturering af koncernen"*⁵⁵.

Afgørelsen er således formentligt konkret begrundet i en omgåelse af de dagældende omstrukturingsregler⁵⁶. På baggrund af denne omgåelsesproblematik var hovedspørgsmålet i sagen, under hvilken af to lovbestemmelser situationen burde henføres, henholdsvis SEL § 13, stk. 1, nr. 1, eller SL § 4. Spørgsmålet kan tænkes besvaret med, at M2 A/S ikke kan undgå at blive beskattet efter SL § 4, når de får overført værdier fra et fremmed retssubjekt, ved at foretage en i den forbindelse ligegyldig kapitalforhøjelse, som alene har det formål at undgå tilskudsbeskatning. Når man skal finde frem til hvilken af de to bestemmelser forholdet skal rubriceres under, skal man herefter anvende almindelige fortolkningsprincipper. Det kan anføres, at man skal henføre tilfældet under den bestemmelse, der kvalificerer hovedindholdet, som er en overførsel af værdier fra et fremmed retssubjekt, selvom tilfældet lovmæssigt også omfattes af en anden bestemmelse. Ifølge denne opfattelse skal begrundelsen for afgørelsen i TfS 2006, 126 LR således findes i, at transaktion var så vidtgående, at der reelt forelå omgåelses eller misbrug⁵⁷.

Opfattelsen virker umiddelbart sympatisk, idet der ikke var tvivl om, at kapitalforhøjelsen kun havde som formål at være led i en omstrukturering af koncernen uden at M2 A/S blev tilskudsbeskattet. Problemet er dog, om man på den baggrund kan fortolke en objektiv bestemmelse som SEL §

⁵² Jf. TfS 2006, 670 LSR s. 3

⁵³ Jf. TfS 2006, 670 LSR s. 6

⁵⁴ Jf. TfS 2006, 670 LSR s. 6

⁵⁵ Jf. TfS 2004, 126 LR s. 4

⁵⁶ Jf. SPO.2004.355 s. 7

⁵⁷ Jf. SR.2004.122 s. 2 og TfS 2004, 706 s. 3f

13, stk. 1, nr. 1, klart indskrænkende og vel nok direkte imod dennes ordlyd?⁵⁸ Omgåelsesterminologien er velegnet til en karakteristik af en given retlig transaktion. Både i teorien såvel som i domspraksis har man dog generelt stillet sig afvisende over for antagelsen af en almindelig omgåelsesregel⁵⁹. At en transaktion karakteriseres som omgåelse, udløser derfor ikke i sig selv retlige konsekvenser i forhold til skattemyndighedernes adgang til at foretage skattemæssige korrektioner⁶⁰. At man karakteriserer forholdet i TfS 2004, 126 LR som omgåelse er således ikke tilstrækkeligt til at begrunde, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kan bortfortolkes til fordel for en tilskudsbeskatning efter SL § 4. Nok vil der i omgåelsessituationer kunne foretages en udvidende fortolkning af en lovbestemmelse⁶¹, i dette tilfælde tilskudsbeskatningsreglen i SL § 4, men ikke i en sådan grad, at man helt kan bortfortolke en klar og objektiv regel som overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1.

2.5.1.4 Ligevægtsprincippet

I medfør af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er der opbygget et tæt samspil mellem de selskabs- og skatteretlige regler, hvorefter en selskabsretlig disposition i form af en kapitalforhøjelse er gjort skattefri gennem en udtrykkelig og klar skattelovsbestemmelse, der netop er indført for at regulere den skattemæssige side af den selskabsretlige disposition. Legalitetsprincippet fordrer almindeligvis, at en sådan begrebsfastlæggelse skal respekteres i skattemæssig henseende.

Det kan dog hævdes, at den af de involverede parter påtænkte disposition medfører, at rammerne for at falde ind under SEL § 13, stk. 1, nr. 1, sprænges⁶². Som beskrevet tidligere, er den selskabsretlige disposition i form af en kapitalforhøjelse utvivlsomt kommet civilretligt til eksistens i TfS 2004, 126 LR, hvorfor en fravigelse af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kræver solide holdepunkter. Der er argumenteret for, at de holdepunkter, der kan begrunde en sådan sprængning af rammerne for at falde ind under SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er, at hensigten og rationalet bag overkursreglen i betydelig grad er fraveget ved de påtænkte dispositioner i TfS 2004, 126 LR. Bag denne argumentation ligger, at skattefriheden efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er baseret på et ligevægtsprincip, som er udtryk for, at kapitalandelens værdi gennem indskuddet typisk vil stige med værdien af det indskudte beløb⁶³. Dermed svarer ydelsen (indskuddet) og modydelsen (kapitalandelene) værdimæssigt til hinanden⁶⁴. Støtten for dette ligevægtsprincip menes at eksistere i ordlyden af § 4, sidste stykke (stk. 4), i lov Nr. 144 af 8. Juni 1912 om Indkomst- og Formueskat til Staten, som lyder:

”Overkurs, som et Selskab opnaar ved Udstedelse af Aktier eller ved Udvidelse af sin Aktiekapital, er at betragte som Forøgelse af Aktionærernes Kapitalindskud og indgaar derfor ikke i det skattepligtige Overskud”⁶⁵.

Herunder særligt den sidste del *”(...) er at betragte som Forøgelse af Aktionærernes Kapitalindskud og indgaar derfor ikke i det skattepligtige Overskud”*. Som beskrevet ovenfor, er der ikke med flytningen af bestemmelsen til SEL § 13, stk. 1, nr. 1, og omformuleringen af denne i forbindelse hermed, tiltænkt nogen ændring i reglens indhold og anvendelsesområde⁶⁶, hvorfor det stadig er rele-

⁵⁸ Jf. SPO.2004.355 s. 8

⁵⁹ Jf. Michelsen s. 140

⁶⁰ Jf. RR.SM.2005.50 s. 1

⁶¹ Jf. Michelsen s. 140

⁶² Jf. TfS 2004, 281 s. 1f

⁶³ Jf. TfS 2004, 281 s. 2

⁶⁴ Jf. Werlauff s. 216

⁶⁵ Jf. Lovtidende A 1912 s. 683

⁶⁶ Jf. LFF 1959-11-26 nr. 43 bemærkning nr. 1 til § 13

vant at inddrage ordlyden af bestemmelsen fra den tidligere udgave af statsskatteloven i en fortolkning af overkursreglen.

Ligevægtsprincippet er ikke opfyldt i TfS 2004, 126 LR, da de for indskuddet modtagne kapitalandele, som beskrevet ovenfor, har en værdi på 360.000 kr. overfor en væsentlig højere værdi af indskuddet. Dette misforhold er et udslag af, at der efter kapitalforhøjelsen er flere kapitalejere i M2 A/S, nemlig både M1 A/S og D A/S, og at D A/S er minoritetskapitalejer med kun 1,64% ejerskab, mens M1 A/S ejer de resterende 98,36% af aktierne⁶⁷. Det ovenfor anførte problem om hvorvidt man kan fortolke en objektiv bestemmelse som SEL § 13, stk. 1, nr. 1, klart indskrænkende og direkte imod dennes ordlyd, kan løses, hvis man via denne argumentationskæde kan komme frem til, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, slet ikke finder anvendelse i den pågældende situation. Begrundelse for en sådan løsning vil være, at i forhold til overkursproblemstillingen er SEL § 13, stk. 1, nr. 1, *lex specialis*, hvorfor bestemmelsen har forrang for *lex generalis* bestemmelsen i SL § 4. Det er herefter først muligt at anvende *lex generalis*, når det er fastslået, at *lex specialis* ikke finder anvendelse. Hvis man indfortolker et ligevægtsprincip i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, vil *lex specialis* bestemmelsen ikke være anvendelig i det pågældende tilfælde, da dette princip jo er fraveget, hvorfor man herefter falder tilbage på *lex generalis* bestemmelsen om beskatning som tilskud efter SL § 4⁶⁸.

Det er dog ikke sikkert at denne argumentation kan forsvares, idet det ikke virker oplagt at indfortolke ligevægtsprincippet i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Princippet kan ikke med sikkerhed støttes på ordlyden af eller forarbejderne til hverken § 4 i den tidligere version af statsskatteloven⁶⁹ eller § 13, stk. 1, nr. 1, i den gældende udgave af selskabsskatteloven. Det er desuden blevet anført, at problemet med ligevægtsprincippet er, at efter dette princip vil enhver overkurs fra enkelte kapitalejere i tilfælde af, at selskabet ejes af flere kapitalejere, udløse tilskudsbeskatning for selskabet⁷⁰. Dette skyldes, at værdien af den kapitalindskydendes kapitalandele i et sådant tilfælde ikke vil stige med værdien af det indskudte beløb, da værdien af dette vil fordeles på alle kapitalejernes kapitalandele. Man kan i den forbindelse også stille spørgsmålstejn ved, om selskabet har opnået en skattepligtig formuefordel i en sådan situation, eller om det i stedet er de øvrige kapitalejerne, der skal beskattes af værdistigningen på deres kapitalandele⁷¹.

Skatteministeriet har i en kommentar til forliget i TfS 1998, 116 ØL udtalt, at

*”Skattefriheden er efter bestemmelsens (SEL § 13, stk. 1, nr. 1’s) ordlyd ikke betinget af, at overkursen ikke overstiger de udstedte aktiers eller anparters indre værdi eller markedskursen”*⁷².

Men denne udtalelse synes Skatteministeriet at have afvist, at anvendelse af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er betinget af et ligevægtsprincip⁷³.

Opfyldelse af ligevægtsprincippet synes da heller ikke at være en betingelse for skattefrihed i Landsskatterettens praksis jf. TfS 2006, 670 LSR, hvor skattemyndigheden lagde vægt på, at

⁶⁷ Jf. TfS 2004, 126 LR s. 2-3

⁶⁸ Jf. TfS 2004, 281 s. 3. Opfattelsen støttes i Werlauff s. 217

⁶⁹ Lov Nr. 144 af 8. Juni 1912 om Indkomst- og Formueskat til Staten jf. Lovtidende A 1912 s. 683

⁷⁰ Jf. SPO.2004.355 s. 8

⁷¹ Denne problemstilling bliver behandlet i afsnit 2.7.2

⁷² Jf. TfS 1998, 123 SKM s. 1-2

⁷³ Jf. TfS 2006, 729 s. 6

”Der var ikke ligevægt mellem det indskudte beløb på 24 mio. kr. (...) og de modtagne anparters værdi (0 kr.), dvs. der blev ikke vederlagt anparters svarende til det indskudte beløb, hvilket er hovedformålet med skattefriheden i selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 1”⁷⁴.

Dette blev ikke tillagt vægt i Landsskatterettens kendelse, som tilsagde skattefrihed efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1.

I TfS 2006, 670 LSR anføres i ”klagerens påstand og argumenter”, at det har været ”(...) en fuldstændig sædvanlig fremgangsmåde for et selskab med kapitaltab at retablere kapitalen i form af indskud til overkurs (...)”⁷⁵. Der er da heller ikke nogen tvivl om, at denne fremgangsmåde har været anvendt til rekonstruktion af selskabers kapitalgrundlag i praksis⁷⁶. I tilfælde af at egenkapitalen er negativ, vil ligevægtsprincippet ikke være opfyldt ved en tegning til overkurs, da en del af overkursbeløbet vil gå til at fylde den negative egenkapital op, dvs. bringe denne op på 0 kr. Den del af overkursbeløbet som anvendes til at bringe egenkapitalen op på 0 kr., vil ikke udmønte sig i en tilsvarende værdi af de modtagne kapitalandele, og der vil således være et misforhold mellem værdien af indskuddet og de modtagne kapitalandele i et sådant tilfælde. Det kan ikke have været hensigten, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, ikke skal finde anvendelse i en sådan situation, og at det kapitalandelsudstedende selskab dermed skal beskattes, hvilket taler imod eksistensen af ligevægtsprincippet.

2.5.1.5 Hjemmel til afgørelsen i TfS 2004, 126 LR

Det er uden videre klart, at reale hensyn taler for, at begrænse anvendelsesområdet for SEL § 13, stk. 1, nr. 1, i omgåelsessituationer. Problemet er, at reale hensyn ikke er tilstrækkelige til at fortolke en bestemmelse som SEL § 13, stk. 1, nr. 1, imod dennes ordlyd. På baggrund af ovenstående gennemgang er det herefter svært at få øje på hvilke retlige momenter, afgørelsen i TfS 2004, 126 LR kan støttes på. Resultatet i TfS 2004, 126 LR virker derfor til at være i strid med det retlige grundlag.

2.5.1.6 Skattemyndighedens afgørelse i TfS 2006, 670 LSR

Landsskatteretten har taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en betydelig overkurs kan omkvalificeres til et skattepligtigt tilskud for selskabet i en kendelse gengivet i TfS 2006, 670 LSR. Denne kendelse er også inddraget ovenfor i forbindelse med de problemstillinger, hvor den har relevans. I dette afsnit skal skattemyndighedens afgørelse i den pågældende sag, som efterfølgende blev indklaget til Landsskatteretten, behandles. B var enekapitalejer i selskabet A ApS. B tegnede i 2002 gennem en kapitalforhøjelse i A ApS anparters til en nominel værdi af 10.000 kr. ved et indskud på 24 mio. kr. Der var dermed tale om en tegningskurs på 240.000, og således en overkurs i samme størrelsesorden som i TfS 2004, 126 LR. Skattemyndigheden fandt, at denne store overkurs ikke var omfattet af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, da det ovenfor omtalte ligevægtsprincip ikke var opfyldt, idet det indskudte beløb oversteg de modtagne anparters værdi⁷⁷. Herefter blev 23.990.000 kr. anset for et skattepligtigt tilskud til A ApS jf. SL § 4.

Skattemyndigheden begrundede desuden deres afgørelse med, at

”(...) det ikke kan anses for erhvervsmæssigt/forretningsmæssigt begrundet at indskyde 24 mio. kr., som reelt er tabt. Anpartsudvidelsen er skattemæssigt begrundet, idet B

⁷⁴ Jf. TfS 2006, 670 LSR s. 3

⁷⁵ Jf. TfS 2006, 670 LSR s. 5

⁷⁶ Jf. RR.SM.2004.202 s. 3

⁷⁷ Se afsnit 2.5.1.4 for en nærmere gennemgang og diskussion af dette princip

*ved efterfølgende at sælge A ApS til sit helejede selskab ApS C, konverterede et ikke-fradragsberettiget formuetaf/kautionsstab til et fradragsberettiget tab på anparter*⁷⁸.

Af faktum til grund for skattemyndighedens afgørelse lå, at B havde kautioneret for A ApS' engagement med en bank for op til 70 mio. kr. Skattemyndigheden mente derfor, at uden kapitalindskuddet ville Bs kautionsforpligtelse kunne blive udløst som følge af A ApS' manglende betalings- evne, hvilket ville medføre det for B omtalte ikke-fradragsberettigede kautionsstab. Dette var ifølge skattemyndigheden baggrunden for den omtalte konvertering fra et ikke-fradragsberettiget kautionsstab til et fradragsberettiget tab på anparter foretaget ved, at B efter kapitalforhøjelsen erhvervede skuffeselskabet ApS C, hvorefter samtlige anparter i A ApS blev solgt til ApS C for 4.600.000 kr. Anskaffelsessummen for anparterne i A ApS kunne opgøres til 41.200.000 kr. som følge af en række kapitalforhøjelser, hvoraf flere var tegnet til overkurs, her i blandt den i afgørelsen behandlede til kurs 240.000. Ved salget af anparterne til ApS C realiserede B således et fradragsberettiget tab på anparter på 36.600.000 kr. (41.200.000 kr. – 4.600.000 kr.)⁷⁹. Bankens primære sikkerhed var imidlertid pant i A ApS' værdipapirer. Værdien af de pantsatte værdipapirer oversteg i både 2001, 2002 og 2003 gælden til banken, hvorfor Bs kaution ikke synes at kunne blive aktuel⁸⁰. Argumentet, om en konvertering fra et ikke-fradragsberettiget kautionsstab til et fradragsberettiget tab på anparter, synes derfor at mangle støtte i faktum. Derudover, og som anført i klagerens påstand og argumenter, ændrer en hovedkapitalejers kaution for det kapitalandelsudstedende selskabs forpligtelser ikke på indholdet af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, selv ikke i tilfælde af, at kautionen kunne blive aktuel⁸¹.

Det af B foretagne salg af samtlige anparter i A ApS til ApS C ca. 3 måneder efter kapitalforhøjelsen indgår i skattemyndighedens afgørelse, da dette salg indgår i den såkaldte konvertering. Det er dog ikke i overensstemmelse med SEL § 13, stk. 1, nr. 1, når det efter skattemyndighedens opfattelse medfører skattepligt for A ApS, at B kort efter kapitalforhøjelsen solgte alle anparterne i A ApS til ApS C. Beskatning i forbindelse med salg af kapitalandele reguleres af aktieavancebeskatningsloven, hvorefter kapitalejeren beskattes af en gevinst henholdsvis får fradrag for et tab ved salget. Salget af kapitalandelene har derfor ikke relevans for A ApS' skatteforhold, og det synes derfor at være irrelevant at inddrage dette i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt A ApS skal beskattes af et overkursbeløb i forbindelse med kapitalforhøjelsen⁸².

