

Samspelet mellem SL § 210 og LL § 16 E med perspektivering til tysk ret

The interaction between SL § 210 and LL § 16 E with a comparison to German law

af CHRISTINA KARSTENSEN & NANNA HOLLÆNDER

Afhandlingen behandler den nye betingede lovliggørelse af kapitalejrlån, jf. SL § 210 og kritiserer den manglende ensretning af beskatningsreglerne herfor i LL § 16 E. Den manglende ensretning af reglerne øger den praktiske kompleksitet og forværre samspelet mellem regelsættene. Afhandlingen foretager en uddybende behandling af hvorledes kapitalejrlån behandles i Tyskland, og denne perspektivering inddrages i afhandlingens endelige løsningsforslag til, hvorledes de opstillede praktiske udfordringer mellem de to regelsæt bør håndteres.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. Indledning	4
1.1 Problemformulering	5
1.2 Afgrænsning af emnet	5
1.2.1 Afgrænsning inden for selskabsretten	5
1.2.2 Afgrænsning inden for skatteretten	6
1.3 Metode	6
2. Kapitalejerlån efter selskabsretten	6
2.1 Historisk selskabsretligt overblik over kapitalejrlån	6
2.1.1 Danmarks første selskabslov.....	7
2.1.2 De første bestemmelser om kapitalejrlån 1952	8
2.1.3 Betinget lovliggørelse af kapitalejrlån 1973.....	8
2.1.4 Forbud mod kapitalejrlån 1982	9
2.1.5 Selskabsreformen 2010.....	10
2.1.6 Betinget lovliggørelse af bestemmelserne om kapitalejrlån 2016.....	12
2.1.7 Delkonklusion.....	13
2.2 Omfanget af SL § 210	13
2.2.1 Långiver.....	13
2.2.2 Låntager	14
2.2.2.1 Definition på en kapitalejer	14
2.2.2.2 Definition på et ledelsesmedlem.....	15
2.2.2.3 Nærtstående.....	16
2.3 Dispositioner omfattet af SL § 210	17
2.3.1 Lån	17
2.3.2 Sikkerhedsstillelse.....	17
2.3.3 Midler til rådighed.....	18
2.4 Betingelser for at kunne yde lovlige kapitalejrlån jf. SL § 210 stk. 2	18

2.4.1 Rummes inden for selskabets frie reserver	18
2.4.2 Ydes på sædvanlige markedsvilkår	19
2.4.3 Beslutning kan træffes af generalforsamlingen eller efter bemyndigelse af det centrale ledelsesorgan	20
2.4.4 Den økonomiske bistand må ikke udgøre et større beløb, end der er foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan	21
2.4.5 Beslutning må først træffes efter aflæggelse af selskabets første årsrapport ...	21
2.5 Krav om bunden reserve for beløb anvendt til kapitalejerlån jf. ÅRL § 35 a	21
2.6 Dispositioner undtaget fra SL § 210	22
2.6.1 Selvfinansiering	22
2.6.2 Moderselskabslån	22
2.6.3 Sædvanlig forretningsmæssig disposition	23
2.6.4 Lån fra pengeinstitutter	24
2.6.5 Lån til medarbejdere til erhvervelse af kapitalandele	24
2.7 Selskabsretlige konsekvenser ved ulovlige kapitalejerlån	24
2.7.1 Tilbagebetaling af ulovligt lån	25
2.7.2 Hjæmmel til bødestraf	25
2.8 Mulighed for selskabsretlig lovliggørelse af lån ydet før 1. Januar 2017	25
2.9 Delkonklusion	26
3. Kapitalejerlån efter skatteretten	27
3.1 Historisk skatteretligt overblik over kapitalejerlån	27
3.1.1 Lovforslag L 171 – Forslag til beskatning af kapitalejerlån	27
3.1.2 Lovforslag L 199 – nuværende LL § 16 E	28
3.1.2.1 Omkvalificering til løn eller udbytte	29
3.1.3 Delkonklusion	30
3.2 Almindelige regler for beskatning af lån	30
3.3 Omfanget af LL § 16 E	31
3.3.1 Långiver	31
3.3.1.1 Udenlandske selskaber	32
3.3.2 Låntager	32
3.3.2.1 Udenlandske selskaber	33
3.3.2.2 Nærtstående parter	33
3.3.2.3 Ledelsesmedlemmer	33
3.3.2.4 Transparente enheder	34
3.4 Dispositioner omfattet af LL § 16 E	35
3.4.1 Lån	35
3.4.1.1 Manglende indbetaling af den fulde selskabskapital	36
3.4.1.3 Selskabets afholdelse af en hovedkapitalejers private udgifter	36
3.4.2 Sikkerhedsstillelse	37
3.4.3 Stille midler til rådighed	38
3.4.4 Direkte og indirekte lån m.v.	38
3.5 Dispositioner undtaget fra LL § 16 E	38
3.5.1 Lovlig selvfinansiering	38
3.5.2 Lån fra pengeinstitutter	39
3.5.3 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner	39
3.5.3.1 Egentlige lån og ikke-egentlige lån	42
3.6 Skattemæssige konsekvenser af hævninger uden tilbagebetalingspligt	43
3.6.1 Beskatning af långiver	43

3.6.2 Selskabets indeholdelse af kildeskat	44
3.6.2 Beskatning af låntager.....	44
3.6.2.1 Beskatning af nærtstående.....	45
3.6.3 Delkonklusion - dobbeltbeskatning.....	46
3.7 Hvordan kan de skattemæssige konsekvenser undgås?	47
3.7.1 Fejlrettelse.....	47
3.7.1.1 Modregning i kapitalejerens fordring på løn.....	47
3.7.1.2 Modregning i kapitalejerens fordring på udbytte	48
3.7.2 Omgørelse efter SFL § 29.....	48
3.7.3 Betalingskorrektio.....	50
3.7.4 Delkonklusion – Undgåelse af skattemæssige konsekvenser	50
3.8 Lån ydet forud for 14. august 2012.....	51
4. Udviklingen i antallet af kapitalejerlån og revisionspligtige selskaber	51
4.1 Udviklingen i antal og andel selskaber med kapitalejerlån.....	51
4.2 Analyse af årsagerne til faldet i antallet af ulovlige kapitalejerlån i perioden 2013-	
2014-regnskaberne	52
4.2.1 Fravalg af revision.....	52
4.2.2 Netto-berigtigelse af lånet.....	52
4.2.3 Konkurs eller ikke indleveret regnskab.....	52
4.3 Delkonklusion	53
4.4 Nyeste undersøgelse om revisorens korrektioner af kapitalejerlån.....	53
5. Sammenspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E	54
5.1 Praktiske udfordringer ved kapitalejerlån.....	54
5.1.2 Personkredsen.....	54
5.1.2.1 Långiver	54
5.1.2.2 Låntager	54
5.1.2.1 Nærtstående parter	56
5.1.3 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.....	57
5.1.4 Dobbeltbeskatning.....	60
5.2 Forslag til løsning af de praktiske udfordringer	61
5.2.1 Ensretning af personkredsen	61
5.2.2 Ensretning af ”sædvanlige forretningsmæssige dispositioner”	61
5.2.3 Tre løsningsforslag til helt eller delvist at undgå dobbeltbeskatning	61
5.2.3.1 Henvi.....	62
5.2.3.2 L 171’s forslag til beskatning af kapitalejerlån.....	62
5.2.3.3 Nuværende LL § 16 E med tilføjelse om genoptagelse af beskatningen	63
5.2.3.4 Afhandlingens foretrukne løsningsforslag	63
6. Perspektivering til tysk ret.....	64
6.1 De tyske selskabsretlige bestemmelser om kapitalejerlån	64
6.1.1 Kapitalejerlån hos tyske aktieselskaber	65
6.1.2 Kapitalejerlån for tyske anpartsselskaber	67
6.2 Beskatning af kapitalejerlån i Tyskland.....	69
6.3 Beskatning af grænseoverskridende kapitalejerlån	70
6.4 Delkonklusion	70

7. Konklusion	70
8. Litteraturliste	72
9. Bilag	79

Abstract

Over the past years, the politicians have heavily discussed loans to shareholders and management members. Research shows that many shareholders borrows money from their own company to finance their private spending's, without any intention of ever repaying the loan. Shareholder loans have been illegal under the Danish Companies Act for many years, but from 1st of January it have been conditional legalized under SL § 210, due to a wish for higher financial flexibility for Danish companies.

Before shareholder loans were conditional legalized there were a need for additional sanctions against these loans, which therefore were implemented in the Danish Tax Law in 2012. Hereafter should shareholder loans be treated as a non-refundable repayment, and classified either as a wage or dividend and taxed henceforth. In contrast to the new SL § 210 the shareholder must repay the loan, with the consequence that the shareholder is being double taxed. This thesis will analyse and assess the many differences between the two sections. It shows that there are essentially differences in the group of borrowers and in practice a different interpretation of the exemption clause on ordinary business-related transactions.

The thesis will show cause to why the new SL § 210 does not interact with LL § 16 E, and describe the options available to avoid double taxation and reduce the practical complexity. Furthermore the thesis will make a comparison to German law on shareholder loans.

1. Indledning

Selskabslovens bestemmelser om, i hvilke situationer et kapitalsselskab må foretage udbetaling af dets midler, er i praksis nogle af de mest centrale bestemmelser for selskabers ejere, ledelse og rådgivere. Særligt reglerne om kapitalejrlån¹ har gennem tiden påtaget sig stigende opmærksomhed. Til trods for kapitalejrlånets praktiske relevans, ses det dog at mange kapitalejere har svært ved at danne sig overblik over bestemmelse-ernes indhold og samspil. Bestemmelserne om kapitalejrlån er gennem tiden blevet ændret fra at være lovlige og ulovlige til at være betinget lovlige. Med ændringerne er bestemmelserne samtidig blevet mere komplekse. Komplexiteten har gjort det sværere for den enkelte kapitalejer uden hjælp fra professionelle rådgivere at forholde sig til, hvad der er lovligt.

Med den betingede lovliggørelse fra 1. Januar 2017 blev muligheden for at foretage lovlige kapitalejrlån åbnet. Ved første øjekast skulle man tro, at en sådan betinget lovliggørelse ville skabe nye finansieringsmuligheder for den enkelte kapitalejer og dets selskab. Hertil skal kapitalejeren dog have et vågent øje. Selskabsretten suppleres nemlig af skatteretten, hvorfor det for kapitalejeren er væsentligt også at være opmærksom på disse bestemmelser, når der modtages økonomisk bistand fra selskabet. De skatteretlige regler om kapitalejrlån blev ved den betingede lovliggørelse af selskabsretten i

¹ "Kapitalejrlån" vil i afhandlingen blive anvendt som samlet betegnelse for lån ydet fra kapitalsselskabet til såvel anpartshaveren som til aktionæren

2017 ikke ændret. Denne manglende ændring af skatteretten medfører en yderligere praktisk kompleksitet og et forværret samspil mellem regelsættene.