2.5.1.7 Betydningen og rækkevidden af Landsskatterens kendelse i Tfs 2006, 670 LSR for retsstillingen på området

Landsskatteretten ændrede skattemyndighedens afgørelse idet de statuerede, at der ikke var grundlag for, at anse A ApS for skattepligtig af overkursen ved kapitalforhøjelsen jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Landsskatterettens kendelse er dog meget kortfattet. De henviser til ordlyden af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, nr. 1, ordlyden af den tidligere bestemmelse om overkurs i SL § 4 og forarbejderne til denne. Herefter afslutter Landsskatteretten med, at

”Henset til ordlyden af selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 1, og forarbejderne hertil, er der ikke grundlag for at anse A ApS for skattepligtig af overkursen ved kapitalfor-

⁷⁸ Jf. Tfs 2006, 670 LSR s. 3

⁷⁹ Se Tfs 2006, 670 LSR s. 1-2 for en nærmere beregning af anskaffelsessummen for anparterne samt specificering af afståelsessummen

⁸⁰ Jf. Tfs 2006, 670 LSR s. 4

⁸¹ Jf. Tfs 2006, 670 LSR s. 5

⁸² Jf. hertil klagerens påstand og argumenter i Tfs 2006, 670 LSR s. 7

*højelsen*⁸³.

Den usikkerhed, der var opstået på baggrund af ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 2004, 126 LR synes dermed at være minsket. I situationer, hvor der, som i TfS 2006, 670 LSR, foreligger helejerskab, og hvor overkursen dermed bliver inden for samme formuesfære, synes der ikke at kunne gennemføres tilskudsbeskatning af det kapitalandelsudstedende selskab uanset overkursens størrelse⁸⁴. Spørgsmålet er herefter, om overkursreglen kan blive tilsidesat af en tilskudsbeskatning for selskabet, hvis der er tale om dispositioner, som eksempelvis indebærer en formueforskydning mellem kapitalejerne, idet overkursen i så fald ikke bliver inden for samme formuesfære, eller om TfS 2006, 670 LSR tillige kan tages til indtægt for, at overkursen er skattefri for selskabet i sådanne tilfælde. Det er blevet anført, at som følge af de meget kortfattede præmisser i TfS 2006, 670 LSR står dette spørgsmål stadig ubesvaret hen⁸⁵. I modsætning hertil kan man argumentere for, at der netop med den kortfattede og generelle begrundelse for kendelsen i TfS 2006, 670 LSR er blevet helt lukket for muligheden for at foretage tilskudsbeskatning efter SL § 4 i tilfælde af tegning af kapitalandele til overkurs. Landsskatteretten henviser ikke til faktuelle forhold i den pågældende sag, og det virker derfor ikke som om, at kendelsen er konkret begrundet i de foreliggende omstændigheder. Derimod synes kendelsen, at skulle tages som et udtryk for, at retsstillingen på området herefter er, at der ikke kan foretages beskatning af det kapitalandelsudstedende selskab i tilfælde af tegning til overkurs. Det er vel også et vægtigt argument, at selvom der sker en værdioverførsel fra en kapitalejer til en anden i forbindelse med en tegning til overkurs, er der ikke hjemmel til at beskatte det selskab, som modtager kapitalindskuddet⁸⁶. Tværtimod tilsiger ordlyden af SEL § 13, stk. 1, nr. 1 også skattefrihed i dette tilfælde.

Det er blevet anført, at TfS 2006, 670 LSR underkender afgørelsen i TfS 2004, 126 LR⁸⁷. En sådan underkendelse af TfS 2004, 126 LR kan støttes på, at skattemyndigheden i deres afgørelse henviser til netop TfS 2004, 126 LR, hvortil Landsskatteretten blot statuerer, at det er imod ordlyden af og forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, nr. 1, at foretage beskatning af det kapitalandelsudstedende selskab i forbindelse med tegning til overkurs, hvor det jo netop var en sådan beskatning TfS 2004, 126 LR tilsagde.

Til grund for argumentet om, at TfS 2004, 126 LR er blevet underkendt ved TfS 2006, 670 LSR ligger, at Landsskatterettens kendelse har stærkere administrativ præjudikatsværdi end Ligningsrådets bindende forhåndsbesked. Dette følger af, at Landsskatteretten var kompetent til at påkende klager over Ligningsrådets bindende forhåndsbeskeder jf. den nu ophævede skattestyrelseslovs § 23, stk. 1, nr. 6, jf. § 20A, stk. 1, og 2. I den administrative trinfølge var Landsskatteretten således trindhøjere end Ligningsrådet⁸⁸.

På baggrund af, at Landsskatterettens opgave som øverste administrative klageinstans er at træffe den endelige administrative afgørelse i klagesager på skatteområdet og derved medvirke til at fast-

⁸³ Jf. TfS 2006, 670 LSR s. 7

⁸⁴ Jf. TfS 2006, 729 s. 7 og Pedersen 2 s. 589

⁸⁵ Jf. TfS 2006, 729 s. 7 og Pedersen 2 s. 589. Se i den forbindelse afsnit 2.5.1.8 med en omtale af journalnr. 11-0299157

⁸⁶ Jf. RR.SM.2004.202 s. 3

⁸⁷ Jf. Pedersen 2 s. 401 note 86 og s. 556 note 2

⁸⁸ Ligningsrådet blev nedlagt ved skatteforvaltningsloven og erstattet af Skatterådet jf. L 2005-06-06 nr. 427 om Skatteforvaltning og L 2005-06-06 nr. 428 om ændring af en række love som følge af skatteforvaltningsloven. Landsskatteretten er således nu i stedet klageinstans for Skatterådets afgørelser jf. skatteforvaltningslovens § 11, stk. 1, nr. 2.

lægge den administrative praksis⁸⁹, har Landsskatterettens kendelse stærk præjudikatsværdi for efterfølgende administrative afgørelser på det pågældende område.

Hvis det lægges til grund, at TfS 2006, 670 LSR underkender TfS 2004, 126 LR, er den uklarhed som sidstnævnte afgørelse medførte dermed forsvundet. Den juridiske vejledning henviser imidlertid fortsat til TfS 2004, 126 LR, som et eksempel på et tilfælde "(...) hvor en overkurs blev anset for et tilskud til det selskab, der udstedte aktier", ligesom det indledningsvis anføres, at "I visse tilfælde kan overkurs efter en konkret vurdering anses for en udlodning eller tilskud til de involverede parter"⁹⁰. Disse henvisninger synes at kunne tages som et udtryk for, at skattemyndighederne stadig mener, at TfS 2004, 126 LR har præjudikatsværdi for administrativ praksis på området, og at der således også fremover, i visse tilfælde, vil kunne foretages tilskudsbeskatning af det kapitalandelsudstedende selskab ved tegning til overkurs.

På trods af, at afgørelsen i TfS 2004, 126 LR er blevet kritiseret fra flere sider og anklaget for at være at tvivlsom rigtighed⁹¹, ligesom den er anset for tilsidesat af TfS 2006, 670 LSR, kan dens betydning for administrativ praksis på området ikke helt afskrives. Udover at der fortsat henvises til afgørelsen i den juridiske vejledning, støttes dette af, at der tilsyneladende har været nogle tilfælde hvor de lokale skattemyndigheder har tilsidesat en overkurs som værende skattefri med støtte i afgørelsen⁹². Afgørelsen blev truffet i januar 1999, men først offentliggjort i 2004. Dette kan være et tegn på, at skattemyndighederne mente, at der på tidspunktet for offentliggørelsen var behov for at få knæsat en ny retsstilling⁹³. En sådan efterfølgende offentliggørelse kan således have været motiveret af et ønske om at signalere, at afgørelsen herefter ville blive tillagt præjudikatsværdi⁹⁴. I modsætning hertil er det blevet anført, at afgørelsen er enkeltstående, og at den således ikke har været udtryk for en egentlig ændring af praksis⁹⁵.

Hvis det antages, at skattemyndighederne ønskede at fastlægge en ny retsstilling med offentliggørelsen af TfS 2004, 126 LR, kan det samme have været tilfældet med offentliggørelsen af TfS 2006, 670 LSR⁹⁶. Landsskatteretten har en formidlende rolle, idet retten har til opgave at offentliggøre retningsgivende afgørelser⁹⁷. Det kan tænkes, at Landsskatteretten var af den opfattelse, at retsstillingen angående anvendelsesområdet for SEL § 13, stk. 1, nr. 1, på baggrund af TfS 2004, 126 LR var for uklar og tilmed at afgørelsen ikke var holdbar i retlig henseende. Meningen med offentliggørelsen af TfS 2006, 670 LSR kan således have været at signalere, at retsstillingen udtrykt i TfS 2004, 126 LR herefter skulle forlades i administrativ praksis.

2.5.1.8 Nyere praksis til belysning af retsstillingen

I en, af Landsskatteretten, afsagt kendelse (her omtalt som journalnr. 11-0299157)⁹⁸ var anparterne i et selskab forud for en kapitalforhøjelse ejet af en far og hans datter med henholdsvis nominelt 75.000 kr. og nominelt 50.000 kr. Ved kapitalforhøjelsen blev selskabskapitalen forhøjet med no-

⁸⁹ Jf. Landsskatterettens årsrapport 2012 s. 5

⁹⁰ Jf. Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

⁹¹ Jf. Pedersen 2 s. 588 og RR.SM.2005.50 s. 2

⁹² Jf. RR.SM.2004.202 s. 2

⁹³ Jf. JUS 2004, 11 s. 2

⁹⁴ Jf. SR.2004.122 s. 1

⁹⁵ Jf. Christensen, Erna s. 86

⁹⁶ Offentliggørelsen af afgørelserne i TfS 2004, 126 LR og TfS 2006, 670 LSR skete formelt ved offentliggørelse i SKATs afgørelsesdatabase under angivelserne SKM2004.8.LR og SKM2006.344.LSR hvorefter de er gengivet i Tidsskrift for Skatteret.

⁹⁷ Jf. Landsskatterettens årsrapport 2012 s. 5

⁹⁸ Journalnr. 11-0299157 i "Afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet" afsagt den 24. september 2012

minelt 5.000 kr. Kapitalforhøjelsen blev udelukkende tegnet af faderen ved gældskonvertering af en fordring på selskabet på 543.100 kr. og dermed til en tegningskurs på 10.862. Det blev lagt til grund, at den indre kursværdi af anparterne forud for gældskonverteringen var 386,6, og at det således var denne kurs, en uafhængig investor ville være villig til at tegne anparterne til. Skattemyndigheden henviste herefter til LL § 2, og som følge af, at en uafhængig investor ikke ville acceptere sig vederlagt med nominelt 5.000 kr. anparter mod at konvertere en fordring med en markedsværdi på 543.100 kr., og altså med en tegningskurs på 10.862, anså skattemyndigheden det beløb, som oversteg hvad en uafhængig investor måtte antages at ville betale for anparterne, for ikke at udgøre en skattefri overkurs for selskabet efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1. I stedet skulle selskabet beskattes af dette beløb, som et tilskud fra faderen jf. SL § 4. I den forbindelse henviste skattemyndigheden til TfS 2004, 126 LR. Skattemyndigheden lagde vægt på, at som følge af faderens gældskonvertering til kurs 10.862, steg værdien af datterens anparter med 201.449 kr. Ved kapitalforhøjelsen skete der altså en formueforskydning mellem faderen og datteren. Desuden fremførte skattemyndigheden det argument, at kendelsen i TfS 2006, 670 LSR ikke kunne sammenlignes med den pågældende sag, idet der i TfS 2006, 670 LSR ikke var tale om, at én ud af flere kapitalejere tegnede til overkurs, hvorfor der ikke skete en formueforskydning mellem kapitalejere. Landsskatterettens kendelse minder om kendelsen i TfS 2006, 670 LSR. De henviser til ordlyden af og forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Herefter kommer Landsskatteretten frem til det resultat, at der ikke var grundlag for tilskudsbeskatning af selskabet, idet overkursen ved tegningen anses for at være skattefri jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1. At kendelserne i TfS 2006, 670 LSR og journalnr. 11-0299157 minder om hinanden, kan tages som et udtryk for, at den fremtidige retsstilling i administrativ praksis blev fastlagt ved TfS 2006, 670 LSR, hvorefter denne er blevet fulgt i den lige ovenfor refererede kendelse.

I forhold til skattemyndighedens henvisning til LL § 2, som hjemmel for at foretage en tilskudsbeskatning af selskabet, kan der hertil henvises til afsnit 2.5.1.2, hvor det beskrives, at LL § 2 ikke finder anvendelse i forbindelse med selskabsretlige begebenheder, såsom en kapitalforhøjelse.

Kendelsen i journalnr. 11-0299157 er også yderst interessant i den henseende, at den statuerer skattefrihed for selskabet af en stor overkurs i et tilfælde, hvor der er flere kapitalejere, og hvor kapitalforhøjelsen kun tegnes af en enkelt af disse, hvilket medfører en formueforskydning mellem kapitalejerne i selskabet. Som beskrevet tidligere, er det blevet anført, at de kortfattede præmisser i TfS 2006, 670 LSR ikke besvarede spørgsmålet, om overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kunne blive tilsidesat af en tilskudsbeskatning i en sådan situation⁹⁹. Med kendelsen gengivet i journalnr. 11-0299157 synes der at være skabt klarhed om dette, idet overkursen i denne sag ikke blev inden for samme formuesfære, men på trods af dette statuerede Landsskatteretten skattefrihed for det kapitalandelsudstedende selskab med henvisning til SEL § 13, stk. 1, nr. 1.

Skatterådet har i TfS 2013, 120 SR afgivet et bindende svar i en sag, hvor et moderselskab S.A. havde et tilgodehavende i det 100 % ejede Holding A/S. Moderselskabet S.A. påtænkte at foretage en nytegning af aktier i Holding A/S til overkurs ved gældskonvertering. Egenkapitalen i Holding A/S var negativ, men ved den påtænkte konvertering af gælden ville egenkapitalen blive positiv. Den nominelle størrelse af kapitalforhøjelsen, tegningskursen og dermed overkursen er ikke angivet i den offentliggjorte udgave af afgørelsen. Det oplyses blot, at tegningskursen i væsentligt omfang oversteg den regnskabsmæssige indre værdi i Holding A/S. Skatterådet svarede, at nytegningen af aktier til overkurs ikke ville medføre beskatning hos Holding A/S, da overkursen er omfattet af skattefriheden i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. I afgørelsen blev der henvist til overkursreglens ordlyd og

⁹⁹ Jf. Pedersen 2 s. 589 og TfS 2006, 729 s. 7. Se i den forbindelse afsnit 2.5.1.7

den juridiske vejledning¹⁰⁰. Denne afgørelse er således tillige i tråd med den retsstilling, der synes at være fastlagt med TfS 2006, 670 LSR.

2.5.1.9 Afrunding og opsummering på retsstillingen i praksis

Hvis det lægges til grund, at TfS 2006, 670 LSR underkender TfS 2004, 126 LR, virker det ikke til, at der fremover i administrativ praksis kan foretages en beskatning efter SL § 4 hos selskabet, når der sker en tegning til overkurs. På baggrund af kendelsen gengivet i journalnr. 11-0299157, er denne retsstilling også gældende, selvom der er flere kapitalejere i selskabet, og kun en af disse foretager en tegning til overkurs, hvorved der sker en formueforskydning mellem disse. Det vil være hensigtsmæssigt, hvis sidstnævnte kendelse bliver offentliggjort i SKM og eventuelt TfS, da dette vil skabe øget opmærksomhed omkring kendelsen, hvorved den i videre omfang kan bidrage til en afklaring af retsstillingen.

Ligeledes vil det være ønskeligt, hvis Skatteministeriet vil fastslå retsstillingen endeligt, da det er uheldigt, at henvisningen i den juridiske vejledning til TfS 2004, 126 LR medfører, at der fortsat er uklarhed om, hvorvidt en overkurs i administrativ praksis kan blive anset for et skattepligtigt tilskud for det kapitalandelsudstedende selskab i specielle tilfælde. Det er imidlertid væsentligt at være opmærksom på, at den juridiske vejledning har cirkulærestatus. Den juridiske vejledning er således bindende for skatteforvaltningens medarbejdere, medmindre vejledningens indhold klart ikke er i overensstemmelse med højere rangerende retskilder; det vil sige EU-forordninger, lovgivning, bekendtgørelser, cirkulærer, domspraksis, Landsskatterettens og Skatterådets praksis¹⁰¹. De ovenfor omtalte afgørelser fra Skatterådet og Landsskatteretten er således højere rangerende retskilder end den juridiske vejledning, og særligt kendelserne i TfS 2006, 670 LSR og journalnr. 11-0299157 må antages at underkende betydningen af henvisningen til TfS 2004, 126 LR i den juridiske vejledning.