I denne afhandling er formålet at behandle den nye betingede lovliggørelse af kapitalejerlån og at sammenholde den selskabsretlige tilgang til kapitalejerlån med den skatteretlige behandling heraf. Ønsket er, at læseren opnår et samlet og grundlæggende overblik over reglernes indhold og det praktiske samspil mellem selskabsretten og skatteretten.

Afhandlingen er bygget op på følgende måde: I afsnit 2.1 redegøres for den historiske baggrund og udvikling af de selskabsretlige regler om kapitalejerlån. Her lægges vægt på formålet med reglerne og særligt formålet med de nye regler om betingede lovliggørelse af kapitalejerlån. I den resterende del af afsnit 2 omtales indholdet af de nye selskabsretlige regler, herunder hvilke betingelser, der skal være opfyldt, for at et selskab lovligt kan yde lån til dets kapitalejere. I afsnit 3 redegøres for baggrunden for udarbejdelsen af LL § 16 E samt formålet med indførelsen af denne. Herefter vil indholdet og betingelserne for hvornår der sker beskatning efter LL § 16 E blive uddybet. Afsnit 4 omhandler et talbaseret overblik over udviklingen af ulovlige kapitalejerlån siden indførelsen af LL § 16 E.

I afsnit 5 sammenholdes den selskabsretlige tilgang til kapitalejerlån med den skatteretlige regulering heraf og samspillet mellem de to regelsæt illustreres. Her omtales en række praktiske udfordringer som uoverensstemmelserne mellem de to regelsæt medfører. Disse uoverensstemmelser vedrører særligt den omfattede personkreds, konflikten om dobbeltbeskatning og definitionen af, hvad der forstås som en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Følgelig vil afsnittet omhandle en vurdering af samt endeligt løsningsforslag til, hvorledes de opstillede praktiske udfordringer mellem de to regelsæt bør håndteres. I afsnit 6 undersøges hvorledes reglerne om kapitalejerlån behandles i Tyskland med særlig henblik på at opnå en bredere forståelse af emnet og at opnå en ny synsvinkel på, hvordan en regulering af kapitalejerlån er bygget op i et andet retssystem.

1.1 Problemformulering

Formålet med denne afhandling er, at analysere den betingede lovliggørelse af kapitalejerlån samt den skatteretlige regulering heraf med fokus på lån ydet til fysiske personer. Analysen vil være rettet på de juridiske samt praktiske udfordringer, som samspillet mellem de nye regler i selskabslovens § 210 og de uændrede skatteretlige regler i LL § 16 E medfører. Slutteligt vil opgaven indeholde en perspektivering til de tyske regler om kapitalejerlån og sammenholde disse med den danske regulering heraf.

1.2 Afgrænsning af emnet

Afhandlingen vedrører reglerne og konsekvenserne ved kapitalejerlån hovedsageligt til fysiske personer, jf. SL § 210 og LL § 16 E, samt hvordan der kan foretages reparation heraf. Reglerne samt undtagelserne hertil er omfangsrige, og en afgrænsning er derfor nødvendig.

1.2.1 Afgrænsning inden for selskabsretten

Afhandlingen vil tage udgangspunkt i SL § 210 og være begrænset til de låneforhold, hvor selskabet er långiver, og låntager er en fysisk person, enten som kapitalejer, nærtstående eller ledelsesmedlem. De hertil følgende undtagelser vil alene blive behandlet overfladisk.

Afhandlingen vil heller ikke behandle de selskabsretlige sanktionsmuligheder i forbindelse med ulovlige kapitalejrlån, herunder strafferetlige bestemmelser og ledelsesansvar. Den EU-retlige selskabsret vil ej heller blive behandlet, da fokus vil være på national ret og de tyske regler om kapitalejrlån. De tyske regler om kapitalejrlån vil være begrænset til de nugældende regler, hvorfor den historiske udvikling er udeladt.

1.2.2 Afgrænsning inden for skatteretten

Den skattemæssige del af afhandlingen vil fokusere på LL § 16 E's anvendelsesområde og dens konsekvenser ved optagelse af både lovlige og ulovlige kapitalejrlån. Undtagelserne til LL § 16 E er indeholdt i dennes ordlyd, og vil alene blive behandlet indledende.

Afhandlingen vil ikke behandle reglerne for maskeret udbytte, dog vil begrebet blive nævnt, for at klarlægge hvornår der er tale om henholdsvis maskeret udbytte og kapitalejrlån. Afhandlingen vil heller ikke behandle reglerne ved konkurser eller gældsafgivelse.

1.3 Metode

Ved besvarelse af afhandlingens problemformulering er den retsdogmatiske metode blevet anvendt til at analysere gældende ret, *de lege lata*. Den retsdogmatiske metode, er en juridisk metode, som i afhandlingen er blevet brugt til at systematisere, beskrive og fortolke henholdsvis LL § 16 E og SL § 210, for herved at kunne vurdere de to lovbestemmelers formål og omfang.

Analyserne vil i første omgang være baseret på lovteksten og lovforarbejderne hertil, hvorefter lovforslag, styresignaler, bindende svar og artikler bliver analyseret for at finde frem til den gældende retsstilling om kapitalejrlån.

Herudover vil afhandlingens problemformulering også søges besvaret ved brug af sekundære kvalitative og kvantitative data udarbejdet af FSR – danske revisorer.

Ved afhandlingens perspektivering til de tyske regler om kapitalejrlån anvendes komparativ ret, for at påvise ligheder og forskelle mellem tysk og dansk ret. Länderberichmetoden anvendes her til at beskrive den tyske ret om kapitalejrlån, mens den analytiske metode bruges til at foretage den endelige retssammenligning.²

I afhandlingens sidste del vil der være et afsnit om sammenspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E, en perspektivering og en konklusion, som vil komme med en række forslag til hvordan lovgivningen burde ændres og udformes. Disse afsnit vil blive vurderet og diskuteret på baggrund af opstillede *de lege ferenda* betragtninger.

2. Kapitalejerlån efter selskabsretten

2.1 Historisk selskabsretligt overblik over kapitalejrlån

Den danske lovgiver har fra 1. Januar 2017 lempet de selskabsretlige regler for at et selskab kan yde økonomisk bistand til dets kapitalejere. Før den nyeste ændring af selskabsloven, har der tilbage i tiden været forskellige tilgange til, hvorledes reglerne om kapitalejrlån skulle reguleres, og de tidligere danske selskabslove har indeholdt såvel betingede som ubetingede forbud mod at yde økonomisk bistand til et selskabs

² Evald, Juridisk teori, metode og videnskab, s. 178

kapitalejere. Den historiske udvikling af selskabslovgivningen og de forskellige tilgange til behandlingen af kapitalejerlån, vil blive gennemgået nedenfor. Formålet med gennemgangen er at klarlægge, hvilke samfundsmæssige og selskabsretlige forhold, der har været lagt til grund for indførelsen samt de adskillige ændringer af selskabslovens regler. Der tilstræbes at give et overblik over reglernes udvikling samt en forståelse for formålet bag.

2.1.1 Danmarks første selskabslov

I 1917 vedtog Danmark sin første aktieselskabslov. Indtil 1917 eksisterede ingen selskabslove i Danmark, men sidst i 1800-tallet skete der en gradvis udvikling af den klassiske interessentskabsform med personlig hæftelse. I starten af 1900-tallet blev aktieselskaber med begrænset hæftelse bredere accepteret som selskabsform, og med loven i 1917 blev det lovligt at oprette og registrere aktieselskaber, hvormed man endeligt accepterede den begrænsede hæftelse for selskabets deltagere.

1917-loven hentede inspiration fra Danmarks nabolande Tyskland, Sverige og Norge, og dens indhold lagde primært vægt på regulering af selskabets eksterne forhold, herunder at sikre offentlighedens indsigt i selskabets forhold ved stiftelse.³ Med loven oprettedes Aktieselskabsregistret⁴, hvorefter der var krav om aktieselskabets registrering førend opnåelse af dets retssubjektivitet. Loven regulerede ikke selskabets erhvervelse af egne aktier, hvorfor selskaber frit kunne erhverve disse. Den manglende regulering gav bred mulighed for udhuling af aktieselskabernes kapitalgrundlag, og loven fik derfor en kort levetid, erstattet af en ny aktieselskabslov allerede i 1930.⁵ Formålet med den nye aktieselskabslov i 1930 var bredere og baseret på generelle principper, som vi kender i dag, herunder krav til minimumskapital, beskyttelse af selskabets kreditorer samt at sikre kapitalen i selskabets virksomhed.⁶

Hverken aktieselskabsloven fra 1917 eller 1930 indeholdt bestemmelser om kapitalejerlån. Der blev dog - på trods af manglende hjemmel - praktiseret som om, at lovene indeholdt et forbud mod kapitalejerlån. Aktieselskabsregistret havde i praksis indtaget det standpunkt, at et udlån til selskabets kapitalejere kunne indebære samme risiko for selskabets kreditorer, som hvis der skete en egentlig tilbagebetaling af selskabskapitalen til kapitalejerne, eksempelvis i form af kapitalnedsættelse. Som værn mod denne risiko sidestillede man derfor - indtil endelig lovregulering - kapitalejerlån med reglerne om kapitalnedsættelse. I en dom fra 1944⁷ omhandlende to hovedkapitalejers lån af selskabskapitalen således at denne kom under mindstekravet, vurderede domstolene lånet ulovligt, uagtet den manglende lovregulering heraf. Domstolen begrundede dette med, at aktieselskabslovens hovedøjemed var at sikre, at selskabskapitalen forblev i selskabet for at tjene til fremme af selskabets formål, samt at sikre kreditorerne mod at kapitalen tilbagebetaltes til kapitalejerne uden at kreditorerne blev fyldestgjort. Hensigten med loven kunne imidlertid ikke nås, såfremt lovens principper ikke kom til anvendelse i tilfælde, hvor en udbetaling af selskabets kapital fremtrådte som et lån til vedkommende kapitalejer. I den nærværende sag fandtes udbetalingerne af selskabets

³ Werlauff, Selskabsret, 2010, s. 46

⁴ I dag kendt som Erhvervsstyrelsen

⁵ L 123 af 1930 om aktieselskaber

⁶ Michelsen, Selskaber og politik, 1987

⁷ UfR.1944.598

midler til de to kapitalejere herefter at måtte sidestilles med udbetalinger ved kapitalnedsættelse.⁸

Denne praksis blev dog imidlertid i 1952 ved anden afgørelse underkendt af Højesteret⁹, hvorefter Højesteret ikke fandt grundlag for at anse kapitalejerslån for omfattet af reglerne om kapitalnedsættelse. I stedet blev kapitalejerslån af selskabskapitalen i denne sag ikke fundet i strid med den daværende aktieselskabslov.¹⁰

2.1.2 De første bestemmelser om kapitalejerslån 1952

På baggrund af sidstnævnte Højesteretsdom samt aktieselskabslovens manglende regulering af kapitalejerslån til skade for selskabets kreditorer, blev de første bestemmelser i 1952 ved lov nr. 232 om kapitalejerslån indført i dansk aktieselskabslovgivning.¹¹ Af betænkningen til forslaget om ændring af 1930-loven fremgik i Folketingstingsudvalget enighed om, at udlån af aktieselskabets midler til kapitalejere eller medlemmer af selskabets ledelse kunne give anledning til misbrug af selskabets midler til skade for selskabets kreditorer og øvrige kapitalejere. Man anså det derfor for nødvendigt at udarbejde en lovregulering heraf, hvilket resulterede i en tilføjelse til 1930-loven. Bestemmelserne omfattede et forbud mod udlån af egentlige pengeeffekter og omfattede ikke anden sikkerhedsstillelse.¹² Udvalget anså primært risikoen for misbrug af selskabskapitalen relevant i henhold til ikke-børsnoterede selskaber, hvorfor der indførtes en opdeling af aktieselskaber i to kategorier: 1. de ikke-børsnoterede aktieselskaber, som var omfattet af et totalforbud mod kapitalejerslån og 2. de børsnoterede aktieselskaber, som ikke var omfattet af lovens forbudsbestemmelser.¹³

2.1.3 Betinget lovliggørelse af kapitalejerslån 1973

Med ønsket om tilvejebringelse af en ny fællesnordisk lovgivning på selskabsrettens område, blev der i 1957 af Handelsministeriet¹⁴ nedsat en aktielovskommission, hvis opgave var at organisere en tilpasning af den danske selskabslovgivning.¹⁵ Dette førte til betænkning nr. 362 af 1964 samt betænkning nr. 540 af 1969.

I den første betænkning af 1964 behandlede kommissionen det absolutte forbud mod kapitalejerslån i ikke-børsnoterede selskaber. Kommissionen fandt dette forbud for vidtgående, idet totalforbuddet i mange tilfælde ville lægge hindringer i vejen for legitime og rimelige finansieringsdispositioner for kapitalejere. Desuden fandt kommissionen ikke tilstrækkeligt grundlag for at undtage børsnoterede selskaber helt fra reglerne om kapitalejerslån.¹⁶ Følgelig blev det derfor i betænkningen foreslået at ligestille børsnoterede og ikke-børsnoterede selskaber samt at indføre et opdelt forbud, som omfattede totalforbud mod lån til bestyrelsesmedlemmer og revisorer, men alene et betinget forbud mod lån til kapitalejere. Det opdelt forbud blev anlagt ud fra den betragtning, at der, efter kommissionens mening, forelå en særlig fare for misbrug af selskabskapitalen til fordel for selskabets ledelsesmedlemmer og revisorer sammenlignet med kapitalejere. Betingelserne for lån til kapitalejere blev foreslået at omfatte:

1. At lån alene kunne ydes i det omfang, hvori selskabets egenkapital oversteg aktiekapitalen,

⁸ Bet 362 af 1964 s. 128, 1. spalte

⁹ UfR.1952.30H

¹⁰ Bet 362 af 1964 s. 128, 2. spalte

¹¹ LBK nr. 232 af 1952

¹² R. T. 1951-52, tillæg B, sp. 2177

¹³ L 123 af 1930 om aktieselskaber

¹⁴ Kendes i dag som Erhvervsstyrelsen

¹⁵ Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 47

¹⁶ Bet 540 af 1969, s. 158 samt L 171 af 1973 bemærkningerne til § 115

2. At lånet skulle godkendes af samtlige medlemmer af bestyrelsen, og
3. At der skulle stilles betryggende sikkerhed for lånet.

I betænkningen foreslog man endvidere at udvide forbuddet til at sidestille kaution og anden sikkerhedsstillelse med lån.¹⁷

Betænkningen af 1964 blev ikke gennemført ved lov, men dannede imidlertid grundlag for betænkningen af 1969, som senere i 1973 gennemførtes ved lov. Ved udarbejdelse af 1969-betænkningen, blev spørgsmålet om kapitalejerlån taget op til fornyet behandling. Den fornyede behandling medførte, at det betingede forbud mod kapitalejerlån fra 1964-betænkningen blev opretholdt med få ændringer. Ændringerne indebar, at kapitalejerlånets lovlighed ikke længere skulle være afhængig af bestyrelsens enighed, idet man ikke fandt, at der forelå nogen reel sikkerhedsgaranti i et krav om enighed. For at undgå omgåelse af bestemmelserne fjernede man totalforbuddet mod lån til bestyrelsesmedlemmer og sidestillede lån til disse med lån til kapitalejere.¹⁸ Man tilføjede endvidere sikkerhedsstillelse – herunder kaution – til ordlyden af bestemmelsen.

På baggrund af betænkningerne fra 1964 og 1969 blev aktie- og anpartsselskabslovene af 1973 vedtaget.¹⁹ Reguleringen af lån til kapitalejere blev bestemt i aktieselskabsloven ved § 115 stk. 1²⁰, hvorefter ydelse af lån eller sikkerhedsstillelse for kapitalejere eller bestyrelsesmedlemmer, alene måtte finde sted mod betryggende sikkerhed og alene i det omfang, hvori selskabskapitalen oversteg minimumskapitalen.

Det var således efter 1973 muligt for kapitalejere at modtage lån fra selskabet i de tilfælde, hvor der kunne stilles betryggende sikkerhed for lånet, dvs. hvor lånet var forsvarligt sikret under hensyntagen til låntagers økonomiske forhold samt hvor selskabskapitalen oversteg minimumskapitalen. Det primære formål med bestemmelsen var en beskyttelse af selskabets kapital.²¹

I den efterfølgende tid blev den nye lovbestemmelse mødt med stor offentlig kritik, idet man fandt betingelserne for kapitalejerlån for uklare. De uklare bestemmelser medførte, at mange selskaber ydede lån til kapitalejerne i strid med loven, hvilket resulterede i en stigning af ulovlige lån. De mange ulovlige lån bevirkede udtømmning af selskabernes kapital, idet lånene blev ydet uden rente- og afdragsvilkår, og i mange tilfælde ikke blev betalt tilbage til selskabet. Den offentlige kritik omfattede endvidere, at lånene blev ydet uden erhvervsmæssigt formål, idet lånene i mange tilfælde ikke lå inden for selskabernes sædvanlige formål, og eksempelvis blev ydet som en form for løntillæg til direktører.²²

2.1.4 Forbud mod kapitalejerlån 1982

På baggrund af den omfattende kritik af bestemmelserne om kapitalejerlån fra 1973, blev bestemmelserne i 1982 erstattet ved lov nr. 282.²³ Lovændringen medførte indførelsen af et totalforbud mod kapitalejerlån, således at det ikke længere var muligt for

¹⁷ Bet 540 af 1969, s. 158

¹⁸ L 171 af 1973 bemærkningerne til § 115

¹⁹ Aktieselskabsloven blev opdelt i hhv aktieselskabsloven jf. Lov nr. 370 af 13 juni 1973 og anpartsselskabsloven jf. Lov nr. 371 af 1973.

²⁰ Tilsvarende i anpartsselskabsloven § 49 om lån til anpartshavere

²¹ L 171 af 1973, bemærkningerne til § 115

²² Bet 1498, s. 21

²³ L 282 af 1982

kapitalejerne, ledelsesmedlemmerne eller disses nærtstående at optage lån. Bestemmelsen i aktieselskabslovens § 115 stk. 1 blev ændret med den virkning, at et selskab ikke måtte yde lån eller stille sikkerhed for selskabets eller moderselskabets kapitalejere eller bestyrelsesmedlemmer. Et selskab måtte heller ikke yde lån eller stille sikkerhed for nærtstående.

Indførelsen af det totale forbud mod kapitalejerlån blev fra 1982 opretholdt i dansk selskabslovgivning frem til den seneste ændring af selskabsloven vedtaget af Folketinget i december 2016.

Som undtagelse til 1982-forbuddet gjaldt, at forbuddet ikke fandt anvendelse på dispositioner, der kunne anses som forretningsmæssigt sædvanlige, lån og sikkerhedsstillelse fra datterselskab til moderselskab eller lån ydet af pengeinstitutter. Derimod var lån til selvfinansiering omfattet af forbuddet.

2.1.5 Selskabsreformen 2010

Ved betænkning nr. 1498 af 2008 udsprang de første overvejelser om en liberalisering og modernisering af den danske selskabslovgivning. Formålet med de nye overvejelser var, at dansk selskabsret skulle gøres internationalt konkurrencedygtig, at administrative byrder skulle nedbringes, og bestemmelserne for aktie- og anpartsselskaber skulle forenkles og harmoniseres i én samlet lov.²⁴

Moderniseringen af selskabsloven medførte særligt fornyet behandling af bestemmelserne om kapitalejerlån og selvfinansiering. Flertallets ønske med moderniseringen var, at betingelserne for kapitalejerlån og selvfinansiering skulle liberaliseres og tage udgangspunkt i EU's 2. selskabsdirektiv.²⁵

Betænkningen kom dog alene til at danne grundlag for en liberalisering af bestemmelserne om selvfinansiering, således at det på visse betingelser blev muligt for selskaber at låne eller stille sikkerhed for tredjemands samt eksisterende kapitalejeres erhvervelse af kapitalandele i selskabet. En liberalisering af reglerne om rene kapitalejerlån forblev alene en overvejelse.

Af såvel betænkningen som af lovforslaget fremgik argumentationen for en liberalisering af bestemmelserne om kapitalejerlån, særligt baseret på det faktum, at det alene var ganske få EU-lande, der ikke tillod økonomisk bistand til ejerkredsen, ledelsesmedlemmer og deres nærtstående.²⁶ Derudover argumenterede man i betænkningen for den manglende logik i at tillade lån i forbindelse med selvfinansiering og modsætningsvist opretholde en mere restriktiv behandling af rene udlån til kapitalejere.²⁷ I følge betænkningen burde den kommende selskabslovgivning følge den internationale udvikling, hvorfor det blev foreslået at liberalisere reglerne om kapitalejerlån i overensstemmelse med reglerne om selvfinansiering.

Betænkningen foreslog, at kapitalejerlån skulle lovliggøres på samme betingelser som for lovlig selvfinansiering, dvs. på rimelige markedsvilkår, efter vurdering af låntagers kreditværdighed, godkendelse af generalforsamlingen på grundlag af ledelsens redegørelse, samt at lånet alene kunne ske inden for selskabets frie reserver.²⁸

²⁴ Werlauff, Selskabsret, 2016, s. 49

²⁵ Bet 1498, s. 490

²⁶ L 170 af 2009, bemærkninger til § 210

²⁷ Werlauff, UfR.2009B.143, s. 3

²⁸ Bet 1498, s. 490

Et flertal i udvalget anså disse betingelser for egnede til at sikre, at økonomisk bistand til ejerkredsen og ledelsens medlemmer ikke ville ske til skade for andre fra ejerkredsen samt selskabets kreditorer, idet det kun ville være muligt at yde lån af selskabets frie midler, hvilke selskabet alligevel ville kunne anvende til udbetaling til kapitalejerne i form af udbytte. Således fandt man at udlån, som ville træde i stedet for eventuelt udbytte, ikke ville udgøre nogen reel risiko for tab for kreditorerne.