2.5.1.10 Bør en skattefri overkurs kunne blive omkvalificeret til et skattepligtigt tilskud for selskabet?

Skattefriheden efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er i god overensstemmelse med de underliggende selskabsretlige forhold, idet overkursen blot indebærer en forhøjet værdi af samtlige kapitalejeres aktier/anpart¹⁰². Derfor kan det anføres, at der ikke konstateres nogen indkomst for selskabet, men at der i stedet blot sker en omplacering af den indskudte formue, hvilket dermed er begrundelsen for SEL § 13, stk. 1, nr. 1¹⁰³.

I forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs kan der således stilles spørgsmålstejn ved hvem, der reelt bliver begunstiget. Hvis man f.eks. kigger på situationen i TfS 2004, 126 LR, blev der i forbindelse med kapitalforhøjelsen til overkurs uomtvisteligt flyttet betydelige værdier fra D A/S til den påtænkte nye koncernstruktur på bekostning af D A/S. M2 A/S bliver imidlertid hverken rigere eller fattigere af, at transaktionen ikke foregår til kurs pari. Var D A/S blevet vederlagt med nominelt ca. 21 mio. kr. nye aktier, svarende til værdien af apportindskuddet, og dermed en tegning til kurs pari, ville M2 A/S også i denne situation skulle bogføre ca. 21 mio. kr. under aktiverne og ca. 21 mio. kr. under egenkapitalen. Derimod bliver M2 A/S' moderselskab M1 A/S begunstiget af dispositionen, idet M1 A/S bevarer størstedelen af aktiekapitalen efter kapitalforhøjelsen¹⁰⁴, og

¹⁰⁰ Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

¹⁰¹ Jf. Den juridiske vejledning afsnittet ”Om Den juridiske vejledning 2013-2”

¹⁰² Jf. Pedersen 2 s. 401

¹⁰³ Jf. TfS 2006, 729 s. 1

¹⁰⁴ Jf. TfS 2004, 706 s. 2 herunder note 7

værdien af denne aktiepost stiger markant i værdi. Hvorvidt kapitalejerne i det kapitalandelsudstedende selskab kan beskattes behandles nedenfor i afsnit 2.7.2.

Selvom der sker en værdioverførsel fra en kapitalejer til en anden i forbindelse med kapitalforhøjelsen til overkurs, er der ikke hjemmel til at beskatte det selskab, som modtager kapitalindskuddet¹⁰⁵. Heroverfor er det anført, at hvis man ikke statuerer skattepligt i sådanne tilfælde, kan betydelige værdier tilflyde f.eks. familiekapitalejere uden beskatning af hverken selskabet eller dem¹⁰⁶. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at der er tale om en objektiv regel, hvori der ikke angives andre kriterier for anvendelsen, end at der skal være tale om overkurs, som opstår i forbindelse med udstedelse af kapitalandele. Overkursreglen må ses som en specifik undtagelse til SL § 4, som finder anvendelse ved enhver kapitalforhøjelse til overkurs.

Såfremt lovgiver havde ønsket, at der skulle ske beskatning af det kapitalandelsudstedende selskab i tilfælde af, at overkursregningen kun foretages af én kapitalejer ud af flere, eller at overkursregningen ikke tegnes af de hidtidige kapitalejere i samme forhold, som de ejer andele i selskabet, ville der vel være indsat en sådan begrænsning af området for skattefriheden i bestemmelsens ordlyd. I forarbejderne til SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kan der heller ikke findes støtte for, at skattefriheden ikke også skal omfatte sådanne situationer¹⁰⁷.

2.5.1.11 Skattefrie koncerntilskud efter SEL § 31 D og skattefrie datterselskabsudbytter efter SEL § 13, stk. 1, nr. 2,

I afsnit 2.2.1 er hovedreglen om tilskudsbeskatning efter SL § 4 behandlet. I skattelovgivningen er der dog blevet indsat væsentlige undtagelser til denne hovedregel, hvorfor det nok er misvisende stadig at betragte SL § 4 som hovedreglen, når det kommer til selskabers skattepligt af tilskud. En af disse væsentlige undtagelser er indført med vedtagelsen af SEL § 31 D¹⁰⁸. Med denne bestemmelse er beskatningen af tilskud i koncerntilskud fra et moderselskab til et datterselskab eller mellem søsterselskaber som udgangspunkt blevet ophævet. I forarbejderne er det udtalt, at baggrunden for denne tilskudsregel er, at det skal være muligt skattefrit at opnå samme flytning af kapital inden for en koncern som ved anvendelse af reglerne om skattefrit udbytte og kapitalindskud med en overkurs, idet et koncerntilskud ikke forøger koncernens skatteevne¹⁰⁹. Der gælder en række betingelser, før et koncerntilskud er skattefrit efter SEL § 31 D. Disse vil jeg ikke komme nærmere ind på her¹¹⁰. Det er dog væsentligt at være opmærksom på, at tilskud opad i koncernen skatteretligt betragtes som udbytte¹¹¹, og derfor ikke er omfattet af SEL § 31 D om koncerntilskud jf. SEL § 31 D, stk. 2. For sådanne tilskud opad i koncernen gælder en anden væsentlig undtagelse til skattepligten efter SL § 4, nemlig SEL § 13, stk. 1, nr. 2 om skattefrie datterselskabsudbytter.

Reglerne om skattefrie koncerntilskud og skattefrie datterselskabsudbytter indsnævrer området for tilfælde, hvor der kan ske en beskatning af en overkurs som et tilskud efter SL § 4. Dette følger af, at selvom der sker en omkvalificering af overkursen til et tilskud, vil dette tilskud i flere tilfælde være skattefrit efter enten SEL §§ 13, stk. 1, nr. 2, eller 31 D.

¹⁰⁵ Jf. RR.SM.2004.202 s. 3

¹⁰⁶ Jf. Werlauff s. 216-217

¹⁰⁷ Jf. LFF 1959-11-26 nr. 43 og Rigsdagstidende, Tillæg B, 1911-12, spalte 2777ff

¹⁰⁸ Indført ved L 2007-04-18 nr. 343 med virkning fra indkomstår der påbegyndes 1. januar 2007 eller senere jf. § 16 stk. 6

¹⁰⁹ Jf. LFF 2006-12-13 nr. 110 bemærkningerne pkt. 3.3 og til nr. 29 til § 1

¹¹⁰ Se herom Pedersen 2 s. 426ff

¹¹¹ Jf. SR.2008.131 s. 5

Man kan f.eks. forestille sig den situation, at et moderselskab ved en kapitalforhøjelse i dets datterselskab foretager en tegning til overkurs. Hvis betingelserne i SEL § 31 D er opfyldt, vil det ikke længere være relevant for skattemyndighederne at omkvalificere overkursen til et tilskud, da dette også vil være skattefrit for datterselskabet. Det samme gør sig gældende for et selskabs overkurs-tegning i dets søsterselskab.

I forhold til SEL § 13, stk. 1, nr. 2, er situationen den, at tilskuddet bliver foretaget fra et datterselskab til dets moderselskab. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, omhandler udbytte. Dette begreb er imidlertid bredt og dækker over ”*Alt, hvad der af selskabet udloddes til aktuelle aktionærer eller andelshavere (...)*” jf. LL § 16A, stk. 2, nr. 1. Begrebet udbytte dækker således, foruden deklareret udbytte, også øvrige overførsler f.eks. et tilskud som i nævnte tilfælde¹¹². Hvis datterselskabet ved en kapitalforhøjelse i dets moderselskab foretager en overkurs-tegning, vil det på samme måde som ovenfor om reglen i SEL § 31 D, ej heller her have nogen betydning om overkursen bliver omkvalificeret til et tilskud, såfremt betingelserne for skattefriheden i SEL § 13, stk. 1, nr. 2 er opfyldt¹¹³.

Fysiske personer er ikke omfattet af hverken SEL §§ 13, stk. 1, nr. 2, eller 31 D. Hvis en fysisk kapital ejer derfor foretager en tegning til overkurs, som efterfølgende bliver omkvalificeret til et tilskud til selskabet, vil selskabet ikke kunne opnå skattefrihed af dette tilskud efter disse bestemmelser. Såfremt det antages, at en sådan omkvalifikation af en overkurs til et tilskud kan finde sted, vil der således blive foretaget en beskatning af selskabet jf. SL § 4.

2.6 Kapitalforhøjelse til overkurs ved gældskonvertering

I dette afsnit er spørgsmålet, om der i nogle tilfælde af kapitalforhøjelse til overkurs ved gældskonvertering, kan foretages en beskatning efter kursgevinstloven af det kapitalandelsudstedende selskab.

2.6.1 Beskatning af kursgevinst

I TfS 1996, 696 LSR forhøjede et anpartsselskab selskabskapitalen med nominelt 100.000 kr. ved en gældskonvertering til kurs 840. Der var således tale om, at anpartshaverne konverterede tilgodehavender i selskabet på i alt 840.000 kr. Selskabet var solvent på kapitalforhøjelsestidspunktet, hvorfor værdien af anpartshavernes tilgodehavender på tidspunktet for gældskonverteringen var kurs 100 (pari). Samme dag som kapitalforhøjelsen blev bogført, blev kredsen af anpartshavere udvidet med to. Salget af anparter til de to nye anpartshavere skete til kurs 651,6. Denne kurs var den beregnede indre værdi af anparterne på datoen for kapitalforhøjelsen og salget til de to nye anpartshavere. Da anparterne således på tidspunktet for kapitalforhøjelsen kunne opgøres til kurs 651,6, var der en difference mellem konverteringen af gæld på 840.000 kr. til nominelt 100.000 kr. anparter og anskaffelsessummen for anparter på nominelt 100.000 kr. til kurs 651,6 på 188.400 kr. (840.000 kr. – 651.600 kr.). I Landsskatterettens kendelse blev denne difference anset som værende skattepligtig for selskabet i medfør af kursgevinstlovens (herefter KGL) § 2. Kursgevinsten udgjorde således forskellen mellem fordringernes nominelle værdi og de modtagne anparters lavere værdi, som fremkom ved handlen med anparterne til den lavere værdi den samme dag¹¹⁴.

Selskabet indbragte efterfølgende sagen for Østre Landsret, hvor det gjorde gældende, at forskelsbeløbet på 188.400 kr. ikke skulle anses for en skattepligtig kursgevinst, men for overkurs ved en

¹¹² Jf. SpO.2004.355 s. 9

¹¹³ Se om betingelserne Pedersen 2 s. 420ff

¹¹⁴ Jf. Pedersen 2 s. 593 note 34

kapitalforhøjelse, der er skattefri efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1. For landsretten forligtes sagen, idet Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle over for selskabets påstand¹¹⁵. I en af Skatteministeriet udarbejdet kommentar til forliget siges det, at

”Efter (den dagældende) kursgevinstlovens § 8 stk. 2, 4. pkt., opgøres gevinsten som forskellen mellem forpligtelsens værdi ved påtagelsen af forpligtelsen og værdien ved frigørelsen eller indfrielsen. Medmindre gælden er stiftet til overkurs, kan der således ikke være tale om en kursgevinst på gæld, hvis gælden ved indfrielsen eller frigørelsen har kurs pari. Efter bestemmelsens ordlyd har selskabet ikke realiseret en kursgevinst ved frigørelsen for gældsforpligtelsen. Det forhold, at en del af selskabets anpartar på dagen for gældskonverteringen handles til en lavere kurs end den kurs, hvorved gældskonverteringen skete, skaber ikke en kursgevinst for selskabet. (...) Ved opgørelse af kursgevinst eller -tab efter kursgevinstloven er det herefter fordringens værdi, der skal lægges til grund ved opgørelse af gevinst eller tab på den konverterede fordring. Dette gælder, uanset om selskabet er solvent eller insolvent. Hvis fordringens værdi er pari, opstår der ingen kursgevinst eller tab. Landsskatteretten havde lagt til grund, at ”værdien ved indfrielsen” jf. (den dagældende) kursgevinstlovens § 8, var de nytegnede anparters eller aktiers værdi. I den konkrete sag har Skatteministeriet imidlertid tilkendegivet, at ”værdien ved indfrielsen” i kursgevinstloven skal fortolkes som fordringens værdi på tidspunktet for konverteringen”¹¹⁶.

Samtidig udtales det i kommentaren til forliget, at

”Efter selskabsskattelovens § 13 stk. 1 nr. 1, er en overkurs, som et selskab opnår ved udstedelse af aktier eller ved udvidelse af sin aktiekapital, skattefri. Bestemmelsen omfatter kapitalforhøjelser ved såvel kontant indskud som ved indskud af andre aktier (apportindskud). Skattefriheden er efter bestemmelsens ordlyd ikke betinget af, at overkursen ikke overstiger de udstedte aktiers eller anparters indre værdi eller markedskursen”¹¹⁷.

Kommentaren til forliget er således tvetydig, idet Skatteministeriet med den sidst citerede passus anfører, at overkursreglen omfatter enhver overkurs, mens det samtidigt med den først citerede del af kommentaren udtales, at kursgevinstloven kan finde anvendelse, selvom dette dog efter Skatteministeriets opfattelse ikke var tilfældet i den konkrete sag¹¹⁸. Kommentaren synes derfor ikke at kunne tages som udtryk for, at det altid vil være fordringernes kursværdi på tidspunktet for konverteringen, som danner grundlag for en eventuel kursgevinstbeskatning jf. Skatteministeriets ordvalg:

”I den konkrete sag har Skatteministeriet imidlertid tilkendegivet, at ”værdien ved indfrielsen” i kursgevinstloven skal fortolkes som fordringens værdi på tidspunktet for konverteringen”¹¹⁹.

Med formuleringen, herunder særliget ”i den konkrete sag” udelukker Skatteministeriet ikke, at ”værdien ved indfrielsen”, i andre tilfælde kan være de nytegnede anparters eller aktiers værdi,

¹¹⁵ Jf. TFS 1998, 116 ØL

¹¹⁶ Jf. TFS 1998, 123 SKM s. 2

¹¹⁷ Jf. TFS 1998, 123 SKM s. 1f

¹¹⁸ Jf. Pedersen 2 s. 593 note 34

¹¹⁹ Jf. TFS 1998, 123 SKM s. 2

hvorefter der vil kunne blive foretaget en kursgevinstbeskatning på trods af, at kursværdien af fordringerne er pari.

Efter offentliggørelsen af Landsskatterettens kendelse i TfS 1996, 696 LSR blev denne kritiseret fra forskellige sider. En del af kritikken går på, at i kendelsen har overkursens størrelse betydning for, hvor stor en kursgevinst selskabet realiserer. Desto større overkurs desto større kursgevinst og modsat en mindre kursgevinst ved en lavere overkurs. Dette står i modsætning til indholdet af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, hvorefter en overkurs er skattefri, uanset hvilken størrelse den har¹²⁰.

Såfremt der i nogle tilfælde kan blive foretaget en kursgevinstbeskatning i en situation, som i TfS 1996, 696 LSR er dette udtryk for, at selskabet bliver beskattet som følge af, at gældskonverteringen sker til en højere kurs end markedskursen. Som beskrevet tidligere i afhandlingen omfatter overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, også en overkurs, der er højere end markedskursen¹²¹. I Skatteministeriets kommentar til forliget udtales det ligeledes, at

”Skattefriheden er efter bestemmelsens ordlyd ikke betinget af, at overkursen ikke overstiger de udstedte aktiers eller anparters indre værdi eller markedskursen”¹²².

Det er også blevet anført, at baggrunden for at selskabet ikke skal besattes af en kursgevinst ved gældskonverteringen, ikke skyldes en fortolkning af kursgevinstloven, som foretaget af Skatteministeriet, men derimod at forholdet slet ikke skal behandles efter kursgevinstlovens regler, idet der er tale om, at der til selskabet indskydes et beløb, som er skattefri efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1¹²³. Det er således fra flere sider blevet påpeget, at forskelsbeløbet mellem fordringernes nominelle værdi og de modtagne anparters lavere værdi ikke er udtryk for en skattepligtig kursgevinst, men at der netop i stedet er tale om en skattefri overkurs ved kapitalforhøjelse jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1¹²⁴. Hertil er det blevet udtalt, at dette er at strække bestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1, videre, end den kan bære¹²⁵.

På baggrund af det indgåede forlig i TfS 1998, 116 ØL blev der ikke foretaget nogen kursgevinstbeskatning hos selskabet. Diskussionen ovenfor har derfor vedrørt begrundelsen herfor. Det virker umiddelbart for vidtgående helt at se bort fra kursgevinstlovens regler i en gældskonverteringssituation. I den forbindelse kan henvises til KGL § 24, stk. 1, 2. pkt., som lyder: *”Den skattefri gevinst opgøres som forskellen mellem gældens værdi ved påtagelsen og fordringens værdi for kreditor på tidspunktet for gældsreturneringen”¹²⁶*. Ved L 2002-05-21 nr. 313 om bl.a. ændring af kursgevinstloven blev der indføjet et 3. pkt. i KGL § 24, stk. 1, som siger: *”Med gældsreduktion sidestilles hel eller delvis konvertering af gælden til aktier eller konvertible obligationer”*. På baggrund heraf kan det altså udledes, at en kursgevinst i en gældskonverteringssituation, som eventuelt kan være skattefri efter bestemmelsen, opgøres som forskellen mellem gældens værdi ved påtagelsen og fordringens værdi for kreditor på tidspunktet for konverteringen. Debitorselskabet opnår altså en gevinst på gælden, såfremt gældens kursværdi på konverteringstidspunktet er lavere end værdien ved påtagelsen¹²⁷. Når kursen således er pari på tidspunktet for konverteringen, kan der ikke foretages

¹²⁰ Jf. SR.1996.322 s. 3

¹²¹ Dette følger i øvrigt også af Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

¹²² Jf. TfS 1998, 123 s. 1f

¹²³ Jf. TfS 2000, 864 s. 10

¹²⁴ Jf. TfS 1996, 767 s. 1, SR.1996.322 s. 3 og TfS 2000, 864 s. 10

¹²⁵ Jf. Werlauff s. 217

¹²⁶ Den samme formulering genfindes i KGL § 8, 2. pkt.