Et mindretal i udvalget fandt derimod, at der ikke burde ændres ved det eksisterende udgangspunkt om forbud mod kapitalejerlån, særligt begrundet i habilitetsmæssige problematikker. Synspunktet indebar, at selskabets ledelse og dets kapitalejere ikke burde kunne bevilge lån til sig selv, samt at det ville være vanskeligt for disse at afgøre, hvorvidt lånet kunne anses at være ydet efter deres egen kontra efter selskabets interesse. Mindretallet mente endvidere, at en liberalisering af reglerne om kapitalejerlån ville øge risikoen for misbrug af selskabets kapital som vist efter 1973-loven. Derudover ville det medføre tab af offentligt skatteprovenu, idet forslaget ville invitere til konvertering af løn og udbytte til lån.²⁹

Af lovforslag nr. 170 af 2009 fremgik - på trods af mindretallets modstand - forslag til betinget lovliggørelse af kapitalejerlån. Forslaget var baseret på samme argumentation, som flertallet havde fremsat i betænkningen af 2008. Herefter fulgte en tilladelse for selskaber til at yde økonomisk bistand til kapitalejere i de tilfælde, hvor betingelserne for selvfinansiering var opfyldt. Under Folketingets behandling af lovforslaget udgik liberalisering af kapitalejerlån dog allerede efter første behandling.³⁰ I stedet videreførte man ved lov³¹ forbuddet fra 1982 med visse sproglige tilpasninger. Bestemmelsen om kapitalejerlån blev vedtaget i SL § 210 stk. 1 omfattende såvel aktie- som anparts-selskaber og bestemte, at et kapitalsselskab hverken direkte eller indirekte måtte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet med undtagelse af SL §§ 212-214. Således kunne lån efter bestemmelsens ordlyd alene ydes til dets kapitalejere, i det omfang der var tale om en selvfinansieringssituation.

Som argumentation for opretholdelse af totalforbuddet holdt Folketinget under behandling af lovforslaget fast i principperne om øget mulighed for misbrug af selskabskapitalen til skade for kreditorerne, samt det faktum, at mange udlån skete uden hensyn til selskabets erhvervsmæssige formål.³² Modstanden mod lempelse af bestemmelserne om kapitalejerlån omfattede derudover særligt betænkeligheden ved, at udlån ville blive foretaget med henblik på skatteudskydelse, hvorefter beskatning af udbytte vil blive forsøgt undgået til fordel for udlån.

Ifølge kritikken af opretholdelsen af forbuddet, var der således ikke nogen yderligere konkret selskabsretlig årsag til at kapitalejerlån ikke kunne tillades, for så vidt lånet blev ydet på markedsvilkår, inden for de frie reserver og mod betryggende sikkerhed. I stedet var det snarere skattemæssige hensyn, som udgjorde forhindringen, dvs. et skattemæssigt ønske om at sikre, at udbetaling fra selskabet til kapitalejere alene ville ske som led i en gensidigt bebyrdende retshandel eksempelvis som en sædvanlig forretningsmæssig disposition eller som udbytte eller løn til kapitalejerne.³³

²⁹ Bet 1498, s. 491

³⁰ Schaumburg-Müller, Werlauff, Selskabsloven med kommentar, 2014, s. 1001

³¹ L 170 af 2009

³² L 170 af 2009, bemærkninger til § 210

³³ Werlauff, UfR.2009B.143, note 41

2.1.6 Betinget lovliggørelse af bestemmelserne om kapitalejerlån 2016

I 2016 sattes igen fokus på bestemmelserne om selskabers økonomiske bistand til kapitalejere. Med lovforslag nr. 23 af 2016 indtog Folketinget et nyt standpunkt i den gradvise udvikling af bestemmelserne om kapitalejerlån, idet lovforslaget nu kom til at indeholde en betinget lovliggørelse.

Målet med lovforslaget og ændringen af bestemmelsen i SL § 210 var at sikre bedre rammevilkår for selskaber i Danmark samt øge fleksibilitet for finansiering af selskabernes drift.³⁴

På baggrund af en mere fri og fleksibel adgang for selskaber i andre EU-lande til at yde lån til dets kapitalejere, var det lovgivers ønske ikke længere at underlægge danske selskaber strengere og mindre fleksible regler end deres konkurrenter i andre europæiske lande.³⁵ Derudover var det lovgivers opfattelse, at hensynet til selskabets kreditorer og ejere fortsat ville kunne varetages på betryggende vis med en mindre indgribende regulering end det indtil da gældende forbud. Hensynet til kreditorerne og selskabets ejere ville således blive varetaget gennem de værns regler, som skulle være opfyldt, forinden et lovligt lån ville kunne ydes.

Den tidligere omtalte skattemæssige hindring omfattende lån som alternativ til skattepligtigt udbytte eller løn, var efter regeringens opfattelse varetaget ved en ”ny” bestemmelse på skatteområdet fra 2012.³⁶ Herefter ville der ikke længere være fare for tab af offentligt skatteprovenu, som var en af de bærende årsager til videreførelsen af forbuddet ved behandlingen af selskabsloven i 2009.

Med den betingede lovliggørelse var det ikke regeringens mål, at flere selskaber skulle yde lån, men derimod at muliggøre dette for selskaber med interesse herfor. Påtænkte situationer var eksempelvis lån til kapitalejere uden bestemmende indflydelse, som ikke ville blive beskattet heraf, eller tilfælde hvor det långivende selskab kunne anvende lån som alternativ til udbytte, idet lån til fordel for udbytte ikke ville forringe selskabets soliditet.³⁷

Efter vedtagelsen 1. December 2016 med ikrafttræden 1. Januar 2017 lød bestemmelsen SL § 210:

“Et kapitalsselskab kan direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet, hvis betingelserne i stk. 2 er opfyldt. Tilsvarende gælder i forhold til kapitalejere eller ledelsen i selskabets moderselskab og i andre virksomheder end moderselskaber, der har bestemmende indflydelse over selskabet. 1. pkt. gælder også personer, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. eller 2. pkt. ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.

Stk. 2. For at et kapitalsselskab kan yde økonomisk bistand, jf. stk. 1, skal følgende betingelser være opfyldt:

- *Den økonomiske bistand skal kunne rummes inden for selskabets frie reserver, jf. § 180, stk. 2, og skal ydes på sædvanlige markedsvilkår.*
- *Beslutningen om at yde økonomisk bistand skal enten træffes af generalforsamlingen eller af selskabets centrale ledelsesorgan efter bemyndigelse fra generalforsamlingen. Generalforsamlingens bemyndigelse*

³⁴ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 3

³⁵ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 7

³⁶ LL § 16 E af L 199, se afsnit 3

³⁷ L 23 af 2016, høringsnotat, s. 5

kan indeholde økonomiske og tidsmæssige begrænsninger. Den økonomiske bistand må ikke udgøre et større beløb, end der er foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan.

- *Beslutningen om at yde økonomisk bistand kan først træffes efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport.*

Stk. 3. Yder et kapitalsselskab økonomisk bistand i form af selvfinansiering, skal betingelserne i §§ 206-209 være opfyldt.”

2.1.7 Delkonklusion

Lovgivers syn på kapitalejeres mulighed for at optage lån i deres selskab har unægtelig vekslet gennem tiden. I 1973 ønskede man at indføre størst mulig fleksibilitet for danske selskabers mulighed for at yde økonomisk bistand til dets kapitalejere og ledelsesmedlemmer. Man forudså dog ikke på dette tidspunkt, hvilken misbrug af selskabets midler en sådan mulighed for ydelse af kapitalejerlån kunne føre til. På baggrund af denne misbrug til skade for selskabernes kreditorer, indførte man fra 1982 et absolut forbud mod at yde lån til selskabets kapitalejere og ledelse. Dette forbud var gældende helt indtil lovforslaget L 23 blev vedtaget i 2016.

Formålet med låneforbuddet var først og fremmest begrundet i den selskabsretlige beskyttelse af selskabets kreditorer og minoritetskapitalejere og at hindre ulovlige lån. En tilfredsstillende hindring af ulovlige lån, kunne dog ikke opnås alene gennem regulering af selskabsretten, hvorfor LL § 16 E blev indført. Formålet med denne bestemmelse var sekundært at begrænse stigningen i de mange ulovlige lån, men primært at hindre selskabets og dets deltagere i at anvende skattefrie udlån som alternativ til skattepligtig udbytte eller løn. Hermed skulle selskabsloven ikke længere fokusere på at holde antallet af ulovlige lån nede, men i stedet hindre misbrug af selskabets kapital. På baggrund heraf samt de lempeligere regler om kapitalejerlån i EU, foretog lovgiver med lovforslaget L 23 på ny en overvejelse om revidering af de danske regler om kapitalejerlån. Her foretog man en afvejning af ønsket om fleksibilitet i dansk selskabslovgivning mod selskabslovens fokus på kreditorbeskyttelse. Denne afvejning førte til, at man ved vedtagelsen af lov nr. 1547 af 13. December 2016 fandt kreditorernes interesse tilstrækkeligt varetaget i de nye opstillede betingelser. Den betingede lovliggørelse af reglerne om kapitalejerlån var således lovgivers bedste bud på sikring af bedre rammevilkår for selskaber i Danmark, uden at det ville være til skade for kreditorerne.

2.2 Omfanget af SL § 210

Til brug for forståelsen af SL § 210 og dens udstrækning, vil det kommende afsnit omhandle en fortolkning af lovtekstens betingelser. Formålet med dette er at afgrænse den nuværende selskabsretlige tilgang til kapitalejerlån, herunder hvordan økonomisk bistand defineres, hvem der er omfattet af forbuddet og hvilke muligheder og konsekvenser de nye regler vil kunne medføre i praksis.

Først redegøres for hovedreglerne, hvorefter undtagelserne hertil kort berøres. Til redegørelse og uddybelse af betingelserne for at yde lovligt kapitalejerlån tages udgangspunkt i ordlyden af de relevante bestemmelser i selskabsloven.

2.2.1 Långiver

Alle kapitalsselskaber er omfattet af bestemmelsen og kan lovligt yde kapitalejerlån, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. Et kapitalsselskab defineres i SL § 5 nr. 18 som et anpartsselskab, herunder et iværksætterselskab, eller et aktieselskab, herunder et partnerselskab. Selskabslovgivningen omfatter ikke øvrige selskaber og foreninger, da de ikke udgør et kapitalsselskab i henhold til SL § 5 nr. 18. Dette betyder eksempelvis

at kommanditselskaber, trods deres mulige begrænsede hæftelse, ikke vil blive omfattet af forbuddet mod at yde lån til dets kapitalejere.

Forbuddet mod kapitalejerlån omfatter endvidere ikke udenlandske selskabers bistand til dets kapitalejere, hvorfor regulering heraf er overladt til det land, hvor selskabet er hjemmehørende.

2.2.2 Låntager

Der gælder et grundlæggende forbud for et kapitalselskab mod at yde lån til dets kapitalejere og ledelsesmedlemmer samt disses nærtstående. Dette kan alene ske, såfremt betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt. Hvor et selskab derimod yder lån til personer, som ikke er omfattet af den nævnte personkreds, kan dette lovligt ske uden de nævnte betingelser er opfyldt.