¹²⁷ Jf. Pedersen 2 s. 591

nogen kursgevinstbeskatning, da der ikke er realiseret nogen gevinst for debitorselskabet. Denne begrundelse for at debitorselskabet ikke skal beskattes i en situation som i TfS 1996, 696 LSR, som også er den Skatteministeriet giver udtryk for i deres kommentar til forliget¹²⁸, synes at være den korrekte.

2.6.1.1 Gældskonvertering til overkurs i insolvente selskaber

Ovenfor er problemstillingen, om hvorvidt et selskab kan blive beskattet af en kursgevinst ved gældskonvertering til overkurs, behandlet i forhold til den situation, at kursen på den konverterede fordring er pari på tidspunktet for konverteringen. I dette afsnit vil den samme problemstilling blive behandlet, men med den modifikation, at gældens kursværdi på konverteringstidspunktet er lavere end værdien ved påtagelsen.

I TfS 2000, 418 LSR blev der den 11. maj 1995 foretaget en kapitalforhøjelse på nominelt 500.000 kr. til kurs 1.165,60 ved konvertering af en fordring på nominelt 5.828.000 kr. Kursværdien af den konverterede fordring var på tidspunktet for gældskonverteringen 4.052.000 kr., og kursen på denne var således ca. 69,5. At kursværdien var lavere end pari skyldtes selskabets insolvens forud for gældskonverteringen den 11. maj 1995. Selskabets repræsentant nedlagde påstand om, at den begunstiggelse af debitorselskabet, der lå i en eventuel forskel mellem fordringernes nominelle værdi og kursværdi på konverteringstidspunktet, måtte være omfattet af overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Hertil bemærkede Landsskatteretten, at

”Ved overkurs skulle forstås, at der blev indskudt større værdier end den nominelle værdi af aktieudstedelsen eller aktieudvidelsen” og ”såfremt fordringens kursværdi oversteg aktiernes nominelle værdi, ville overkursen ved konverteringen af gæld til aktiekapital udgøre forskellen mellem fordringens kursværdi og aktiernes nominelle værdi”¹²⁹.

Denne skattefri overkurs udgjorde således i den konkrete sag 4.052.000 kr. – 500.000 kr. = 3.552.000 kr. jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Derefter bemærkede Landsskatteretten, at

”(…) det klagende selskab ved konverteringen var blevet frigjort for den pågældende fordring mod udstedelse af aktier i selskabet”¹³⁰,

og, at selskabet derfor i medfør af kursgevinstloven ved indkomstopgørelsen skulle medregne den gevinst, som selskabet realiserede ved frigørelse for gældsforpligtelsen. Denne skattepligtige kursgevinst skulle herefter opgøres som

”(…) forskellen mellem forpligtelsens værdi ved påtagelsen af forpligtelsen og værdien ved frigørelsen eller indfrielsen. Ved ”værdien ved indfrielsen” i kursgevinstloven skulle forstås fordringens værdi på tidspunktet for konverteringen”¹³¹.

Den skattepligtige kursgevinst udgjorde dermed 5.828.000 kr. – 4.052.000 kr. = 1.776.000 kr.

¹²⁸ Jf. TfS 1998, 123 SKM s. 2

¹²⁹ Jf. TfS 2000, 418 LSR s. 4

¹³⁰ Jf. TfS 2000, 418 LSR s. 4

¹³¹ Jf. TfS 2000, 418 LSR s. 4

I Landsskatterettens kendelse er det lagt til grund, at vederlagt for aktierne udgøres af kursværdien af den konverterede fordring. Derved når de frem til det resultat, at overkursen ved konverteringen af gæld til aktiekapital udgør forskellen mellem fordringens kursværdi og aktiernes nominelle værdi. Dette stemmer overens med, at den skatteretlige anskaffelsessum for de kapitalandele, der erhverves ved en gældskonvertering, som udgangspunkt ansættes til kursværdien af den konverterede fordring på konverteringstidspunktet¹³². De stedlige skattemyndigheder og Landsskatteretten var altså af den opfattelse, at der ikke skete nogen beskatning af overkursen, men at der skete beskatning af den kursgevinst, der opstod, når værdien af gælden på konverteringstidspunktet var under den nominelle værdi af gælden ved påtagelsen¹³³. I den ovenfor omtalte kommentar afgivet af Skatteministeriet til forliget i TfS 1998, 116 ØL¹³⁴ kan det udledes, at Skatteministeriets opfattelse var den, at såfremt kursen på fordringerne ikke var pari, men derimod lavere end kurs pari på tidspunktet for gældskonverteringen til overkurs, ville selskabet kunne blive beskattet af en kursgevinst¹³⁵. Kendelsen i TfS 2000, 418 LSR stemmer således overens med Skatteministeriets kommentar.

I den skatteretlige teori er det blevet hævdet, at overkurs alene kan foreligge ved gældskonvertering i solvente selskaber. Dette er begrundet med, at overkursen er det beløb, som betalingen overstiger aktiernes nominelle værdi. Betalingen skal ved gældskonvertering værdiansættes ud fra fordringens kursværdi, som ved insolvens er under 100¹³⁶. Det er vel lidt upræcist at hævde, at der ikke kan opstå overkurs ved gældskonvertering i insolvente selskaber. Nok skal vederlaget ved gældskonvertering værdiansættes ud fra fordringens kursværdi, og denne vil ved insolvens være under kurs 100, men blot fordi fordringen har en værdi lavere end kurs 100, kan den betaling, der sker med fordringen godt overstige kapitalandelenes nominelle værdi. Hvis man forestiller sig den situation, at der sker gældskonvertering i et insolvent selskab af en fordring på nominelt 100.000 kr., som på grund af insolvensen har en kursværdi af 80.000 kr., til nominelt 10.000 kr. aktier, vil der netop være en overkurs på 70.000 kr., da dette er det beløb, som betalingen overstiger aktiernes nominelle værdi. Dette beløb vil være skattefrit for selskabet jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Derudover realiserer selskabet i denne situation en kursgevinst i henhold til kursgevinstloven på 20.000 kr., som er forskellen mellem den konverterede fordrings nominelle værdi (100.000 kr.) og kursværdien på tidspunktet for konverteringen (80.000 kr.). Et sådant resultat er i overensstemmelse med Landsskatterettens kendelse i TfS 2000, 418 LSR. At der kan foreligge overkurs ved gældskonvertering i insolvente selskaber, synes da også forudsat i andre dele af den skatteretlige teori¹³⁷.

2.6.1.2 Afrunding og opsummering på retsstillingen i praksis

Det virker mest hensigtsmæssigt at anskue det således, at kendelsen i TfS 2000, 418 LSR fastslår retsstillingen, som herefter er, at forskellen mellem den konverterede fordrings nominelle værdi og kursværdien heraf på tidspunktet for konverteringen udgør en kursgevinst i henhold til kursgevinstloven, mens forskellen mellem fordringens kursværdi og det nominelle aktiebeløb, der tegnes ved konverteringen, udgør en skattefri overkurs¹³⁸. Der eksisterer altså et sammenspil mellem beskattningen af en eventuel kursgevinst og den skattefri overkurs. Dette er søgt illustreret ved taleksemplet ovenfor i afsnit 2.6.1.1.

¹³² Jf. Michelsen s. 1022, Den juridiske vejledning C.B.2.9.1 og U.1977.964H

¹³³ Jf. TfS 2000, 418 LSR s. 1

¹³⁴ TfS 1998, 123 SKM

¹³⁵ Jf. de i afsnit 2.6.1 citerede dele af kommentaren i TfS 1998, 123 SKM

¹³⁶ Jf. TfS 2000, 864 s. 10

¹³⁷ Jf. SR.2002.184 s. 3

¹³⁸ Jf. SR.2002.184 s. 3

Der kan således ikke, som i TfS 1996, 696 LSR, foretages en kursgevinstbeskatning på baggrund af, at kapitalandele i selskabet samme dag som gældskonverteringen bliver handlet til en værdi, der er lavere end gældskonverteringskursen. Dette skyldes, at

”Ved opgørelsen af kursgevinst eller -tab efter kursgevinstloven er det herefter fordringens værdi, der skal lægges til grund ved opgørelse af gevinst eller tab på den konverterede fordring”¹³⁹,

og ”(...)gevinsten opgøres som forskellen mellem forpligtelsens værdi ved påtagelsen af forpligtelsen og værdien ved frigørelsen eller indfrielsen. Ved ”værdien ved indfrielsen” i kursgevinstloven skulle forstås fordringens værdi på tidspunktet for konverteringen”¹⁴⁰.

De nytegnede kapitalandeles værdi har således ikke betydning for, hvorvidt selskabet realiserer en kursgevinst eller ej.

Når fordringen har samme kursværdi på tidspunktet for gældskonverteringen som ved påtagelsen, kan der ikke foretages en kursgevinstbeskatning af selskabet. TfS 1996, 696 LSR kan ikke tages til indtægt for, at der i nogle tilfælde kan foretages kursgevinstbeskatning i en sådan situation. Dette skyldes, at den retskildemæssige værdi af denne kendelse må siges at være temmelig begrænset, dels som følge af den berettigede kritik, der har været af kendelsen og dels på grund af det faktum, at Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle jf. TfS 1998, 116 ØL¹⁴¹.

2.6.1.3 Lempelsesregler i kursgevinstloven

Ovenfor i afsnit 2.5.1.11 er beskrevet de tilfælde, hvor et selskab ikke skal beskattes af et tilskud som følge af reglerne om skattefrie datterselskabsudbytter jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, og skattefrie koncerntilskud jf. SEL § 31 D. I kursgevinstloven er der ligeledes regler, hvorefter en kursgevinst kan være skattefri. Ikke i alle de tilfælde, hvor der, som ovenfor beskrevet, foreligger en kursgevinst, som følge af, at fordringens kursværdi er lavere på tidspunktet for gældskonverteringen end på tidspunktet for påtagelsen af forpligtelsen, skal der således foretages en kursgevinstbeskatning hos selskabet efter KGL § 6.

Den første undtagelse til skattepligten findes i KGL § 8. Efter denne bestemmelse skal gevinst på gæld til et koncernforbundet selskab ikke medregnes ved indkomstopgørelsen. Hvis det således er et koncernforbundet kreditorselskab, der konverterer en fordring på debitorselskabet til kapitalandele, vil debitorselskabet ikke blive beskattet af en eventuel kursgevinst, der opstår i forbindelse hermed. Det er en betingelse for skattefriheden, at kreditor ikke kan fradrage det tilsvarende tab på fordringen jf. KGL § 8, stk. 1, 1. pkt., og 3. pkt. Bestemmelsen vil ikke blive nærmere behandlet her¹⁴².

I KGL § 24, stk. 1, findes en anden undtagelse, hvorefter den opståede kursgevinst ved gældskonverteringen er skattefri for debitorselskabet, hvis der foreligger en samlet ordning mellem debitor

¹³⁹ Jf. TfS 1998, 123 SKM s. 2

¹⁴⁰ Jf. TfS 2000, 418 LSR s. 4

¹⁴¹ Jf. Pedersen 2 s. 587

¹⁴² Se herom Michelsen s. 569f og s. 559-561

og dennes kreditor(er). Hvad der skal forstås ved en samlet ordning ligger udenfor denne afhandlings emnefelt¹⁴³.

For begge de nævnte undtagelser gælder, at en gevinst skal medregnes ved indkomstopgørelsen i det omfang gælden ved eftergivelsen nedskrives til et lavere beløb end værdien på nedsættelsestidspunktet. Denne begrænsning af skattefriheden efter KGL §§ 8, og 24, stk. 1, som vedrører området mellem fordringens kursværdi og 0 kr., har ingen selvstændig betydning i forhold til gældskonverteringer, idet debitorselskabet betaler et vederlag svarende til fordringens kursværdi jf., at kreditorselskabets anskaffelsessum for kapitalandelene udgør et beløb svarende til fordringens kursværdi¹⁴⁴.

Som anført indledningsvis i afsnit 1.3 er reglerne om underskudsbegrænsning undladt i denne afhandling¹⁴⁵.

2.7 Skatteretlige konsekvenser for kapitalejerne i forbindelse med kapitalforhøjelse til overkurs

Først skal det nævnes, at et kontant indbetalt indskud ikke er fradragsberettiget for indskyderen, idet der alene er tale om at ændre et aktiv, en kontant pengebeholdning, til et andet aktiv, kapitalandele¹⁴⁶. Foretages kapitalforhøjelsen gennem apportindskud, udgør indskuddet som udgangspunkt en afståelse, som udløser kapitalgevinstbeskatning hos indskyderen efter de almindelige regler¹⁴⁷.

2.7.1 Kapitalandelenes anskaffelsessum ved kapitalforhøjelse til overkurs

Tegnes kapitalandelene til overkurs, overstiger værdien af de til selskabet indskudte midler pålydende af de tegnede kapitalandele, og den skattemæssige anskaffelsessum opgøres til den højere kursværdi¹⁴⁸. Sker kapitalforhøjelsen ved apportindskud, skal alle de overdragne aktiver og passiver overdrages til handelsværdi. Kapitalandelenes anskaffelsessum er således lig med værdien af de aktiver, der overdrages. Sker der efterfølgende ændringer i værdiansættelsen af apportindskuddet ved en ligningsmæssig kontrol, indebærer det, at anskaffelsessummen for kapitalandelene ændres tilsvarende¹⁴⁹. En sådan korrektion kan eksempelvis ske efter LL § 2. Den skattemæssige følge af statuering af overpris af apportindskuddet er en tilsvarende reduktion af kapitalandelenes skattemæssige anskaffelsessum, ligesom indskyderens afståelsessum for aktivet/aktiverne ligeledes reduceres¹⁵⁰. Omvendt vil en konstatering af en for lav aftalt værdi af apportindskuddet medføre en forhøjelse af kapitalandelenes skattemæssige anskaffelsessum¹⁵¹. Den sidst nævnte situation opstår i forbindelse med en indirekte overkurs¹⁵², som jo netop er defineret ved, ”at formuegoder, der indskydes i et selskab som apportindskud, ved indskuddet værdiansættes for lavt”¹⁵³. Dette får yderligere den konsekvens for indskyderen, at han skattemæssigt stilles, som om aktivet var solgt til den virkelige værdi, hvilket, alt efter aktivets art og ejertid, kan udløse (yderligere) afståelsesbeskatning hos

¹⁴³ Se hertil Den juridiske vejledning C.B.1.5 og Michelsen s. 1013f

¹⁴⁴ Jf. Pedersen 2 s. 591

¹⁴⁵ Se herom Pedersen 2 s. 590ff

¹⁴⁶ Jf. Michelsen s. 815

¹⁴⁷ Jf. herom Pedersen 2 s. 560ff med henvisninger

¹⁴⁸ Jf. Pedersen 1 s. 575 herunder note 62

¹⁴⁹ Jf. Christensen, Erna s. 113

¹⁵⁰ Jf. Michelsen s. 816f

¹⁵¹ Jf. Pedersen 2 s. 567, her omtales også muligheden for anfordringstilgodehavende

¹⁵² Se herom afsnit 2.4.1

¹⁵³ Jf. Werlauff s. 216

denne¹⁵⁴.

I Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 2004, 126 LR, hvor de tilsagde skattepligt for det kapitalandelsudstedende selskab (M2 A/S) i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs, som blev tegnet af D A/S ved apportindskud af aktier til en værdi af ca. 21 mio. kr., udtalte de videre, at

”Efter Ligningsrådets opfattelse vil D A/S i skattemæssig henseende anses at være vederlagt i form af nom. 10.000 kr. aktier i M2 A/S til kurs pari. (...) Selskabets skattemæssige anskaffelsessum for de nytegnede aktier nom. 10.000 kr. i M2 A/S anses således for anskaffet til kurs 100. Ved vurderingen heraf har Ligningsrådet lagt vægt på, at en uafhængig sælger/kapitalindskyder ikke ville acceptere sig vederlagt i nom. 10.000 kr. nytegnede aktier i M2 A/S, henset til størrelsen af de værdier, der indskydes i selskabet”¹⁵⁵.

Ligningsrådet når altså frem til, at aktierne skulle anses for anskaffet til et beløb svarende til kursen på aktierne i det aktieudstedende selskab inden kapitalforhøjelsen. Forud for kapitalforhøjelsen kunne kursen fastsættes til 100, idet aktiekapitalen i M2 A/S på 600.000 kr. var påtænkt tegnet ved kontantindskud til kurs 100. Ligningsrådet anvender således et princip om, at anskaffelsessummen fastsættes til det niveau, som aktiemodtageren vil betale uden derved at miste værdier ved nytægningen, jf. henvisningen til det vederlag en uafhængig kapitalindskyder ville acceptere sig vederlagt med. At Ligningsrådet ansætter anskaffelsessummen for aktierne til kursværdien forud for kapitalforhøjelsen og dermed til 10.000 kr., skyldes, at hvis vederlaget blev fastsat til et beløb svarende til værdien af indskuddet, altså ca. 21 mio. kr., ville det være vanskeligt at komme igennem med en tilskudsbetragtning overfor det kapitalandelsudstedende selskab¹⁵⁶.

Som beskrevet ovenfor har LL § 2 betydning for opgørelsen af anskaffelsessummen for de erhvervede kapitalandele. Det, i denne bestemmelse, indbyggede armslængdeprincip indebærer, at afståelsen af apportindskuddet skal gennemføres i forhold til de indskudte aktiers reelle kursværdi, altså 21 mio. kr., ligesom de nytegnede akties anskaffelsessum således er lig med værdien af dette indskud. På trods af dette statuerer Ligningsrådet, at de nytegnede aktier anses for anskaffet til kurs 100, og dermed til en anskaffelsessum på 10.000 kr. Ifølge Ligningsrådets opfattelse udgør overkursen hverken en del af afståelsesvederlaget for de apportindskudte aktier eller en del af anskaffelsessummen for de nytegnede aktier. Ligningsrådet bortfortolker altså LL § 2 i forhold til opgørelsen af afståelsesvederlaget for apportindskuddet og anskaffelsessummen for de tegnede aktier¹⁵⁷. Ligningsrådets afgørelse kan således også kritiseres på dette område.

2.7.1.1 Kapitalandelens anskaffelsessum ved kapitalforhøjelse til overkurs ved gældskonvertering – herunder maskeret gældskonvertering

Anskaffelsessummen for de kapitalandele, der erhverves ved gældskonvertering, udgør fordringens kursværdi på konverteringstidspunktet jf. U.1977.964H¹⁵⁸. Aktieavancebeskatningslovens (herefter ABL) § 28 indeholder særlige regler for opgørelse af anskaffelsessummen, når kapitalandelene formelt er tegnet ved kontantindskud, eventuel til overkurs, men hvor indskuddet umiddelbart efter anvendes til nedbringelse af indskyderens fordring på selskabet, såkaldt maskeret gældskonverte-

¹⁵⁴ Jf. Werlauff s. 216

¹⁵⁵ Jf. TfS 2004, 126 LR s. 3

¹⁵⁶ Jf. TfS 2004, 706 s. 2

¹⁵⁷ Jf. RR.SM.2005.50 s. 2

¹⁵⁸ Jf. Michelsen s. 1022 og Den juridiske vejledning C.B.2.9.1

ring¹⁵⁹. Efter bestemmelsen kan anskaffelsessummen for de ved tegningen erhvervede kapitalandele nedsættes med differencen mellem fordringens pålydende og fordringens kursværdi på indfrielsestidspunktet. Derved sikres, at et ikke-fradragsberettiget tab på en fordring ikke vil kunne konverteres til et fradragsberettiget tab på kapitalandele¹⁶⁰. Nedsættelsen af anskaffelsessummen finder derfor kun sted, når kreditor ikke vil kunne opnå fradrag for et eventuelt tab på den fordring, der indfries i forbindelse med kapitalforhøjelsen¹⁶¹. I TfS 2010, 885 BR fandt byretten, at overkursen ved en kapitalforhøjelse på nominelt 10.000 kr., som blev tegnet ved et kontant indskud på 1.780.000 kr., blev anvendt til at tilbagebetale selskabets gæld til enekapitalejeren, og anskaffelsessummen for de ved kapitalforhøjelsen erhvervede kapitalandele skulle derfor nedsættes. Indskuddet var foretaget den 24. januar 1995, og fordringen var i perioden marts 1995 til ultimo oktober 1996 blevet nedbragt, selvom selskabet i samme periode alene havde realiseret et underskud. Byretten udtalte i den forbindelse, at

”(...) at der ikke generelt kan opstilles en tidsmæssig grænse for, at indfrielse af en fordring kan anses for sket i forbindelse med et kapitalindskud, (...) men at der må foretages en konkret bedømmelse”¹⁶².

Retten lagde til grund, at de kontinuerlige nedbringelser med betydelige beløb af enekapitalejerens tilgodehavende begyndte kort tid efter kapitalforhøjelsen. Retten fandt efter de foreliggende oplysninger, at selskabet måtte anses for at have anvendt kapitalindskuddet til indfrielse af eneaktionærens tilgodehavende. I TfS 2011, 709 SKM kommenterede Skatteministeriet dommen, hvor de udtalte, at

”Dommen illustrerer hidtidig praksis, hvorefter der ikke generelt kan opstilles en tidsmæssig grænse for, hvornår indfrielse af en fordring kan anses for sket i forbindelse med et kapitalindskud, men at der skal foretages en samlet vurdering af de konkrete omstændigheder”¹⁶³.

De yderligere betingelser for anvendelsen af ABL § 28 vil ikke blive gennemgået her¹⁶⁴.

I den tidligere omtalte kendelse fra Landsskatteretten i journalnr. 11-0299157, statuerede Landskatteretten, at der ikke var grundlag for tilskudsbeskatning af selskabet i forbindelse med en kapitaltjeneres tegning af nominelt 5.000 kr. anparter til tegningskurs 10.862 ved gældskonvertering af en fordring på 543.100 kr. Overkursen ved tegningen ansås at være skattefri, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Forud for denne kendelse havde skattemyndigheden, udover at statuere tilskudsbeskatning for selskabet, ligeledes nedsat anpartshaverens skattemæssige anskaffelsessum for de ved gældskonverteringen modtagne anparter med værdien af det ikke-fradragsberettigede tilskud til selskabet. Anparterne ansås herefter erhvervet for 19.330 kr., hvilket svarede til kurs 386,6, som var den regnskabsmæssige indre værdi af anparterne, såfremt gældskonverteringen ikke var foretaget. Skattemyndigheden mente, at der var hjemmel hertil i LL § 2, da en uafhængig investor ikke ville acceptere sig vederlagt med nominelt 5.000 kr. anparter mod at konvertere en fordring med en markedsværdi på 543.100 kr. (tegningskurs 10.862), når kurs indre værdi som beskrevet var 386,6. Spørgsmålet om anskaffelsessummen for anparterne blev indbragt for Landsskatten, som i kendelsen gengivet i

¹⁵⁹ Jf. Michelsen s. 1023

¹⁶⁰ Jf. LFF 1995-01-18 nr. 139 de Almindelige bemærkninger - 1. Lovens formål

¹⁶¹ Jf. Pedersen 1 s. 576

¹⁶² Jf. TfS 2010, 885 BR s. 15

¹⁶³ Jf. TfS 2011, 709 SKM s. 1

¹⁶⁴ Se herom Den juridiske vejledning C.B.2.9.1

journalnr. 11-0299156¹⁶⁵, ændrede skattemyndighedens afgørelse. I Landsskatterettens kendelse i journalnr. 11-0299157 fremgik det som bekendt, at der ikke var grundlag for tilskudsbeskatning af selskabet, og Landskatteretten udtalte herefter, at

*”Grundlaget for reduktionen af anskaffelsessummen ud fra en tilskudsbetragtning, således som det er lagt til grund ved den påklagede afgørelse, må derfor anses for bortfaldet”*¹⁶⁶.

Hertil skal det bemærkes, at som beskrevet tidligere fremgår det af Højesteretsdommen i U.1977.964H, at anskaffelsessummen for de kapitalandele, der erhverves ved gældskonvertering, ansættes til fordringens kursværdi på konverteringstidspunktet. I journalnr. 11-0299156 var der enighed om, at værdien af den konverterede fordring var kurs 100, og at fordringens kursværdi dermed var 543.100 kr. på konverteringstidspunktet. Der synes herefter ikke at eksistere nogen skatteretlig hjemmel til at foretage en nedsættelse af anskaffelsessummen for kapitalandelene. Der kan i forlængelse heraf yderligere henvises til afsnit 2.5.1.2, hvor det beskrives, at LL § 2 ikke finder anvendelse i forbindelse med selskabsretlige begivenheder, såsom en kapitalforhøjelse¹⁶⁷.

2.7.2 Gavebeskatning eller lignende af værdistigning på kapitalandele

Er der flere kapitalejere i det kapitalandelsudstedende selskab, fordeles merværdien ved en kapitalforhøjelse til overkurs som udgangspunkt forholdsmæssigt mellem alle disse kapitalejere i form af en værdifremgang på deres respektive kapitalandele. I tilfælde af, at en kapitalforhøjelse til overkurs tegnes af nogle, men ikke alle kapitalejere, tilføres medkapitalejerne således en formuefordel uden tilsvarende modydelse¹⁶⁸. På denne måde kan der ske betydelige formueoverførsler mellem grupper af kapitalejere. Spørgsmålet er herefter, hvordan en sådan formueoverførsel skal beskattes.

Det er blevet anført, at såfremt der foreligger elementer af favorisering af en bestemt person eller gruppe af personer, vil der kunne gennemføres en beskatning ud fra et gavesynspunkt eller lignende af de kapitalejere, der opnår en forøgelse af de oprindelige kapitalandeles værdi. Ifølge denne opfattelse afhænger det af de konkrete forhold omkring kapitalforhøjelsen til overkurs, om der opstår skattemæssige problemer, hvis den nye kapital ikke tegnes af de hidtidige kapitalejere i samme forhold, som de ejer andele i selskabet¹⁶⁹. Hertil er det anført, at det er tvivlsomt, om der i forbindelse med kapitalforhøjelsen til overkurs er tilført de øvrige kapitalejere en skattepligtig berigelse uden for tilfælde, hvor der i øvrigt består et interessefællesskab mellem kapitalejerne, f.eks. i kraft af familierelation¹⁷⁰. Ligeledes er der argumenteret for, at de øvrige kapitalejere skal beskattes i tilfælde af, at en kapitalejer indskyder en indirekte overkurs¹⁷¹. Dette er begrundet med, at såfremt man ikke statuerer skattepligt i sådanne tilfælde, vil betydelige værdier kunne tilflyde f.eks. familieaktionærer uden beskatning af disse¹⁷².

I forbindelse med indførslen af reglen om skattefrie koncerntilskud i SEL § 31 D, har spørgsmålet om beskatning af kapitalejerne i det tilskudsmodtagende selskab været diskuteret. Denne situation er parallel til den her behandlede situation, idet der gennem tilskuddet ligeledes sker en værdifrem-

¹⁶⁵ Journalnr. 11-0299156 i ”Afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet” afsagt den 24. september 2012

¹⁶⁶ Jf. journalnr. 11-0299156 s. 2

¹⁶⁷ Jf. RR.SM.2005.50 s. 2

¹⁶⁸ Jf. SpO.2004.355 s. 8

¹⁶⁹ Jf. Christensen, Erna s. 85 og 112

¹⁷⁰ Jf. Michelsen s. 838

¹⁷¹ Om indirekte overkurs se afsnit 2.4.1

¹⁷² Jf. Werlauff s. 216-217

gang på kapitalandelene, hvorfor diskussionen fra dengang inddrages her. I bemærkningerne til lovforslaget blev det udtalt, at

”Dette lovforslag ændrer ikke på, at tilskuddet kan medføre en indirekte formueoverførsel fra en skatteyder til en anden skatteyder, som kan være skattepligtig. Dette vil være tilfældet, såfremt tilskuddet er ydet som følge af den ene skatteydere ønske om at overføre et formuegode til den anden. I disse tilfælde anses formuegodet at have passeret yderens formuesfære - og videregivet til modtageren. Eksempelvis kan tænkes situationen, hvor far og søn ejer hvert sit holdingselskab og hvor de to holdingselskaber ejer henholdsvis 60 pct. (faderens holdingselskab) og 40 pct. (sønnens holdingselskab) af stemmerettighederne i det fælles driftsselskab. Yder faderens holdingselskab et tilskud til driftsselskabet, vil 40 pct. af tilskuddet være en indirekte formueoverførsel til sønnen. Denne overførsel vil afhængigt af de nærmere omstændigheder være skattepligtig for faderen (som udbytte) og for sønnen (som gave)”¹⁷³.

Til denne bemærkning blev det stillet som et spørgsmål, hvor hjemlen til en sådan beskatning kunne findes, samt hvad, der var gældende praksis¹⁷⁴. Hertil svarede ministeren, at den gældende praksis på området bl.a. fremgår af TfS 2005, 42 LSR om tegning af aktier til overkurs¹⁷⁵. Derudover påpegede ministeren, at det fremgår af U.1958.1164H, at kapitalejerne i det tilskudsmodtagende selskab vil kunne være skattepligtige af den indirekte formueoverførsel efter SL § 4 eller boafgiftslovens § 23¹⁷⁶. I U.1958.1164H var der tale om, at et selskab havde vedtaget at foretage en kapitalforhøjelse på nominelt 50.000 kr. til kurs pari til trods for, at den skattemæssige aktiekurs var ansat til 900. Faderen A ejede forud for kapitalforhøjelsen nominelt 49.400 kr. aktier, mens dennes søn kun ejede for 100 kr. aktier. A og hans søn var enige om, at sønnen skulle tegne samtlige nye aktier, idet tegning af de nye aktier skulle ske underhånden, de gamle aktionærer skulle ikke have nogen fortrinnsret til tegning af de nye aktier, og fordelingen i tilfælde af overtegning skulle ske efter bestyrelsens frie skøn. Ved sønnens tegning af samtlige nominelt 50.000 kr. aktier til kurs pari blev det antaget, at han derved havde opnået en gaveafgiftspligtig begunstigelse fra faderen svarende til værdien af tegningsretten til de nye aktier.

Det er blevet kritiseret, at ministeren henviste til U.1958.1164H som begrundelse for gavebeskatning af en kapitalejer i et tilskudsmodtagende selskab¹⁷⁷. Som svar på denne kritik afgav ministeren en kommentar, hvoraf det bl.a. lyder,

”I forhold til UfR 1958.1164 H ses det ikke at skulle gøre nogen forskel, om faderen laver en overkurstegning (eller faderens selskab giver et tilskud) eller om sønnen laver en underkurstegning. I begge tilfælde er realiteten, at sønnen ved tegningen bliver ejer af værdier, der væsentligt overstiger det af ham foretagne indskud. En sådan begunstigelse er ifølge dommen gaveafgiftspligtig. I sagen blev sønnen således gaveafgiftspligtig af underkurstegningen, idet Højesteret lagde vægt på, at sønnen ved underkurstegningen netop blev ejer af værdier, der væsentligt oversteg det af ham i sel-

¹⁷³ Jf. LFF 2006-12-13 nr. 110 bemærkning til nr. 29 til § 1

¹⁷⁴ Jf. spørgsmål 23 til LFF 2006-12-13 nr. 110 modtaget den 13-02-2007

¹⁷⁵ Denne kendelse vil blive behandlet i afsnit 2.7.3

¹⁷⁶ Jf. ministerens svar på spørgsmål 23 til LFF 2006-12-13 nr. 110 afgivet den 23-02-2007

¹⁷⁷ Jf. bilag 21 til LFF 2006-12-13 nr. 110

skabet foretagne indskud. Sønnen blev beskattet af denne værdiforøgelse, selvom han ikke realiserede indkomsten ved salg af aktierne”¹⁷⁸.

Af ministerens kommentar kan det således udledes, at ministeren sidestiller situationen i U.1958.1164H, hvor en kapitalejer får ret til at foretage en tegning til favørkurs, i kommentaren benævnt som underkurstegning¹⁷⁹, med en situation, hvor en ud af flere kapitalejere foretager en overkurstegning. Såfremt faderen havde foretaget en tegning til overkurs, ville sønnen efter ministerens opfattelse ligeledes være gaveafgiftspligtig af den hermed opnåede begunstigelse. Det følger dermed af kommentaren, at ministeren mente, at der vil kunne foretages en gavebeskatning eller lignende af den/de kapitalejer(e), hvis kapitalandele stiger i værdi, som følge af en anden kapitalejers tegning til overkurs, på trods af, at de førstnævnte kapitalejere ikke realiserer indkomsten ved salg af deres kapitalandele.

Den af ministeren foretagne sidestilling af disse to situationer synes dog ikke at være berettiget. Det er således også anført, at begrundelsen for resultatet i U.1958.1164H er, at sønnen som den direkte begunstige modtog en vederlagsfri tegningsret fra faderen, som kunne beskattes som direkte gave. At der i den pågældende sag var tale om en direkte gave medfører, at dommen ikke kan tages til indtægt for ministerens synspunkt om, at kapitalejerne vil kunne beskattes af en indirekte formueoverførsel¹⁸⁰, f.eks. i forbindelse med en værdistigning på kapitalandele som følge af en kapitalforhøjelse til overkurs foretaget af nogle, men ikke alle kapitalejere. At der i en situation som i U.1958.1164H forelå en direkte gave, kan støttes af, at det følger af ABL § 16, stk. 2, at der i en sådan situation, vil kunne foreligge en gave for den, der får ret til at tegne aktier til under markedskursen, idet bestemmelsen b.l.a. siger ”såfremt tildelingen (af tegningsretten) udgør en gave for modtageren”. I forarbejderne til bestemmelsen er det hertil anført, at

”En gavebeskatning vil f.eks. være aktuel i familieforhold, hvor den hidtidige aktionær (faderen) giver sønnen ret til at tegne aktier i selskabet til favørkurs”¹⁸¹.