2.2.2.1 Definition på en kapitalejer

En kapitalejer er i SL § 5 nr. 16 defineret som enhver ejer af en eller flere kapitalandele, hvorefter det i SL § 5 nr. 1 og nr. 2 er defineret, at en kapitalejers indskudskapital ved aktieselskaber er fordelt på aktier, samt at kapitalejerens indskudskapital ved anpartselskaber er fordelt på anparter. Når loven anvender kapitalejere som definition på, hvem der er omfattet af forbuddet, rummer dette alle kapitalejere i selskabet uagtet om kapitalandelen består i aktier eller anparter, og uagtet om kapitalejeren er bosiddende i Danmark eller i udlandet.

Der er ikke i selskabsloven foretaget nogen afgrænsning af, hvornår man som kapital-ejer kan anses at være omfattet af forbuddet. Dette medfører, at forbuddet gælder for alle kapitalejere, uanset hvor stor en post kapitalandele man besidder, og uanset om man har bestemmende indflydelse eller er minoritetskaptalejer. Også kapitalejere med stemmeløse kapitalandele og kapitalandele med reduceret ret til udbytte mv. er omfattet.

Forbuddet omfatter tillige kapitalejere i et långivende selskabs moderselskab. Et moderselskab defineres i SL § 5 nr. 21 som et kapitalselskab med bestemmende indflydelse over en eller flere dattervirksomheder. Forbuddet er begrundet i, at hvor kapitalejeren har bestemmende indflydelse i et moderselskab, vil dette automatisk medføre en bestemmende indflydelse i datterselskabet. Hermed har kapitalejeren mulighed for at yde økonomisk bistand til sig selv af såvel datterselskabets som moderselskabets formue. Som tilføjelse hertil gælder forbud mod at yde økonomisk bistand til kapitalejere siddende i ”andre virksomheder end moderselskabet, som har bestemmende indflydelse over selskabet”. Med denne tilføjelse omfattes lån til kapitalejere i alle virksomheder uanset den juridiske selskabsform samt udenlandske selskaber, for så vidt disse direkte eller indirekte har bestemmende indflydelse på det långivende selskab.³⁸ Herved sikres en ens behandling af udlån til kapitalejere i både danske og udenlandske moderselskaber.

Ved afgrænsningen af, hvilke kapitalejere, der er omfattet af låneforbuddet, fremgår ikke nogen begrænsning i henhold til den juridiske selskabsform. Dette indebærer, at forbuddet mod udlån til kapitalejere gælder såvel til fysiske som til juridiske kapitalejere, herunder kapitalselskaber, personselskaber samt fonde og foreninger. Derimod

³⁸ Guldmann, Weitemeyer, Hove, RR.2014.08.0016

omfatter forbuddet ikke lån til andre selskaber, som er kontrolleret af samme personkreds, dvs. lån til søsterselskaber, forudsat at denne ikke er kapitalejer i selskabet. Undtagelsen hertil gælder dog kun, hvor der ikke ved lånet tilsigtes at opnå en omgåelse af forbuddet mod kapitalejerlån f.eks. ved at der sker udlån til et søsterselskab, som dernæst udlodder midler til det långivende selskabs kapitalejere.

Det afgørende tidspunkt for, hvorvidt en kapitalejer er omfattet af forbuddet, er forholdet på ydelsestidspunktet. Et lån ydet til en person, som ikke er kapitalejer på ydelsestidspunktet, strider ikke mod forbuddet, selvom personen senere erhverver kapitalandele i selskabet. Ydelsestidspunktet er det tidspunkt, hvor lånet ydes dvs. aftaletidspunktet, hvor lånet kommer til eksistens. Dette tidspunkt er ikke nødvendigvis sammenfaldende med det tidspunkt, hvor lånet udbetales til kapitalejeren eller på anden måde stilles til dennes rådighed. At en eksisterende kapitalejer omvendt sælger sine kapitalandele efter lånet er ydet, medfører ikke at lånet af denne årsag bliver lovligt.³⁹

Hvor en kapitalejer - forinden dennes indtræden som kapitalejer i selskabet - lovligt har opnået lån fra selskabet, men hvor der efterfølgende sker ændringer i låneforholdene på hvilket tidspunkt, den pågældende er indtrådt som kapitalejer, vil disse ændringer efter omstændighederne kunne medføre, at der opstår et nu ulovligt lån til kapitalejeren. Afgørende for, hvorvidt lånet må anses at have ændret identitet, er en konkret vurdering af de samlede ændringer⁴⁰ samt om betingelserne efter SL § 210 stk. 2 efterfølgende er opfyldt.

2.2.2.2 Definition på et ledelsesmedlem

Låneforbuddet omfatter udover selskabets kapitalejere også dets ledelsesmedlemmer. Et selskabs ledelse defineres i SL § 5 nr. 20 som alle de organer nævnt i SL § 5 nr. 4 og nr. 5. SL § 5 nr. 4 henviser til selskabets centrale ledelsesorgan, mens SL § 5 nr. 5 henviser til selskabets øverste ledelsesorgan. Bestemmelserne tager udgangspunkt i SL § 111, som omfatter: Bestyrelsen i selskaber, der har en direktion og en bestyrelse, direktionen i selskaber, der alene har en direktion og direktionen i selskaber, der både har en direktion og tilsynsråd. Derudover omfattes suppleanter til bestyrelse og tilsynsråd jf. SL § 5 nr. 19.

Der er ikke i lovgivningen foretaget nogen afgrænsning af forbuddets anvendelsesområde, hvorfor man som ledelsesmedlem er omfattet af forbuddet uagtet man sidder i selskabets tilsynsråd, direktion eller bestyrelse.

Lånebegrænsningerne gælder også i relation til medlemmer siddende i moderselskabets ledelse. Ydermere gælder begrænsningen også for ledelsesmedlemmer siddende i selskaber, som ikke er moderselskab til det långivende selskab, men som har bestemmende indflydelse. Ledelsesmedlemmer, der er ansat i udenlandske moderselskaber, er således også omfattet af de begrænsninger, som SL § 210 opstiller for ydelse af lån til ledelsesmedlemmer i moderselskabet.

Ligesom det er tilfældet i forhold til kapitalejere, er det ydelsestidspunktet, der er afgørende for, hvorvidt man er omfattet af forbuddet. Ydes lån til en person den 5. Maj, og tiltræder denne den 6. Maj som administrerende direktør, vil der ikke være tale om et ulovligt lån, medmindre der må anses at foreligge en omgåelsessituation.⁴¹

³⁹ Christensen, Kapitalselskaber, aktie- og anpartsselskaber, 2009, side 411

⁴⁰ Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, 2014, s. 26

⁴¹ Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, 2014, s. 28

Som ledelsesmedlem må man anses at være omfattet af forbuddet, det øjeblik man bliver en del af ledelsen dvs. ved tiltrædelse. Tilsvarende gælder, når et ledelsesmedlem opsiges sin stilling. Her vil denne først være uden for forbuddets anvendelsesområde, når denne er endelig fratrukt. Eksempelvis vil en direktør, som opsiges, først være uden for personkredsen, når dennes opsigelsesvarsel er udløbet.⁴²

Selskabets ledelsesmedlemmer har efter SL § 138 mulighed for aflønning ved fast eller variabelt vederlag. Forskudsbetaling heraf anses ikke for at udgøre et ulovligt kapitalejerlån.⁴³

2.2.2.3 Nærtstående

Forbuddet mod at yde økonomisk bistand gælder ikke alene for bistand ydet til selskabets kapitalejere eller ledelsesmedlemmer, men tillige også for bistand ydet til de, som står disse personer nær. Nærtstående har gennem deres tilknytning til en kapitalejer eller et ledelsesmedlem en særlig forbindelse til selskabet, hvorfor de, som et sikkerhedsværn mod omgåelse af forbuddets ordlyd, tillige er omfattet af forbuddet.

Nærtstående defineres efter SL § 210 stk. 1 som personer, der ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje er knyttet til en af de nævnte personer. Her omfattes f.eks. ægtefæller, forældre, søskende, bedsteforældre, børn og børnebørn.

Forbuddet omfatter også personer, som ifølge bestemmelsen ”på anden måde står den pågældende særlig nær”. Ved afgørelsen af, hvorvidt der er tale om en person, som står den pågældende særlig nær, vil der være tale om en konkret vurdering. Hermed tillægges bestemmelsen en subjektiv tilgangsvinkel. Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at bestemmelsen fortrinsvis tager sigte på samlevere og søskende, men at det beror på en konkret vurdering.⁴⁴ Ved den konkrete vurdering, er det relevant at tage i betragtning, hvorvidt den økonomiske bistand alene er gennemført på grundlag af relationen mellem parterne, eller om selskabet yder tilsvarende økonomisk bistand til uafhængige parter.⁴⁵

Spørgsmålet bliver dernæst, hvorvidt begrebet ”person” i SL § 210 stk. 1 tillige omfatter juridiske personer, som må anses for nærtstående til den omtalte personkreds.

Som udgangspunkt kan lån til personselskaber, hvor kapitalejeren er en personligt hæftende deltager, anses at være omfattet af begrebet nærtstående. Det afgørende er, om kapitalejeren oppebærer en personlig hæftelse for det transparente selskab. Omfattet er således f.eks. et interessentskab, hvor kapitalejeren er interessent eller et kommanditselskab, hvor kapitalejeren er komplementar.

Efter Erhvervsstyrelsens praksis fortolkes låneforbuddet således at omfatte transparente selskaber mens udlån til kapitalselskaber, som er kontrolleret af den samme personkreds derimod ikke omfattes af begrebet nærtstående, medmindre der tilsigtes en omgåelse med lånerestriktionerne.⁴⁶

⁴² Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, 2014, s. 28

⁴³ Friis Hansen, Krenchel, Dansk selskabsret 2, s. 403

⁴⁴ Schaumburg-Müller, Werlauff, Selskabsloven med kommentarer, 2014

⁴⁵ L 170 af 2009 s. 345

⁴⁶ Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, s. 35

2.3 Dispositioner omfattet af SL § 210

Forbuddet mod kapitalejerlån omfatter ikke alene kontantydede lån, men oplystes i bestemmelsen SL § 210 stk. 1 til direkte eller indirekte at omfatte 3 ulovlige forhold: 1. Lån, 2. Sikkerhedsstillelse, 3. Midler til rådighed.

2.3.1 Lån

Efter SL § 210 stk. 1 er det ulovligt, at et selskab yder lån til den ovennævnte personkreds. Forbuddet omfatter enhver form for pengelån dvs. såvel direkte som indirekte lån.

Et lån kan generelt karakteriseres ved, at låntager modtager økonomisk bistand fra selskabet, som denne har pligt til at tilbagebetale.

Forbuddet omfatter udlån af penge og pengeeffekter, uanset om der er tale om lån til eje eller til brug. Lån til eje kan tænkes, hvor kapitalejeren hæver et egentligt pengelån i selskabet, mens lån til brug af pengeeffekter kan tænkes, hvor en beholdning obligationer lånes med henblik på sikkerhedsstillelse for kapitalejerens gæld til tredjemand.⁴⁷

Lån kan endvidere opstå, hvor kapitalejeren eller ledelsesmedlemmet handler med selskabet eksempelvis i form af køb af selskabets ydelser, hvorefter kapitalejeren eller ledelsesmedlemmet opnår henstand med betalingen. Ved henstand udstedes en fordring på kapitalejeren, hvilken kan kvalificeres som et lån, og dermed må anses for omfattet af bestemmelsens forbud. Dette gælder naturligvis ikke, såfremt der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition jf. SL § 212.