At der ikke skal foretages en beskatning af den urealiserede værdistigning på kapitalandelene støttes tillige af SL § 5, stk. 1, litra a, hvis 1. led lyder:

”Til indkomsten henregnes ikke: formueforøgelse, der fremkommer ved, at de formuegenstande, en skattepligtig ejer, stiger i værdi”.

Værdiændringer på de hidtidige kapitalejeres kapitalandele er således ikke en relevant skattebegivenhed, idet dansk skatteret er baseret på et realisationsprincip, som indebærer, at der skal foreligge en afståelse, før der kan ske beskatning¹⁸². Der er således ikke tale om en skattefritagelse, men kun om en udskydelse af beskatningstidspunktet, der vil komme, når selskabet likvideres, eller når kapitalandelene overdrages¹⁸³. Realisationsprincippet er for kapitalandeleles vedkommende udspecificeret i ABL § 23, stk. 1, som lyder:

¹⁷⁸ Jf. bilag 25 til LFF 2006-12-13 nr. 110

¹⁷⁹ Der er ikke tale om en tegning, der vil være i strid med forbuddet mod tegning til underkurs i selskabslovens § 31, idet tegningen skete til kurs pari og således ikke til under kurs 100. Det havde været mere præcist, såfremt tegningen i kommentaren var benævnt som en tegning til favørkurs, da det netop er det, der er tale om - nemlig en tegning til under markedskursen.

¹⁸⁰ Jf. bilag 21 til LFF 2006-12-13 nr. 110

¹⁸¹ Jf. LFF 2005-11-16 nr. 78 bemærkningerne til § 16

¹⁸² Jf. TfS 2006, 194 s. 2 og Ramskov s. 518

¹⁸³ Jf. Michelsen s. 942

”Gevinst og tab på aktier, der skal medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, medregnes i det indkomstår, hvori gevinsten eller tabet realiseres (realisationsprincippet)”.

Det skal her nævnes, at aktieavancebeskatningslovens regler om aktier finder tilsvarende anvendelse på anparter jf. ABL § 1, stk. 2.

2.7.2.1 Praxis til belysning af retsstillingen om værdistigning på kapitalandele

Den ovenfor omtalte dom i U.1958.1164H vedrører som beskrevet en situation, hvor en kapitalejer får ret til at tegne nye kapitalandele til under markedskursen¹⁸⁴. Der findes ingen domspraksis angående det her behandlede spørgsmål om, hvorvidt kapitalindskud til overkurs fra én kapitalejer blandt flere udløser skatteretlige konsekvenser for de øvrige kapitalejere. Det hidtil største præjudikat på dette område findes derfor i Landsskatterettens kendelse i TfS 1995, 803 LSR¹⁸⁵.

Sagen omhandlede M A/S’ påtænkte nytegning af nominelt 150 mio. kr. aktier i D A/S, som havde en betydelig negativ egenkapital. M A/S ejede forud for kapitalforhøjelsen ca. 62% af aktiekapitalen i D A/S. Resten af aktiekapitalen i D A/S var ejet af en række medarbejdere i M A/S og D A/S, herunder direktør P, som var hovedaktionær og direktør i M A/S. Direktør P ejede ca. nominelt 5 mio. kr. af aktiekapitalen i D A/S eller ca. 15,5%, mens de øvrige medarbejderaktionærer ejede mellem nominelt 25.000 kr. og 750.000 kr. af aktiekapitalen. Tegningen skulle ske til mellem kurs 100 og 110, dvs. til overkurs. Kapitalforhøjelsen ville medføre, at indreværdi-kursen ville stige fra negativ til kurs 73. Det, i denne sammenhæng, relevante spørgsmål var herefter, om en sådan kapitalforhøjelse til overkurs, der alene tegnedes af moderselskabet M A/S, ville medføre beskatning af medarbejderaktionærerne som følge af stigningen af aktiekursen og dermed forhøjelsen af værdien af deres respektive aktiebeholdninger. Ligningsrådet afgav hertil den bindende forhåndsbesked gengivet i TfS 1994, 370 LR, hvori de fandt, at

”Med hensyn til den kursstigning, som medarbejderaktionærerne forventes at konstatere på deres aktier i D A/S i forbindelse med kapitalforhøjelsen i D A/S, finder Ligningsrådet, at der for direktør P vil være tale om skattepligtigt udbytte, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 1. Således findes den kursstigning, som direktør P forventes at konstatere på sine aktier i D A/S, at være resultat af hans bestemmende aktionærindflydelse i såvel M A/S som D A/S. Med hensyn til de øvrige medarbejderaktionærer i D A/S lægger Ligningsrådet til grund, at disse ved den valgte rekonstruktionsmodel, hvorved ikke alle aktionærer deltager ligeligt i nytegningen, opnår en ikke uvæsentlig kursstigning på deres aktier. Når henses til medarbejderaktionærernes ansættelsesforhold i koncernen findes denne kursstigning at være indkomstskattepligtig i medfør af statsskattelovens § 4, jf. ligningslovens § 16”¹⁸⁶.

Denne bindende forhåndsbesked blev kritiseret fra flere sider¹⁸⁷.

Afgørelsen blev efterfølgende indbragt for Landsskatteretten. I TfS 1995, 803 LSR udtalte Landsskatteretten, at

¹⁸⁴ Jf. note 179

¹⁸⁵ Jf. Pedersen 2 s. 590

¹⁸⁶ Jf. TfS 1994, 370 LR s. 3

¹⁸⁷ Jf. TfS 1994, 482 og SR.1994.280

”(...) der ikke var hjemmel til at gennemføre beskatning af den urealiserede værdistigning hos de pågældende aktionærer”¹⁸⁸.

Kendelsen støttede således selskabets repræsentants påstand om, at

”(...) beskatning af en eventuel værdistigning på aktier blev reguleret af aktieavancebeskatningsloven og først på tidspunktet for egentlig realisation af aktierne”¹⁸⁹.

Om denne kendelse er det blevet udtalt, at den fastslår, at der ikke er noget hjemmelsmæssigt grundlag for at gennemføre beskatning af urealiserede avancer på kapitalandele i forbindelse med, at andre gennem kapitalforhøjelse til overkurs tilfører selskabet yderligere værdier¹⁹⁰. Det er således uden betydning, om der er en familierelation eller lignende interessefællesskab mellem den kapitalejer, der foretager tegningen til overkurs og den eller de øvrige kapitalejere, idet beskatningen af de sidstnævnte kapitalejere også i dette tilfælde reguleres af aktieavancebeskatningsloven, som tilsiger beskatning ved realisation af de pågældende kapitalandele¹⁹¹. I modsætning hertil anførte Told- og Skattestyrelsen i TfS 1995, 803 LSR, at

”Ligningsrådets afgørelse i sagen er ikke udtryk for, at enhver værdistigning på aktier som følge af andres kapitalindskud generelt skal medføre skattepligt. Det må afgøres efter en konkret vurdering, om transaktionerne sker efter en model, der falder inden for rammerne af det, som en uafhængig kapitalindskyder ville acceptere”¹⁹².

Denne opfattelse, hvorefter der skal foretages en konkret vurdering af transaktionerne, blev som bekendt ikke delt af Landsskatteretten. Hertil er det også blevet anført, at den opfattelse som Told- og Skattestyrelsen giver udtryk for, utvivlsomt vil medføre betydelig retsusikkerhed på området¹⁹³.

Princippet om, at en formuestigning på kapitalandele ikke kommer til beskatning hos kapitalejeren, før denne realiserer gevinsten i overensstemmelse med aktieavancebeskatningsloven, er tillige anerkendt i andre sammenhænge, og kommer til udtryk i flere afgørelser¹⁹⁴. Dette er gældende for den tidligere omtalte TfS 2004, 126 LR, hvor selskabets repræsentant henviste til TfS 1995, 803 LSR¹⁹⁵, hvortil det blev udtalt, at

”Ligningsrådet er enig med repræsentanten i, at der ikke er hjemmel til at beskatte den urealiserede værdistigning på aktierne i M1 A/S henholdsvis anparterne i A ApS, B ApS og C ApS”¹⁹⁶,

ligeledes i TfS 2005, 42 LSR hvor

”Det bemærkes, at Foreningen B’s tegning af aktier i A/S E til overkurs tilfører midler til selskabet, hvorved de øvrige aktionærers aktier, som er tegnet til pari, stiger kraf-

¹⁸⁸ Jf. TfS 1995, 803 LSR s. 6-7

¹⁸⁹ Jf. TfS 1995, 803 LSR s. 4

¹⁹⁰ Jf. SR.1996.6 s. 3 og Pedersen 2 s. 590

¹⁹¹ Jf. om aktieavancebeskatningens indtræden Pedersen 1 s. 565

¹⁹² Jf. TfS 1995, 803 LSR s. 4

¹⁹³ Jf. SR.1996.6 s. 3

¹⁹⁴ Jf. Pedersen 2 s. 585 note 18

¹⁹⁵ Jf. TfS 2004, 126 LR s. 3

¹⁹⁶ Jf. TfS 2004, 126 LR s. 4

tigt i værdi. En sådan værdiforøgelse er ikke skattepligtig i medfør af aktieavancebeskatningsloven, jf. TfS 1995, 803”¹⁹⁷.

De her omtalte afgørelser er således udtryk for, at TfS 1995, 803 LSR fastlægger den gældende praksis på dette område. Dette støttes af, at de er afsagt senere end denne kendelse, ligesom at der henvises til TfS 1995, 803 LSR i disse¹⁹⁸. I den skatteretlige teori er det ligeledes antaget, at TfS 1995, 803 LSR fastslår gældende praksis¹⁹⁹.

2.7.2.2 Lagerbeskatning

Modsætningen til det ovenfor omtalte realisationsprincip er lagerprincippet. Nedenstående skal ikke læses som en fuldstændig redegørelse for reglerne om lagerbeskatning, dette er blot medtaget for overordnet at beskrive dette princip, samt for at nævne hvornår det kan eller skal anvendes. Medmindre der er fastsat særlig lovhjemmel til anvendelse af lagerprincippet, er det realisationsprincippet, der finder anvendelse²⁰⁰. Personer, som er næringsdrivende²⁰¹, kan vælge at anvende lagerprincippet på deres beholdning af næringsaktier. Der er ikke mulighed for at gå tilbage til realisationsprincippet, hvis det er valgt at anvende lagerprincippet jf. ABL § 23, stk. 2, jf. §§ 7 og 17²⁰². Selskaber skal opgøre gevinst eller tab på næringsaktier og skattepligtige porteføljeaktier efter lagerprincippet, og kan ikke vælge realisationsprincippet jf. ABL § 23, stk. 5, jf. § 6 jf. §§ 17 og 9. Se dog undtagelsen i ABL § 23, stk. 6²⁰³.

Lagerprincippet er i ABL § 23, stk. 2, 2. pkt., defineret således

”Såfremt den skattepligtige vælger at anvende lagerprincippet, opgøres indkomstårets gevinst eller tab som forskellen mellem aktiernes værdi ved indkomstårets slutning og aktiernes værdi ved indkomstårets begyndelse. For aktier, som er erhvervet i indkomstårets løb, anvendes anskaffelsessummen i stedet for aktiernes værdi ved indkomstårets begyndelse. For aktier, som er afstået i indkomstårets løb, anvendes afståelsessummen i stedet for aktiernes værdi ved indkomstårets slutning.”

Det skal hertil bemærkes, at selvom den skattepligtige anvender lagerprincippet, giver dette ikke hjemmel til at foretage beskatning i forbindelse med en værdistigning som følge af en kapitalforhøjelsen til overkurs, hvorfor den praksis som TfS 1995, 803 LSR fastlægger, også er gældende for skattepligtige underlagt dette beskatningsprincip. Skattepligtige underlagt lagerprincippet beskattes blot af værdistigningen før denne realiseres i modsætning til skattepligtige underlagt realisationsprincippet.

2.7.3 Beskatning som udlodning

I dette afsnit vil det blive undersøgt, hvorvidt de ikke-indskydende kapitalejere i særlige tilfælde kan blive udlodningsbeskattet i forbindelse med en overkursstegning. Dette spørgsmål er relevant, da

¹⁹⁷ Jf. TfS 2005, 42 LSR s. 7

¹⁹⁸ I TfS 2004, 126 LR giver Ligningsrådet ikke direkte udtryk for, at støtten for at kapitalejerne ikke skal beskattes af værdistigningen findes i TfS 1995, 803 LR. Det må dog alligevel anses for at være tilfældet, idet selskabets repræsentant henviser til denne afgørelse og Ligningsrådet jo som beskrevet erklærer sig enig med repræsentanten vedrørende dette spørgsmål.

¹⁹⁹ Jf. Ramskov s. 516 note 114 og s. 518, SR.1996.6 s. 3 og Pedersen 2 s. 590

²⁰⁰ Jf. Michelsen s. 430

²⁰¹ Om dette begreb se Pedersen 1 s. 582ff og Michelsen s. 599ff

²⁰² Jf. herom Den juridiske vejledning C.B.2.4.3.1 og Michelsen s. 599

²⁰³ Jf. herom Den juridiske vejledning C.B.2.3 med henvisninger, Pedersen 2 s. 383ff og Michelsen s. 599

det i den juridiske vejledning på området fremgår, at ”I visse tilfælde kan overkurs efter en konkret vurdering anses for en udlodning (...)”²⁰⁴.

2.7.3.1 Praksis til belysning af retsstillingen

Fra tidligere praksis skal nævnes Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 1994, 641 LR. Til grund for afgørelsen lå, at D og E hver ejede 50% af anpartskapitalen i A ApS. A ApS var 100% ejer af datterselskabet B A/S. D påtænkte at stifte D ApS, mens E påtænkte at stifte E ApS. Disse selskaber skulle hver især have en anpartskapital på 200.000 kr. Efter stiftelsen var det planen, at der skulle foretages en kapitalforhøjelse på nominelt 10.000 kr. i hver af de to selskaber. Denne kapitalforhøjelse skulle tegnes af B A/S til kurs 40.000. Angående hensigten med denne fremgangsmåde var det oplyst, at

*”D og E påtænker nu at ændre den fremtidige selskabsstruktur, idet de ikke vil deltage i hinandens erhvervsmæssige risiko, og hver har deres planer med de midler, de som ejere har optjent i B A/S”, og at ”D og E kan herved fortsætte deres erhvervsmæssige karriere næsten uafhængig af hinanden”*²⁰⁵.

Hertil blev givet følgende bindende forhåndsbesked:

*”Ligningsrådet finder ikke, at den i D ApS og E ApS påtænkte kapitalforhøjelse til overkurs er skattefri for D og E, idet den skattemæssigt anses for at være udlodning af maskeret udbytte fra det af D og E dominerede selskab A ApS, jf. ligningslovens § 16 A, stk. 1. Der er herved henset til, at der ved dispositionen overføres værdier fra den af D og E ejede koncern til D ApS og E ApS”*²⁰⁶.

Som kommentar til denne bindende forhåndsbesked er det blevet udtalt, at det er problematisk, at der gennemføres en udlovningsbeskatning, da

*”(...) udlodningen ikke umiddelbart medfører nogen disponibel indkomst for de aktionærer, der påstås at have modtaget udlodningen. Der passerer i modsætning til den traditionelle form for udlodning ikke penge ud af selskabsøkonomien og over i den personlige økonomi. Den væsentligste del af formuen ligger ganske vist ikke længere i datterselskabet, med mulighed for skattefri udbytte for moderselskabet, men i de 2 personligt ejede selskaber. Udlodning herfra vil imidlertid fortsat medføre beskatning som aktieindkomst for de 2 personer”*²⁰⁷.

Det vil således sige, at såfremt man lægger Ligningsrådets bindende forhåndsbesked til grund, vil situationen være den, at først er de beløb, som B A/S ejer, blevet beskattet i dette selskab. Derefter sker der beskatning af de to kapitalejere som udlodning af maskeret udbytte. Når de to kapitalejere trækker udbytte ud af deres selskaber D ApS og E ApS eller likviderer disse, vil der ske beskatning for tredje gang. Der vil dermed være tale om triplebeskatning²⁰⁸.