Reallån dvs. lån af andre formuegoder end penge er ikke omfattet af forbuddet. Udlån af biler, skibe, sommerhuse, maskiner mv. til brug for ledelsen eller ejerkredsen er således selskabsretligt lovligt. Dette gælder dog kun ubetinget, såfremt der er tale om lån til brug, dvs. et låneforhold, hvor låntager har pligt til at tilbagelevere selve det lånte aktiv.

Udlån af fysiske aktiver til eje vil efter omstændighederne kunne kvalificeres som ulovligt kapitalejerlån. Der kan eksempelvis være tale om lån til eje med henblik på at sætte låntageren i stand til at stille sikkerhed til fordel for tredjemand. Dette forhold vil være omfattet af forbuddet i SL § 210 og vil tillige kunne anses som værende midler stillet til rådighed for kapitalejeren. Lovligheden af et sådant kapitalejerlån vil afhænge af, om dispositionen opfylder betingelserne i SL § 210 stk. 2 eller kan karakteriseres som en sædvanlig forretningsmæssig disposition.⁴⁸

2.3.2 Sikkerhedsstillelse

At stille sikkerhed for den nævnte personkreds omfattes også af forbuddet i SL § 210. Dette indebærer, at selskabet ikke må stille sikkerhed for eksempelvis kapitalejerens optagelse af lån, hvor selskabet, hvis sikkerheden aktualiseres, kan komme til at hæfte for kapitalejerens forpligtelser. Her sker ikke nødvendigvis en udnyttelse af selskabets midler, men selve rådigheden over selskabets formue til sikkerhed for kapitalejeren må anses for ulovligt. Forbuddet mod sikkerhedsstillelse omfatter enhver form for sikkerhed, herunder kaution, pantsætning og garantier.

Forbuddet omfatter tillige indirekte sikkerhedsstillelse, eksempelvis hvor selskabet aftaler med udestående tredjemand, at tredjemand skal stille sikkerhed for kapitalejerens forpligtelser til banken mod at selskabet stiller sikkerhed til tredjemand.

⁴⁷ Bet 1498, s. 488

⁴⁸ Guldmann, Weitemeyer, Hove, RR.2014.08.0016

2.3.3 Midler til rådighed

At stille midler til rådighed omfatter den situation, hvor selskabet låner midler til den omtalte personkreds, men hvor der - i modsætning til lån - ikke forventes tilbagebetaling, eksempelvis lån til eje. Begrebet kan bl.a. omfatte aftaler, hvor det efter vilkårene kan være usikkert, om der formelt set foreligger et låneforhold. Fortolkningen kan gå så vidt som at omfatte tilfælde, hvor selskabet på anden måde end ved et egentlig udlån eller sikkerhedsstillelse medvirker til, at kapitalejeren får udbetalt midler.⁴⁹ Eksempler herpå kunne være, hvis selskabet yder kapitalejeren et usædvanligt stort depositum ved indgåelse af en lejeaftale om kapitalejerens personlige ejendom, eller hvis der foretages en usædvanlig forudbetaling fra selskabet for varer eller ydelser købt af kapitalejeren eller dennes personligt ejede virksomhed.⁵⁰

Forbuddet er medtaget for at hindre omgåelsesmuligheder, hvor det ligger klart at dispositionens virkninger reelt er det, som lovgiver har ønsket at afværge med SL § 210. Udtrykket vil derfor kunne forstås som en form for opsamlingsbestemmelse.⁵¹

2.4 Betingelser for at kunne yde lovlige kapitalejerlån jf. SL § 210 stk. 2

Efter 1. Januar 2017 gælder som undtagelse til forbuddet mod kapitalejerlån, at sådan økonomisk bistand lovligt kan ydes fra selskabet til kapitalejerne, hvor betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt. Bestemmelsen omfatter flere betingelser, som vil blive gennemgået nedenfor. Disse kan oplistes som:

1. Lånet skal rummes inden for selskabets frie reserver jf. SL § 210 stk. 2 nr. 1 pkt. 1,
2. Ydes på sædvanlige markedsvilkår jf. SL § 210 stk. 2 nr. 1 pkt. 2,
3. Beslutning kan træffes af generalforsamlingen eller efter bemyndigelse af det centrale ledelsesorgan jf. SL § 210 stk. 2 nr. 2 pkt. 1,
4. Den økonomiske bistand må ikke udgøre et større beløb, end der er foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan jf. SL § 210 stk. 2 nr. 2 pkt. 3,
5. Beslutningen må først træffes efter aflæggelse af selskabets første årsrapport jf. SL § 210 stk. 2 nr. 3.

2.4.1 Rummes inden for selskabets frie reserver

Den første betingelse for at kunne yde et lovligt kapitalejerlån henviser til lånebeløbets størrelse. Ifølge bestemmelsens ordlyd, er det en betingelse, at lånet skal kunne rummes inden for de frie reserver, hvorefter der henvises til SL § 180, stk. 2. Konsekvensen af denne henvisning er, at lånet dermed alene kan ydes indenfor de frie reserver, som tillige kan anvendes til udlodning af ordinært udbytte. Nærmere bestemt, er der tale om det beløb, der i det senest godkendte årsregnskab, er opført som overført overskud, samt reserver, der ikke er bundet i henhold til lov eller vedtægter, med fradrag af overført underskud.⁵²

Betingelsen fastsætter et absolut loft for hvor stort et beløb, der kan anvendes til lovlige kapitalejerlån og medfører, at låneydelsens størrelse er begrænset af størrelsen af de midler, som selskabet må udlodde som ordinært udbytte. De frie reserver, der måtte være opstået efter den periode, der senest er aflagt årsrapport for, kan således ikke anvendes til ydelse af lån eller sikkerhed.

Rationalet bag denne betingelse er, at man ved at fastsætte et absolut loft for, hvad et selskab må yde af lån til ejer- og ledelseskreds, ikke øger risikoen for tab for selskabets

⁴⁹ L 199, bilag 14, s. 3

⁵⁰ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 123 og 124

⁵¹ Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, s. 46

⁵² Seehausen, RR.2017.02.0054

kreditorer. Kreditorerne vil under alle omstændigheder kunne risikere at disse frie reserver ikke forbliver i selskabet, og må påregne at disse midler vil kunne forlade selskabet gennem udbetaling af udbytte.

Det beløb, der skal kunne rummes inden for selskabets frie reserver, omfatter hele den økonomiske bistand, som selskabet yder til kapitalejeren. Det er således ikke alene det lånebeløb, der udbetales, som skal kunne rummes inden for selskabets frie reserver, men derimod beløbet svarende til hele den samlede økonomiske effekt, som det koster selskabet at yde lånet.⁵³ Dette indebærer, at hvor der er tale om et tilfælde, hvor selskabet yder lån til en kapitalejer med bestemmende indflydelse, som skal beskattes efter LL §16 E, skal den lovpligtige skat af lånet tillige kunne rummes inden for de frie reserver. Her vil selskabet være forpligtet til at indeholde beløb til afregning af skatten tillagt lånebeløbet.

2.4.2 Ydes på sædvanlige markedsvilkår

Den anden betingelse, der skal være opfyldt, for at et selskab lovligt kan yde kapitalejerlån, er, at lånet alene må ydes på sædvanlige markedsvilkår. Betingelsen anses for opfyldt, såfremt lånets vilkår, herunder rentefod, aftalt låneafvikling, sikkerhedsstillelse og kreditvurdering, kan anses som sædvanlige i markedet.⁵⁴ Et andet lånevilkår, som også skal være sædvanligt i markedet, er de aftalte terminer for afvikling af lånet samt lånets løbetid. F.eks. vil en kapitalejer med bestemmende indflydelse kunne fristes til at optage et afdragsfrit lån, hvor renterne tilskrives hovedstolen.

Det er i sagens natur en konkret vurdering, hvad der skal forstås ved ”sædvanlige markedsvilkår”. Vurderingen skal foretages i henhold til de konkrete omstændigheder og ud fra, om lånets vilkår samlet set svarer til, hvad der generelt anses for sædvanligt mellem parter med tilsvarende forhold i markedet. Den konkrete vurdering må forstås fra låntagers side⁵⁵, hvorefter ”sædvanlige markedsvilkår” må anses at indebære, at lånets vilkår skal svare til de vilkår, som kapitalejeren eller ledelsesmedlemmet selv vil kunne opnå i en bank.

Formålet med betingelsen om sædvanlige markedsvilkår er at forhindre, at der sker en forfordeling af visse kapitalejere dvs. majoritetsmisbrug. Derudover varetages en beskyttelse af kreditorerne, således det sikres, at selskabets midler ikke stilles til rådighed på vilkår, der på urimelig vis forringer kreditorernes stilling.

Det er kapital selskabets centrale ledelsesorgan, som har ansvaret for, at den konkrete ydede bistand ydes på sædvanlige markedsvilkår. Det centrale ledelsesorgan har endvidere ansvaret for, at det ydede lån også ud fra selskabets interesse må anses som sædvanligt i lyset af de konkrete omstændigheder. Dette indebærer nødvendigvis, at selskabets centrale ledelsesorgan skal foretage en kreditvurdering af debitor på samme måde, som en kreditor sædvanligvis vil vurdere en potentiel låntager, herunder reel risikovurdering af den konkrete økonomiske disposition.⁵⁶ I modsætning til betingelserne for selvfinansiering efter SL § 209, er kreditvurdering af debitor ikke nævnt som et eksplicit krav for, at der lovligt kan ydes kapitalejerlån, men anses i stedet at ligge i betingelsen om sædvanlige markedsvilkår.⁵⁷

⁵³ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 14

⁵⁴ L 23 af 2016, høringsnotat, s. 11-12

⁵⁵ Seehausen, RR.2017.02.0054

⁵⁶ L 170 af 2009, bemærkningerne, s. 162

⁵⁷ L 23 af 2016, høringsnotat, s. 11

Af bemærkningerne til bestemmelsen henvises til SL § 127⁵⁸, hvorefter et selskabs centrale ledelsesorgan ikke må medvirke til dispositioner, som er åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital-selskabets bekostning.⁵⁹ Reglen må anses som et generelt værn, der sikrer, at ledelsen alene træffer beslutninger, der er forsvarlige under hensyn til selskabets økonomiske stilling samt at ledelsen ikke må medvirke til, at visse kapitalejere forfordes på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning.

I praksis må betingelsen ”sædvanlige markedsvilkår” antages at indebære, at ledelsen skal være i stand til at dokumentere, at vilkårene for den økonomiske bistand har været taget i betragtning, og at vilkårene må anses for sædvanlige på ydelsestidspunktet. Generalforsamlingens eller ledelsens beslutning om at yde et kapitalejerlån udgør endvidere en del af selskabets regnskabsmateriale, og selskabet skal dermed kunne dokumentere grundlaget for registreringen af lånet i selskabets bogføring. Beslutningsovervejelserne må derfor nødvendigvis skulle foreligge skriftligt.⁶⁰

2.4.3 Beslutning kan træffes af generalforsamlingen eller efter bemyndigelse af det centrale ledelsesorgan

Beslutningen om at yde et kapitalejerlån skal som udgangspunkt træffes af generalforsamlingen med simpelt flertal jf. SL § 105. Alle kapitalejere har ret til at deltage i generalforsamlingens beslutning, og det kan ikke antages, at de kapitalejere, som modtager lånet, må anses for inhabile.⁶¹ Dette følger af den almindelige inhabilitetsgrundsætning jf. SL § 86.