²⁰⁴ Jf. Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1

²⁰⁵ Jf. TfS 1994, 641 LR s. 1 og 2

²⁰⁶ Jf. TfS 1994, 641 LR s. 2

²⁰⁷ Jf. SR.1994.346 s. 1-2

²⁰⁸ Jf. SR.1994.346 s. 2

Afgørelsen kan umiddelbart tages til indtægt for, at der kan foretages en udlodningsbeskatning i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs i tilfælde som det her beskrevet. Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 1994, 641 LR må dog antages at være blevet underkendt af den ovenfor omtalte Landsskatterets kendelse i TfS 1995, 803 LSR²⁰⁹. Overkursstegningerne foretaget af B A/S vil jo netop medføre værdistigninger på D og E's kapitalandelene i henholdsvis D ApS og E ApS, men disse urealiserede værdistigninger burde ikke blive beskattet, idet der ikke er hjemmel hertil jf. TfS 1995, 803 LSR.

2.7.3.2 Senere praksis ved kendelsen i TfS 2005, 42 LSR

I TfS 2005, 42 LSR bestod foreningen B af medlemmerne A A/S, som ejede 82,59% og A/S D, som ejede 17,41%. A A/S og A/S D stiftede i 2000 selskabet A/S E, med en nominel aktiekapital på 500.000 kr. A A/S tegnede nominelt 423.450 kr., mens A/S D tegnede nominelt 76.550 kr. af kapitalen i A/S E. Både A A/S og A/S D tegnede til kurs 100 ved kontant indbetaling. Samme dag som stiftelsen af A/S E tegnede foreningen B en kapitalforhøjelse i dette selskab på nominelt 25.000 kr. til kurs 36.000. Kapitalforhøjelsen blev tegnet dels kontant med 56.000 kr. og dels ved apportindskud af værdipapirer og således med et indskud af værdier på i alt 9 mio. kr. I foreningen B's regnskab for indkomståret 2000 fremgik det, at der var foretaget en nedskrivning på 8.547.619 kr. af aktier. Denne markante nedskrivning fremkom på baggrund af forskellen mellem anskaffelsessummen for de tegnede aktier til kurs 36.000 i A/S E og den indre værdi af disse aktier. I modsætning til denne markante nedskrivning fremgik det af A A/S' regnskab for indkomståret 2001, at der var foretaget en opskrivning af værdien af aktierne i A/S E fra den faktiske anskaffelsessum på 423.450 kr. til indre værdi af disse aktier på 7.682.586 kr. Det var under sagen oplyst, at A/S E overtog foreningen B's formål og aktivitet, og at efter etableringen af A/S E var foreningen B uden aktivitet. På baggrund af referater fra bestyrelsesmøder i foreningen B fremgik det, at foreningen B skulle omdannes til et aktieselskab med henblik på at få foreningens formue udbetalt skattefrit. Desuden fremgik det af et revisionsprotokollat for A A/S, at ejerskabet til kapitalandele i A/S E skulle opretholdes i mindst 3 år, idet fortjenesten ved salg af aktierne herefter ville være skattefrit ifølge den dagældende aktieavancebeskatningslovs § 4, stk. 6. Der var i den forbindelse oprettet en aktionæroverenskomst mellem A A/S, A/S D og Foreningen B, hvoraf det fremgik, at likvidation af A/S E i de første 3 år fra stiftelsen alene kunne træffes ved en enstemmig beslutning blandt aktionærene. Efter udløbet af denne 3-års periode kunne beslutning om likvidation træffes med kvalificeret majoritet, som anført i selskabet vedtægter.

Af Landsskatterettens kendelse fremgik det, at foreningen B's indbetaling af overkursen måtte anses som udlodning fra foreningen til medlemmerne, som var skattepligtig for disse efter SL § 4. Der var således ikke tale om, at overkursen blev beskattet i det aktieudstedende selskab. Den skattepligtige medlemsudlodning til A A/S kunne herefter opgøres til 7.239.235 kr. Landsskatteretten kom frem til dette beløb ved at fastsætte, at medlemsudlodningen til A A/S og A/S D tilsammen udgjorde 8.975.000 kr. (forskellen mellem den af foreningen B nominelt tegnede kapital 25.000 kr. og det samlede indskudte beløb 9 mio. kr.). Af denne samlede medlemsudlodning modtog A A/S 80,66%, da dette var den procentdel, som A A/S ejede af A/S E efter kapitalforhøjelsen $((423.450/525.000) \cdot 100)$. Landsskatteretten begrundede deres kendelse med,

”(...) at størrelsen af den af foreningen tegnede aktiepost tillige med de af de 2 foreningsmedlemmer tegnede aktieposter medfører en direkte og indirekte ejerandel af selskabet svarende til medlemmernes andel i foreningen, således som den opgøres ved foreningens ophør (...). Foreningens tegningsbeløb i selskabet udgjorde i det væsentligste hele for-

²⁰⁹ Jf. SR.1996.6 s. 3

eningens formue, og indskuddet må anses som uden risiko for foreningen, hvorved bl.a. henses til selskabets formål – videreførelse af foreningens virksomhed, og selskabets faktiske virksomhed – fortsat varetagelse af foreningens ved apportindskud indskudte investeringsaktiver. Den indgåede aftale og den ved apportindskud af foreningen indbetalte overkurs kan efter det foreliggende alene anses for aftalt som følge af stifternes sammenfaldende skattemæssige interesser i at omdanne foreningen til selskab – at konvertere skattepligtig udbetaling fra foreningen til mulighed for erhvervelse af skattefri aktieavance, og stifternes bestemmende indflydelse i foreningen, hvorved bemærkes, at en opløsning af foreningen ikke ville kunne ske uden beskatning af medlemmerne”²¹⁰.

2.7.3.3 Begrundelsen for kendelsen i TfS 2005, 42 LSR

I forhold til den her omtalte kendelse i TfS 2005, 42 LSR er det vigtigt at holde sig for øje, at Landsskatteretten udtaler, at

”Det bemærkes, at Foreningen B’s tegning af aktier i A/S E til overkurs tilfører midler til selskabet, hvorved de øvrige aktionærers aktier, som er tegnet til pari, stiger kraftigt i værdi. En sådan værdiforøgelse er ikke skattepligtig i medfør af aktieavancebeskatningsloven, jf. TfS 1995, 803”²¹¹.

Landsskatteretten fremhæver således selv, at udgangspunktet er, at de ikke-indskydende aktionærer ikke skal beskattes. I lyset af denne henvisning synes kendelsen at modsige sig selv. At der alligevel kan foretages en beskatning støtter Landsskatteretten på, at overkursen udgør en skattepligtig udlodning af foreningens formue til medlemmerne. I den forbindelse kan det bemærkes, at mens den kommunale skattemyndighed tilsagde, at den skattepligtige udlodning udgjorde merværdien af aktierne beregnet ”(...) som differencen mellem tegningsindskuddet på 423.450 kr. og aktieværdien efter kapitaludvidelsen på 7.662.429 kr.”²¹², så statuerede Landsskatteretten, at denne udlodning i stedet udgjorde en andel af overkursbeløbet svarende til ejerandelen i A/S E. På denne måde undgår Landsskatteretten direkte at udtale, at det er værdistigningen på aktierne, der beskattes, da de formentligt var af den opfattelse, at dette ville kunne opfattes som en praksisændring i forhold til TfS 1995, 803 LSR. Det skal dog i den forbindelse erindres, at baggrunden for de omhandlede transaktioner var, at i forbindelse med foreningens tegning til overkurs ville værdien af A A/S og D A/S’ aktiebesiddelser stige, således at værdien af disse herefter tilnærmelsesvis ville udgøre deres respektive andele af formuen i foreningen B. Udlodningen er således tæt forbundet til værdistigningen på aktierne. Det kan hertil også bemærkes, at forskelsbeløbet mellem de to metoder til udregning af den skattepligtige udlodning, kun udgjorde 256 kr.

2.7.3.4 Realitetsgrundsætningen i forhold til TfS 2005, 42 LSR

Under de daværende regler i aktieavancebeskatningsloven kunne selskaber skattefrit realisere aktieavancer efter en ejertid på 3 år²¹³. Der var ikke tvivl om, at i den foreliggende situation havde hele transaktionen til hensigt at omdanne en skattepligtig udlodning fra foreningen til en skattefri aktieavance for medlemmerne. Skattemyndigheden henviste til realitetsgrundsætningen som baggrund for deres afgørelse, og denne grundsætning må ligeledes anses for anvendt af Landsskatteretten i forbindelse med, at de statuerede, at den modtagne økonomiske fordel måtte betragtes som en udlodning af foreningsformuen. Tegningen til overkurs blev således af Landsskatteretten anset for en

²¹⁰ Jf. TfS 2005, 42 LSR s. 7

²¹¹ Jf. TfS 2005, 42 LSR s. 7

²¹² Jf. TfS 2005, 42 LSR s. 5

²¹³ Se afsnit 2.7.3.6

form for likvidation, således at overkursen blev sidestillet med et likvidationsprovenu²¹⁴. Der skal i den forbindelse henses til, at en opløsning af en juridisk person med tilhørende udlodning af likvidationsprovenu ikke forudsætter en formel opløsning, men i praksis er statueret alene ved ændringer i den juridiske persons formål og faktiske funktion mv.²¹⁵. Hertil skal det dog bemærkes, at det er uafklaret i hvilket omfang sådanne ændringer i en juridisk persons formål og faktiske funktion, der ikke udgør en formel opløsning, kan sidestilles med en sådan²¹⁶. Realitetsbedømmelsen må foretages ud fra samtlige foreliggende omstændigheder før og efter ændringen med særlig hensyntagen til, om ændringen var en forberedelse til en kontinuerlig afvikling²¹⁷. Det må antages, at så vidtgående skatteretlige konsekvenser som en opløsning af foreningen medfører, forudsætter at realitetsbedømmelsen tilsiger, at der reelt er tale om en afvikling af foreningen²¹⁸. I den pågældende sag må indskuddet af samtlige foreningens værdier anses for en afvikling af foreningen. At der var tale om en afvikling af foreningen støttes af, at det fremgik af et referat fra et bestyrelsesmøde, at ”*Det er planen at omdanne B til et aktieselskab for at kunne hæve formuen skattefrit (...)*”, ligesom repræsentanten for A A/S oplyste, at efter etableringen af A/S E var foreningen B uden aktivitet²¹⁹.

Den her omtalte udvidede fortolkning af likvidationsbegrebet fremgår dog ikke af Landskatterettens begrundelse, men på trods heraf er det åbenbart, at Landsskatteretten anvender realitetsgrundsætningen, idet det fremgår af deres begrundelse, at realiteten i tegningen til overkurs var en udlodning af foreningens formue²²⁰. Aktietegningen til overkurs dækker således i den pågældende situation over en anden og i skatteretlig henseende forskellig transaktion, og kendelsen er i den henseende udtryk for en acceptabel realitetsbedømmelse²²¹.

2.7.3.5 Realisationsprincippet

At der på baggrund af den ovennævnte realitetsbedømmelse statueres beskatning i forbindelse med kapitalforhøjelsen til overkurs kan dog kritiseres, idet formuefordelen, i form af udlodningen af foreningsformuen, ikke umiddelbart medfører nogen disponibel indkomst for de foreningsmedlemmer/kapitalejere, der påstås af have modtaget udlodningen. Overkurstegningen medfører som bekendt udelukkende en værdistigning på aktierne i A/S E. Det er således problematisk, at der gennemføres en beskatning, før der er indtrådt nogen form for realisation af formuefordelen²²².

Det kan som beskrevet ovenfor accepteres, at der på baggrund af realitetsgrundsætningen foretages en omkvalifikation fra overkurs til udlodning. Det er dog værd at bemærke, at det hermed er en bestemt skatteretlig kvalifikation, som underkendes. Det er straks mere problematisk, at kendelsen i TfS 2005, 42 LSR underkender realisationsprincippet. Der må skulle ganske betydeligt mere til for at tilsidesætte et så grundlæggende skatteretligt princip. Hertil er det anført, at det som minimum må kræves, at beskatningsmuligheden forsvinder, hvis der ikke gennemføres beskatning på et tidligere tidspunkt end realisationstidspunktet²²³. Udlodningen er som beskrevet ovenfor tæt forbundet med værdistigningen på aktierne. Kendelsen havde på den baggrund stemt bedre overens med det grundlæggende skatteretlige realisationsprincip, som kommer til udtryk i SL § 5, stk. 1, litra a, ken-

²¹⁴ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3

²¹⁵ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3

²¹⁶ Jf. Pedersen 2 s. 687

²¹⁷ Jf. Pedersen 2 s. 688

²¹⁸ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3

²¹⁹ Jf. TfS 2005, 42 LSR s. 3

²²⁰ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3

²²¹ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3

²²² Jf. TfS 2006, 194 s. 9

²²³ Jf. TfS 2006, 194 s. 9

delsen i TfS 1995, 803 LSR og den skatteretlige teori, såfremt Landsskatteretten havde anset udlodningen af foreningsformuen for en suspensivt betinget medlemsudlodning. Herefter ville medlemsudlodningen først være realiseret og dermed skattepligtig, når de respektive aktieposter blev realiseret²²⁴. På den måde ville det være muligt at gennemføre udlodningsbeskatning og samtidigt opretholde realisationsprincippet²²⁵. Det skal hertil tilføjes, at såfremt udlodningsbeskatningen blev gennemført på det tidspunkt, hvor aktionærene realiserede deres aktier, ville den dengang gældende 3-års regel²²⁶ være uden betydning, da det ville være forholdet mellem aktionærene/foreningsmedlemmerne og den tegnende forening, som udløste beskatningen²²⁷.

2.7.3.6 3-års reglen og den nye sontring i forhold til beskatning af aktieavancer

Efter de dagældende regler i aktieavancebeskatningsloven var en gevinst ved afståelse af aktier, der på afståelsestidspunktet havde været ejet i 3 år eller mere, skattefri for selskaber²²⁸. Det var på baggrund af denne 3-års regel, at foreningsmedlemmerne/aktionærene i TfS 2005, 42 LSR forsøgte at omdanne den skattepligtige udlodning til en skattefri aktieavance ved at beholde aktierne i 3 år. Med L 2009-06-12 nr. 525 blev 3-års reglen ophævet. Det fremgår af forarbejderne til loven at,

”Med forslaget indføres en ny sontring i forhold til beskatning af aktieavancer, der er baseret på karakteren af ejerskab i stedet for ejertid”²²⁹.

Under de nugældende regler i aktieavancebeskatningsloven er det således ikke afgørende, om selskabet har ejet aktierne i mere eller mindre end 3 år. I stedet siger ABL § 8, at

”Gevinst og tab ved afståelse af datterselskabsaktier, koncernselskabsaktier og porteføljeaktier omfattes af § 4 C medregnes ikke ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst”.

ABL § 4 A, stk. 1, foreskriver, at *”ved datterselskabsaktier forstås aktier, som ejes af et selskab, der ejer mindst 10 pct. af aktiekapitalen i datterselskabet, jf. dog stk. 2, 3 og 7”*. A A/S ejede 80,66% af aktiekapitalen i A/S E mens A/S D ejede 14,58%. Det vil altså sige, at under de nugældende regler ville A/S E være datterselskab for A A/S og A/S D og dermed ville afståelsen af aktierne være skattefri for aktionærene, uanset hvornår denne fandt sted.

2.7.3.7 Rækkevidden af TfS 2005, 42 LSR

Det er anført, at kendelsens resultat er begrundet i rene omgåelsesbetragtninger²³⁰. Som beskrevet tidligere er det dog vigtigt at være opmærksom på, at en karakteristik af en transaktion som omgåelse ikke i sig selv udløser retlige konsekvenser i forhold til skattemyndighedernes adgang til at foretage skattemæssige korrektioner²³¹. At foreningens ejerkreds havde det som en formuleret målsætning at få adgang til foreningsformuen skattefrit²³², er således ikke tilstrækkeligt til at foretage en skattemæssig omkvalifikation. I TfS 2005, 42 LSR var der dog tale om et sådant misforhold mellem form og indhold, at kendelsen som beskrevet udtrykker en acceptabel realitetsbedømmelse, når

²²⁴ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3-4

²²⁵ Jf. TfS 2006, 194 s. 9

²²⁶ Se afsnit 2.7.3.6

²²⁷ Jf. TfS 2006, 194 s. 9

²²⁸ Jf. § 4 stk. 6 i LBKG 1999-08-05 nr. 643 og senere § 9 i L 2005-12-21 nr. 1413

²²⁹ Jf. LFF 2009-04-22 nr. 202 pkt. 3.1 i de almindelige bemærkninger

²³⁰ Jf. Pedersen 2 s. 589

²³¹ Jf. RR.SM.2005.50 s. 1 og afsnit 2.5.1.3

²³² Jf. JUS 2005, 6 s. 2

overkursen omkvalificeres til en medlemsudlodning. Rækkevidden af kendelsen begrænses herved til situationer, hvor tegningen til overkurs dækker over en anden og i skatteretlige henseende forskellig transaktion²³³. Af den grund kan der også argumenteres for, at kendelsen snarere omhandler adgangen til omkvalificering af retlige dispositioner efter realitetsgrundsætningen, end den omhandler kapitalforhøjelse til overkurs.