Generalforsamlingsbeslutningen skal respektere lighedsgrundsætningen i SL § 45, hvilket indebærer, at de kapitalejere, som måtte stilles ringere ved ydelse af kapitalejerlån, skal samtykke til det. Endvidere skal en generalforsamlingsbeslutning respektere generalklausulen i SL § 108, hvorefter at generalforsamlingen ikke må yde lån, som vil være åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere en fordel på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning.

Generalforsamlingen kan endvidere beslutte at give en stående bemyndigelse til bestyrelsen eller - hvor der kun er en direktion - til direktionen, således at der ikke er behov for at træffe en ny generalforsamlingsbeslutning, hver gang ledelsen måtte ønske at yde et lån til en kapitalejer eller et ledelsesmedlem.⁶²

Bestemmelsen gør det muligt for generalforsamlingen at foranstalte en bemyndigelse uden optagelse i vedtægterne herom. I bemyndigelsen kan generalforsamlingen fastsætte nærmere betingelser for udnyttelsen heraf. Betingelserne kan have økonomiske eller tidsmæssige karakterer. En bemyndigelse kan også begrænses til kun at kunne finde anvendelse i en bestemt situation. Det er eksempelvis muligt at fastsætte, at bemyndigelsen kun skal løbe indtil næste ordinære generalforsamling.

Såfremt beslutningen om at yde lån træffes af det centrale ledelsesorgan efter bemyndigelse, træffes denne beslutning ligeledes med simpelt stemmeflertal.

⁵⁸ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 14

⁵⁹ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 14

⁶⁰ L 23 af 2016, høringsnotat, s. 11

⁶¹ Kure, U.2011B.293

⁶² L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 14

2.4.4 Den økonomiske bistand må ikke udgøre et større beløb, end der er foreslået eller tiltrådt af selskabets centrale ledelsesorgan

Det fremgår af denne betingelse, at et lån ikke må udgøre et større beløb, end hvad der er tiltrådt eller foreslået af selskabets centrale ledelsesorgan. Hvor kapitalejeren ønsker højere lån eller sikkerhedsstillelse end foreslået af ledelsen, kan generalforsamlingen ikke uden ledelsesorganets tiltrædelse beslutte at yde et højere lån. Derimod kan generalforsamlingen beslutte, at der skal udbetales et mindre lånebeløb end foreslået af det centrale ledelsesorgan.

Der gælder ved kapitalejerlån jf. SL § 210 stk. 2 ikke et krav om særskilt ledelseserklæring, hvilket eksempelvis gælder som betingelse for selvfinansiering jf. SL § 207 stk. 1, og som ellers var foreslået, som betingelse for kapitalejerlån i betænkningen fra 2008.

Betingelsen om at det centrale ledelsesorgan skal godkende den økonomiske bistand, skal dog ses i sammenhæng med, at det centrale ledelsesorgan altid er ansvarlig for at selskabets kapitalberedskab er forsvarligt, og at det er selskabets centrale ledelsesorgan, som er ansvarlig for, at selskabet efter et udlån fortsat har et forsvarligt kapitalberedskab under hensyntagen til selskabets samlede økonomiske stilling. Princippet om forsvarligt kapitalberedskab kan udledes af SL § 179 stk. 2, hvorefter selskabets ledelse ved uddeling af selskabets midler er ansvarlig for at uddelingen er økonomisk forsvarlig under hensyn til selskabet og dets kreditorer. Endvidere kan princippet udledes af SL §§ 115 -117, hvorefter ledelsen har pligt til at påse, at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, og at selskabets midler ikke forlader selskabet til skade for selskabets og dets kreditorer.

I tråd hermed svarer betingelsen til, hvad der gælder for udlodning af ordinært udbytte jf. SL § 180 stk. 1 og ekstraordinært udbytte jf. SL § 182 stk. 1.

Ved forsvarlighedsvurderingen må anlægges en helhedsbetragtning, som tager hensyn til selskabets nuværende økonomiske stilling samt selskabets fremtidige likviditet. Vurderingen skal foretages på det tidspunkt, hvor den økonomiske bistand ydes. Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår, at et efterfølgende fald i de frie reserver ikke medfører, at betingelsen ikke er opfyldt og at det pågældende mellemværende skal afvikles. Det afgørende er, at udbetalingen kan anses for forsvarlig og betingelserne er opfyldt inden dispositionen foretages.⁶³ Hertil må dog tilføjes, at i det tilfælde, hvor selskabets økonomiske tilstand måtte ændre sig væsentligt mellem det tidspunkt, hvor lånet godkendes på generalforsamlingen og det tidspunkt, hvor lånet ydes, må det centrale ledelsesorgan, i medfør af den almindelige forpligtelse til at sikre fornødent kapitalberedskab, være pålagt en handlepligt.

2.4.5 Beslutning må først træffes efter aflæggelse af selskabets første årsrapport

Betingelsen om at beslutningen først må træffes efter aflæggelsen af selskabets første årsrapport, skal ses i sammenhæng med, at lånet m.v. skal kunne rummes inden for de frie reserver, jf. SL § 180 stk. 2. SL § 180 stk. 2 tager udgangspunkt i det beløb, som fremgår af selskabets senest godkendte årsrapport. Grundlaget for de frie reservers tilstedeværelse forudsætter således, at selskabet har aflagt mindst én årsrapport.

2.5 Krav om bunden reserve for beløb anvendt til kapitalejerlån jf. ÅRL § 35 a

Foruden selskabslovens betingelser for lovligt at kunne yde kapitalejerlån gælder ÅRL

⁶³ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 14

§ 35 a stk. 1 pkt. 1. Bestemmelsen opstiller krav om regnskabsmæssig omklassificering, som indebærer, at et selskab, der udlåner beløb til en kapitalejer eller et ledelsesmedlem, skal reservere et beløb under egenkapitalen svarende til det samlede udlån. Nærmere bestemt skal selskabet foretage en regnskabsmæssig ompostering ved at reducere dets frie reserver, hvorfra lånet er ydet, med et beløb, som svarer til det udlånte beløb og i stedet henlægge dette som en bunden reserve. Rent praktisk rykkes beløbet fra posten ”Overført overskud”, der kan anvendes til udbytte under egenkapitalen, til ”Reserve for udlån og sikkerhedsstillelse” under egenkapitalen. Den bundne reserve formindskes derefter i takt med at lånet nedbringes eller bringes til ophør.

Den regnskabsmæssige omklassifikation af udlånsbeløbet foretages for i årsregnskabet at tydeliggøre, at de frie reserver er reduceret, samt for at sikre at beløb, der er disponeret over i henhold til SL § 210 stk. 2, ikke fortsat fremgår som frie reserver i selskabets årsrapport. Herved undgås at selskabet ikke råder over beløbet to gange.⁶⁴

2.6 Dispositioner undtaget fra SL § 210

Selvom betingelserne i SL § 210 stk. 2 ikke kan anses for opfyldt, er der fortsat mulighed for, at et selskab kan yde kapitalejerlån, for så vidt lånet falder ind under undtagelsesbestemmelserne i § 210 stk. 3 og §§ 211–212.

2.6.1 Selvfinansiering

Selvfinansiering omfatter de situationer, hvor et selskab yder økonomisk bistand til en tredjemands eller en kapitalejers erhvervelse af kapitalandele i selskabet. Dette ses ofte i forbindelse med finansiering af virksomhedsoverdragelser, hvor et kapitalselskab under visse betingelser kan deltage i finansieringen af dets overtagelse, eksempelvis ved at yde lån til køber eller ved at stille sikkerhed for købers låneoptagelse hos tredjemand. Hvor der er tale om en selvfinansieringssituation, følger det direkte af SL § 210 stk. 3, at forbuddet mod kapitalejerlån i SL § 210 stk. 1 ikke finder anvendelse. Muligheden for at yde økonomisk bistand i form af selvfinansiering reguleres i stedet af reglerne i SL §§ 206 – 209, som har forrang for forbuddet mod kapitalejerlån.

Det er i den forbindelse vigtigt at være opmærksom på, at betingelserne for lovlig selvfinansiering ikke er sammenfaldende med betingelserne for lovlige kapitalejerlån. Betingelserne for at yde lån i en selvfinansieringssituation må anses for at være strengere end lån uden for en selvfinansieringssituation, idet det ved lån til selvfinansiering eksplicit kræves, at der foreligger en skriftlig redegørelse fra det centrale ledelsesorgan indeholdende bestemte oplysninger omkring den økonomiske bistand. Derudover kan beslutningen alene træffes af selskabets generalforsamling og ikke efter bemyndigelse til ledelsen jf. SL § 207 stk. 1. Beslutningen om selvfinansiering kan alene træffes med samme majoritet, som kræves til vedtægtsændring jf. SL § 207 stk. 2 dvs. dobbelt 2/3 flertal, medmindre andet fremgår af vedtægterne. Ved selvfinansiering er det endvidere et eksplicit krav at den økonomiske bistand er forsvarlig jf. SL § 208, dette krav må dog også anses at foreligge ved ydelse af kapitalejerlån, uden dette eksplicit er nævnt i ordlyden.

2.6.2 Moderselskabslån

Som undtagelse til forbuddet mod kapitalejerlån gælder, at et selskab direkte eller indirekte kan stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for danske og visse udenlandske moderselskabers forpligtelser jf. SL § 211 stk. 1. Begrundelsen herfor er

⁶⁴ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 16

givetvis det praktiske behov for koncernintern finansiering og det økonomiske samarbejde mellem moderselskaber og datterselskaber.

2.6.3 Sædvanlig forretningsmæssig disposition

En væsentlig modifikation til låneforbuddet gælder, hvor et selskab som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stiller midler til rådighed, yder lån eller stiller sikkerhed for de omfattede personer.⁶⁵ Denne undtagelse til SL § 210 er begrundet i, at dispositioner, som må anses som sædvanlige og inden for selskabets interesse, som oftest ikke vil krænke kapitalejernes eller kreditorernes interesser. I sådanne tilfælde vil selskabet kunne yde økonomisk bistand til personkredsen i SL § 210 stk. 1 uagtet om betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt.