I situationer hvor en udlodning fra en forening er skattepligtig for modtageren, vil problemstillingen i TfS 2005, 42 LSR fortsat kunne opstå. Sammenfaldende skattemæssige interesser kan medføre, at medlemmerne af en forening ønsker at omdanne denne til et selskab ved at stifte et nyt selskab og derefter lade foreningen foretage en overkursstegning i dette gennem apportindskud af foreningsformuen. På den måde kan den skattepligtige medlemsudlodning omdannes til en skattefri gevinst på datterselskabsaktier ved en senere realisation af disse²³⁴. Det kan dermed ikke udelukkes, at der i fremtiden vil opstå situationer, hvor en overkurs bliver omkvalificeret til en medlemsudlodning. Der skal dog her henvises til, at der statueres en suspensivt betinget medlemsudlodning i sådanne situationer, således at beskatningen ikke foretages i forbindelse med overkursstegningen, men først ved en senere realisation af kapitalandelene²³⁵.

3 Konklusion

Begrebet overkurs må skatteretligt forstås i overensstemmelse med civilretten. SEL § 13, stk. 1, nr. 1, omfatter både en direkte og en indirekte overkurs. Det synes således ikke at være korrekt at inddrage denne sondring, når det skal afgøres om en overkurs eventuelt kan omkvalificeres til et tilskud til det kapitalandelsudstedende selskab.

Landsskatterettens kendelse i TfS 2006, 670 LSR må anses for at fastslå gældende praksis hvad angår muligheden for omkvalificering af et overkursbeløb til et tilskud. På baggrund af ordlyden af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, og forarbejderne hertil blev det fastslået, at der ikke er hjemmel til at tilskudsbeskatte det kapitalandelsudstedende selskab - heller ikke i en situation, hvor der må siges at være tale om en eksorbitant stor overkurs. Dette må også være gældende, når der er flere kapitalejere, og hvor kapitalforhøjelsen til overkurs kun tegnes af en enkelt af disse jf. journalnr. 11-0299157. Disse kendelser er i overensstemmelse med den underliggende skattelovgivning. Ligningsrådets afgørelse i TfS 2004, 126 LR synes ikke at have det fornødne retlige grundlag, og afgørelsen må anses for at være underkendt af de her omtalte kendelser fra Landsskatteretten.

At disse to kendelser fastslår gældende praksis, stemmer overens med hensigten med SEL § 13, stk. 1, nr. 1, som er, at kapitalindskud, som et selskab modtager, ikke udgør nogen indkomst, og derfor heller ikke er skattepligtigt²³⁶. Det kan således anføres, at det kapitalandelsudstedende selskab hverken bliver rigere eller fattigere af, at kapitalforhøjelsen foregår til overkurs og ikke til kurs pari²³⁷. Skattefriheden er i god overensstemmelse med de underliggende selskabsretlige forhold, idet overkursen blot indebærer en forhøjet værdi af kapitalejernes kapitalandele²³⁸. Det synes dermed at være i dette økonomiske aspekt af overkursstegning, at svaret skal findes på, hvorfor det kapitalan-

²³³ Jf. RR.SM.2005.50 s. 3-4

²³⁴ Jf. afsnit 2.7.3.6

²³⁵ Jf. afsnit 2.7.3.5

²³⁶ Jf. RR.SM.2004.202 s. 3

²³⁷ Jf. TfS 2004, 706 s. 2

²³⁸ Jf. RR.SM.2005.50 s. 1 og Pedersen 2 s. 401

delsudstedende selskab ikke skal beskattes. Det tidligere omtalte ligevægtsprincip kan altså ikke begrænses til kun at omfatte den indskydende kapitalejer, og der skal derfor ikke henses til hvorvidt de som modydelse for indskuddet udleverede kapitalandele reelt rummer den pågældende merværdi, når det skal afgøres om forholdet falder indenfor rammerne af SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Med andre ord er det ikke forholdet mellem værdien af indskuddet og de herfor modtagne kapitalandele, der er afgørende for, hvorvidt overkursen er skattefri for det kapitalandelsudstedende selskab. Ud fra en bredere fortolkning af ligevægtsprincippet kan dette dog anses som et udtryk for det økonomiske og selskabsretlige aspekt i overkursstegning, nemlig at denne medfører en forhøjet værdi af samtlige kapitalejeres kapitalandele.

Med indførslen af SEL § 31 D er det ikke længere relevant at diskutere, om det kapitalandelsudstedende selskab skal tilskudsbeskattes i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs, når betingelserne for at modtage skattefrie koncerntilskud er opfyldt. Denne bestemmelse har således indsnævret området for diskussionen om, hvorvidt der i særlige tilfælde kan ske en omkvalificering af en skattefri overkurs til et skattepligtigt tilskud.

I forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs ved gældskonvertering må det antages, at kendelsen i TfS 2000, 418 LSR fastslår gældende ret. Retsstillingen er således, at forskellen mellem den konverterede fordrings nominelle værdi og kursværdien heraf på tidspunktet for konverteringen udgør en kursgevinst i henhold til kursgevinstloven, mens forskellen mellem fordringens kursværdi og det nominelle aktiebeløb, der tegnes ved konverteringen, udgør en skattefri overkurs.

Ved kapitalforhøjelse til overkurs anvendes tegningskursen som anskaffelsessum for kapitalandelen. Ved apportindskud er kapitalandelens anskaffelsessum lig med værdien af de aktiver, der overdrages. Anskaffelsessummen for de kapitalandele der erhverves ved gældskonvertering, udgør fordringens kursværdi på konverteringstidspunktet. I tilfælde af maskeret gældskonvertering kan anskaffelsessummen nedsættes efter ABL § 28.

Kapitalforhøjelse til overkurs medfører ikke beskatning hos hverken tegnende eller ikke-tegnende kapitalejere, da kapitalforhøjelsen blot medfører en værdistigning på deres kapitalandele. En sådan værdistigning er ikke skattepligtig efter aktieavancebeskatningsloven jf. TfS 1995, 803 LSR, da den ikke er realiseret af kapitalejerne.

I særlige tilfælde kan overkursbeløbet omkvalificeres til en skattepligtig formuefordel for kapitalejerne, hvis der er et sådant misforhold mellem form og indhold af overkursstegningen, at realitetsgrundsætningen kan anvendes jf. f.eks. kendelsen i TfS 2005, 42 LSR. Beskatningen bør dog ikke foretages i forbindelse med kapitalforhøjelsen, men først ved en senere realisation af kapitalandelen i overensstemmelse med realisationsprincippet. Kendelsen i TfS 2005, 42 LSR handler derfor snarere om adgangen til omkvalificering af retlige dispositioner end om kapitalforhøjelse til overkurs.

4 Refleksion

Når det skal afgøres, om der i konkrete tilfælde kan foretages en beskatning af det kapitalandelsudstedende selskab eller kapitalejerne i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs, skal der henses til skillelinjen mellem lovlig skattetænkning og ulovlig skatteudnyttelse. De i denne afhandling

omtalte afgørelser viser, at der navnlig indenfor området for selskabsomstruktureringer foreligger en række skatteudnyttelsesproblemer.

Indledningsvis er det omtalt, at der ikke foreligger domspraksis på området for hvorvidt et overkursbeløb i visse tilfælde kan beskattes hos det kapitalandelsudstedende selskab eller hos kapitalejerne. Det skal i den sammenhæng have for øje, at jo længere man kommer væk fra Folketinget og domstolene, desto mere sandsynligt er det, at de praktiske behov hos de instanser, der administrer retten, vil veje tungt på bekostning af de hensyn, der udlæses af lovforarbejderne eller efterrationaliseres frem af domstolene ud fra overordnede retlige betragtninger. Den ret der praktiseres afspejler dermed ikke nødvendigvis gældende ret²³⁹.

Det er således væsentligt at være opmærksom på, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er en objektivt formuleret bestemmelse, som ikke efter forgodtbefindende kan tilsidesættes. Ligeledes er der ikke hjemmel i skattelovgivningen til at foretage en beskatning af kapitalejerne af en værdistigning på deres kapitalandele i forbindelse med en kapitalforhøjelse til overkurs. I medfør af legalitetsprincippet må der således lovgivningstiltag til, før der kan være tale om at tilskudsbeskatte det kapitalandelsudstedende selskab af overkursbeløbet eller kapitalejerne af værdistigningen.

Der kan argumenteres for, at der kan opstå tilfælde, hvor der er et skattepolitisk behov for, at kapitalforhøjelse til overkurs udløser skattemæssige konsekvenser for det kapitalandelsudstedende selskab og/eller kapitalejerne²⁴⁰. I de tilfælde hvor der må siges at være tale om omgåelse, og hvor det ikke er muligt at anvende almindelige fortolkningsprincipper til at indpasse tilfældet under en beskatningsregel, og hvor den retlige dispositioner ej heller kan korrigeres efter realitetsgrundsætningen, må problemet løses ved indførelse af specialregler på de områder, hvor disse tilfælde opstår. Udformningen af sådanne specialregler er imidlertid ikke let, da det er yderst vanskeligt i en operationel lovtæst at beskrive de tilfælde, hvor retstilstanden omkring kapitalforhøjelse til overkurs ønskes ændret, uden at sådan lovgivning skaber unødigt forvirring om grænserne for skattefrie kapitalforhøjelser til overkurs²⁴¹. Dette skyldes, at det jo udelukkende er de tilfælde, hvor overkursreglen anvendes i en omgåelsessammenhæng for at opnå en skattemæssig fordel for selskabet og/eller kapitalejerne, at man har et ønske om at begrænse skattefriheden.

5 Litteraturliste

Bøger

Blume, Peter

2011 *Retssystemet og juridisk metode*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København

Christensen, Erna *et al.*

2005 *Selskabsbeskatning: håndbog for revisorer, advokater og skattemyndigheder*, 25. udgave, Forlaget Kommuneinformation, København

²³⁹ Jf. Hasselbalch s. 21

²⁴⁰ Jf. RR.SM.2005.50 s. 4

²⁴¹ Jf. RR.SM.2005.50 s. 4

- Christensen, Jan Schans
2011 *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*, 3. udgave, Karnov Group, København
- Garde, Jens *et al.*
2009 *Forvaltningsret: Almindelige emner*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København
- Hasselbalch, Ole
2000 *Artiklen: Gældende ret eller myndighedernes ret, i Festskrift til Aage Michelsen*, 1. udgave, Andersen, Paul Krüger *et al.*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København
- Jacobsen, Jens Olav Engholm
1997 *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1. udgave, GadJura, København
- Michelsen, Aage
2013 *Lærebog om indkomstskat*, 15. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København
- Nielsen, Thøger
1965 *Indkomstbeskatning 1. Bind*, Juristforbundet
- Pedersen, Jan *et al.*
2013 *Skatteretten 1*, 6. udgave, Karnov Group, København
- Pedersen, Jan *et al.*
2013 *Skatteretten 2*, 6. Udgave, Karnov Group, København
- Ramskov, Bent
2001 *Intern selskabsomstrukturering*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København
- Werlauff, Erik
2013 *Selskabsskatteret 2013/14*, 15. udgave, Karnov Group, København

Artikler

De elektroniske udgaver af artiklerne er anvendt. Sidetalshenvisninger i afhandlingen er således til sidetallet i den elektroniske udgave.

- Bjare, Peter Rose
TfS 1996, 767 *Kursgevinst ved konvertering af gæld til indskudskapital i ApS*

- Bjørn, Ole
SR.1994.280 *Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen: "Beskatning af hovedaktionær og medarbejderaktionær ved moderselskabets nytegning af aktiekapital i datterselskab til overkurs"*
- Bjørn, Ole
SR.1994.346 *Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen: "Beskatning af hovedaktionær og medarbejderaktionærer ved moderselskabets nytegning af aktiekapital i datterselskabet til overkurs"*
- Bjørn, Ole
SR.1996.6 *Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen: "Beskatning af hovedaktionær og medarbejderaktier ved moderselskabets nytegning af aktiekapital i datterselskab til overkurs"*
- Bjørn, Ole
SR.1996.322 *Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen: "Udvidelse af aktiekapital med gældskonvertering i solvent aktieselskab – kursgevinstbeksatning"*
- Bjørn, Ole
SR.2004.122 *Udvalgte afgørelser fra domstolene, Landsskatteretten, Skatteministeriet og Told- og Skattestyrelsen: "Tegning af aktier til overkurs – skattefrihed eller tilskud?"*
- Bolander, Jane
TfS 2000, 864 *Gave, tilskud og udbytte i relation til kursgevinstloven*
- Bolander, Jane
TfS 2006, 194 *Tegningsretter og kapitalforhøjelse*
- Bundgaard, Jakob
SPO.2004.355 *Tilskud som skatteretlig konstruktion*
Bundgaard, Jakob
TfS 2006, 729 *Overkursreglen i lyset af nyere administrativ praksis*
- Christiansen, Tommy V.
JUS 2004, 11 *Nytegning af aktier til overkurs i koncernforbundet selskab*
- Christiansen, Tommy V.
JUS 2005, 6 *Aktietegning til overkurs*
- Jensen, Martin K.
TfS 2004, 706 *Overkurs eller tilskud*

- Josephsen, Niels
RR.SM.2004.202 *Kommentarer til udvalgte afgørelser – Er der indført en 30%’s kapitaltilførselsafgift i Danmark?*
- Pedersen, Jan
RR.SM.2005.50 *Kommentarer til udvalgte afgørelser - Aktietegning til overkurs - »Triplebeskatning« - Omgåelse RR 2/2005, SM 61 LSR (TfS 2005.42 LSR)*
- Ramskov, Bent
SR.2001.293 *Skillelinien mellem lovlig skattetænkning og ulovlig skatteudnyttelse ved intern selskabsomstrukturering*
- Rasmussen, Pernille Nygaard og Sønderholm, Søren
SR.2008.131 *Skattefrie tilskud – særligt for den opmærksomme skatteyder*
- Skouby, Gitte
TfS 1994, 482 *Beskatning af hovedaktionær*
- Thomsen, Lars
SR.2002.184 *Beskatning ved rekonstruktion af selskabers kapitalgrundlag*
- Vinther, Nikolaj og Werlauf, Erik
TfS 2004, 281 *Overkursen, der blev til et tilskud*

Domme, afgørelser, meddelelser mv.

De elektroniske udgaver af de pågældende domme, afgørelser, meddelelser mv. er anvendt. Sidetalshenvisninger i afhandlingen er således til sidetallet i den elektroniske udgave.

Ugeskrift for Retsvæsen 1912 afdeling A s. 212f, Sagen nr. 80/1911 (fysisk version)

U.1958.1164H

U.1977.964H

U.2002.816/2H

TfS 1998, 116 ØL

TfS 2010, 885 BR

TfS 1995, 803 LSR

TfS 1996, 696 LSR

TfS 2000, 418 LSR

TfS 2005, 42 LSR

TfS 2006, 670 LSR

TfS 2013, 120 SR

TfS 1994, 370 LR
TfS 1994, 641 LR
TfS 2004, 126 LR

TfS 1984, 45 TS

TfS 1998, 123 SKM
TfS 2011, 709 SKM

Journalnr. 11-00661 i ”Afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet” afsagt den 14. November 2011

Journalnr. 11-0299156 i ”Afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet” afsagt den 24. september 2012

Journalnr. 11-0299157 i ”Afgørelsesdatabase for Landsskatteretten og Skatterådet” afsagt den 24. september 2012

Forarbejder

Betænkning over Forslag til Lov om Indkomst- og Formueskat til Staten. (Afgiven af Landstingets Udvalg den 26. april 1912) i Rigsdagstidende, Tillæg B, 1911-12, spalte 2777-2789

LFF 1959-11-26 nr. 43 - Forslag til Lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m. v.

LFF 1995-01-18 nr. 139 – Forslag til Lov om ændring af forskellige skattelove

LFF 2005-11-16 nr. 78 – Forslag til lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v. (Aktieavancebeskatningsloven)

LFF 2006-12-13 nr. 110 - Forslag til lov om ændring af selskabsskatteloven, aktieavancebeskatningsloven, fusionsskatteloven og andre skattelove

LFF 2009-04-22 nr. 202 – Forslag til Lov om ændring af aktieavancebeskatningsloven og forskellige andre love

Andet materiale

Bilag 21 til LFF 2006-12-13 nr. 110 - Henvendelse fra Bech-Bruun Advokatfirma

Bilag 25 til LFF 2006-12-13 nr. 110 - Kommentarer til henvendelse fra Bech-Bruun Advokatfirma

Den juridiske vejledning, afsnittet Om den juridiske vejledning 2013-2

Den juridiske vejledning C.B.1.5, 2013-2 version 1.9, Generelle ordninger om gældseftergivelse – KGL § 24

Den juridiske vejledning C.B.2.3, 2013-2 version 1.9, Selskabers afståelse af aktier

Den juridiske vejledning C.B.2.9.1, 2013-2 version 1.9, Kapitaludvidelse ved gældskonvertering

Den juridiske vejledning C.D.2.4.3.1, 2013-2 version 1.9, Overkurs ved aktieudstedelse

Landsskatterettens Årsrapport 2012

(<http://www.landsskatteretten.dk/public/dokumenter/aarsrap2012.pdf>)

Ministerens svar på spørgsmål 23 til LFF 2006-12-13 nr. 110 afgivet den 23-02-2007

Spørgsmål 23 til LFF 2006-12-13 nr. 110 modtaget den 13-02-2007