Selskabsreformen fra 2010 kodificerede Erhvervsstyrelsens praksis vedrørende SL § 212, hvilket betød at lån m.v. ydet på sædvanlige forretningsmæssige vilkår blev undtaget fra forbuddet mod kapitalejerlån. Undtagelsen fremgik ikke udtrykkeligt af den tidligere selskabslovgivning, men princippet kunne findes i forarbejderne til det tidligere kapitalejerlånsforbud indført i 1982.⁶⁶

Den kodificerede SL § 212 gentog princippet fra de tidligere forarbejder til bestemmelsen, og hertil blev tilføjet, at såvel dispositionen som sådan samt vilkårene for dispositionen skal være sædvanlige. Der er dog tale om et dynamisk begreb, der vil kunne ændre sig over tid.⁶⁷

Til forståelsen af, hvornår en disposition er sædvanlig forretningsmæssig, indikerer forarbejderne, at en disposition er undtaget fra forbuddet mod kapitalejerlån, hvis dispositionen opfylder følgende betingelser:

- er sædvanlig inden for branchen,
- er sædvanlig for det pågældende selskab,
- er på sædvanlige vilkår, og
- er forretningsmæssigt begrundet for selskabet.⁶⁸

Det forudsættes således efter en selskabsretlig forståelse, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter, og at selskabet ville have ageret på samme måde, hvis det ikke havde været for kapitalejerens eller ledelsesmedlemmets indflydelse i selskabet. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit.

Et andet eksempel på en sædvanlig forretningsmæssig disposition kan være det tilfælde, hvor et selskab, der driver et stormagasin, som udleverer kundekort med kreditadgang til sine kunder. At selskabet tilbyder sine kapitalejere en sådan kreditmulighed på samme vilkår som øvrige kunder, vil kunne være en sædvanlig forretningsmæssig disposition for selskabet og dermed undtaget fra det gældende forbud mod udlån/kreditgivning til en kapitalejer.⁶⁹

Til forståelsen af begrebet har Erhvervsstyrelsen gennem administrativ praksis afgivet svar på konkrete forespørgsler rettet mod omfanget af begrebet. Hertil har de udtalt, at i den situation, hvor en konkret disposition ikke opfylder ovennævnte betingelser, vil

⁶⁵ Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret, s. 285

⁶⁶ Werlauff, Neville: UfR 2003B.201

⁶⁷ Guldmann, Weitemeyer, Hove, RR.2014.08.0016, s. 4, 2. spalte

⁶⁸ Guldmann, Weitemeyer, Hove, RR.2014.08.0016 s. 4, 2. spalte

⁶⁹ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 7

en enkeltstående disposition alligevel kunne anses som sædvanlig forretningsmæssig, hvis den efter en konkret vurdering kan anses for forretningsmæssigt begrundet.⁷⁰ Denne situation opstår primært, hvis lånet m.v. har været en enkeltstående disposition, der ellers ikke har kunnet anses for at være sædvanlig for selskabet, men hvor det er forretningsmæssigt begrundet.⁷¹

Retsstillingen må selskabsretligt kunne sammenfattes således, at hvor de ovennævnte betingelser er opfyldt, eller hvor en enkeltstående disposition efter en samlet konkret vurdering kan anses for at være forretningsmæssigt begrundet, er dispositionen undtaget fra forbuddet i SL § 210 og kan retmæssigt foretages.

Den selskabsretlige tilgang til forståelsen af begrebet er dermed langt fra entydig, men afhænger af en samlet vurdering af den konkrete disposition. Her foreligger ingen klare retningslinjer for i hvilke tilfælde, en disposition nøjagtig kan anses for at være sædvanlig forretningsmæssig begrundet. Dette gør SL § 211 vanskelig at håndtere i praksis.

2.6.4 Lån fra pengeinstitutter

Forbuddet mod kapitalejerlån finder ikke anvendelse på pengeinstitutter og realkreditlån ydet af et realkreditinstitut. Rationalet bag denne branchespecifikke undtagelse er, at dispositionerne omfattet af forbuddet i SL § 210, må anses som sædvanlige dispositioner for pengeinstitutter og realkreditinstitutter, hvorfor en begrænsning heraf ville svække disse virksomheders erhvervsudøvelse. En bank kan således, uden de nævnte betingelser er opfyldt, yde lån til dets kapitalejere eller direktør.

2.6.5 Lån til medarbejdere til erhvervelse af kapitalandele

Den sidste undtagelse til forbuddet mod kapitalejerlån omhandler dispositioner foretaget med henblik på at en medarbejder erhverver kapitalandele i selskabet eller et datterselskab. Formålet med undtagelsen er et ønske om, at tilskynde medarbejderens inddragelse i selskabets ejerkreds ved at simplificere finansieringen heraf. Her er det et krav, at der er tale om en generel medarbejderordning. Lån til én specifikt udvalgt medarbejder, vil således ikke være omfattet af undtagelsen.⁷²

2.7 Selskabsretlige konsekvenser ved ulovlige kapitalejerlån

Hvis blot en enkelt af de ovennævnte betingelser efter SL § 210 stk. 2 ikke er opfyldt, og ingen af de nævnte undtagelser finder anvendelse, vil der ikke lovligt kunne ydes kapitalejerlån. I bemærkningerne til bestemmelsen understreges, at alle lovens betingelser skal være opfyldt, inden der foretages udbetaling til kapitalejeren. Såfremt betingelserne ikke er opfyldt, vil det medføre den konsekvens, at lånet må anses for at være ulovligt og skal tilbagebetales straks jf. SL § 215.⁷³ Det vil ikke være muligt for selskabet at berigtige fejlen ved efterfølgende at opfylde betingelserne i SL § 210 stk. 2. Endvidere har SL § 210 karakter af en præceptiv værnsregel, som har til formål at beskytte minoritets- og kreditorinteresser i selskabet, hvorfor det ikke er muligt for parterne at give afkald på opfyldelse af en eller flere af betingelserne.⁷⁴

⁷⁰ Werlauff, Neville: UfR 2003B.201

⁷¹ RR.2014.08.0016 s. 4, 2. spalte

⁷² Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, 2014, s. 63

⁷³ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 18

⁷⁴ Kure, U.2011B.293

2.7.1 Tilbagebetaling af ulovligt lån

Har en kapitalejer eller et ledelsesmedlem modtaget økonomisk bistand ydet af selskabet i strid med SL § 210, følger det af SL § 215, at lånet skal tilbagebetales. Tilbagebetalingspligten træder i kraft på det tidspunkt, hvor det ulovlige lån etableres. Efter Erhvervsstyrelsens praksis gives almindeligvis en frist på 6 uger for tilbagebetaling. Udover tilbagebetaling af lånets hovedstol, skal tilbagebetaling ske med forrentning, der er fastsat efter den almindelige morarente i RL § 5 stk. 1 og 2 med tillæg af 2%, medmindre en højere rente er aftalt. Låntageren kan ikke undgå tilbagebetaling ved at afhænde sine kapitalandele eller ved at opsige sin stilling som ledelsesmedlem.

Kan låntageren ikke tilbagebetale beløbet, indestår de for udbetalingen ansvarlige personer for det tab, selskabet måtte blive påført jf. SL § 215 stk. 2. Der er her tale om en "objektiv" indeståelsesregel, som ikke kræver at de almindelige erstatningsbetingelser, herunder culpa, er opfyldt.⁷⁵ De, som indestår, dvs. typisk ledelsen, kan således ikke undgå betaling til selskabet under henvisning til at de eksempelvis ikke vidste, at lånet var ulovligt eller ikke kendte til lånet.

I de tilfælde, hvor selskabet har foretaget sikkerhedsstillelse i strid med SL § 210, skal denne som udgangspunkt ophøre straks. Det følger dog af SL § 215 stk. 3, at hvor der er ydet sikkerhedsstillelse overfor en aftalepart i god tro, vil sikkerhedsstillelsen være bindende for selskabet. Afgørende er her, at aftaleparten, eksempelvis tredjemand eller en bank, ikke vidste eller burde vide, at den ydede sikkerhed var i strid med betingelserne i SL § 210.

Et plausibelt alternativ til tilbagebetaling inklusiv renter vil være at ledelsen i selskabet, i stedet for at søge om tilbagebetaling af lånet, eftergiver kapitalejeren/ledelsesmedlemets gæld. Hertil følger det dog af Erhvervsstyrelsens praksis, at gældseftergivelse ikke accepteres i forhold til tilbagebetalingspligten i SL § 215 stk. 1.⁷⁶ Et selskab må således ikke eftergive ulovlige lån, men har pligt til at søge disse indfriet. En sådan indfrielse vil typisk ske ved modregning, således at selskabet udlodder en fordring til låntager eksempelvis i form af udbytte eller løn.⁷⁷

2.7.2 Hjemmel til bødestraf

Ydes økonomisk bistand i strid med SL § 210 f.eks. hvor én af betingelserne i SL § 210 stk. 2 ikke er opfyldt, vil der være tale om en ulovlig disposition, som kan sanktioneres med bødeforlæg jf. SL § 367 stk. 1.

Hvor selskabet ved den førstkommende generalforsamling efter 31. December 2016 vælger at opretholde den inden 1. Januar 2017 ulovligt ydede økonomiske bistand, men hvor selskabet derefter ikke opfylder betingelserne for lovliggørelse jf. SL § 210 stk. 2, vil opretholdelsen af den ulovlige økonomiske bistand efter SL § 367 stk. 1 pkt. 2 kunne straffes med bøde.

2.8 Mulighed for selskabsretlig lovliggørelse af lån ydet før 1. Januar 2017

Lovændringen, som trådte i kraft 1. Januar 2017, har som udgangspunkt alene virkning for selskabets beslutninger om ydelse af økonomisk bistand truffet den 1. Januar 2017 eller senere. Ændringen muliggør dog tillige at økonomisk bistand ydet før den 1. Januar 2017, og som var ulovlig efter de tidligere gældende regler om kapitalejerlån, kan

⁷⁵ Seehausen, RR.2017.02.0054

⁷⁶ Kruhl, Sørensen, Kapitalejerlån & selvfinansiering, 2014, s. 69

⁷⁷ Seehausen, RR.2017.02.0054

lovliggøres.⁷⁸ En sådan lovliggørelse kan ske ved at selskabet på den førstkommende generalforsamling efter 31. December 2016 træffer beslutning om at opretholde den økonomiske bistand, såfremt betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt.

Hvor selskabet træffer beslutning om at lovliggøre den ulovlige økonomiske bistand, skal selskabet senest ved fristtidspunktet for indsendelse af den første årsrapport, der indsendes efter 31. December 2016, kunne dokumentere, at den økonomiske bistand opfylder betingelserne i SL § 210 stk. 2. Dokumentationen skal sendes til Erhvervsstyrelsen. Lovliggørelsen forudsætter således, at selskabet har tilstrækkelige frie midler til at det kan anses for forsvarligt at opretholde den økonomisk ydede bistand. Derudover forudsætter en lovliggørelse, at der er tale om et lån efter SL § 210. Ulovlig lån omfattet af bestemmelserne om selvfinansiering kan således ikke lovliggøres.

Hvor betingelserne for opretholdelse af den ulovlige økonomisk ydede bistand ikke kan opfyldes, hvor generalforsamlingen ikke godkender dispositionen eller hvor generalforsamlingen afholdes helt uden beslutning om en lovliggørelse træffes, er lovliggørelsen af den økonomisk ydede bistand på selskabets eget initiativ ikke længere mulig. Her vil det ulovlige forhold skulle bringes til ophør i overensstemmelse med SL § 215. Lovliggørelse er dog herefter ikke udelukket, idet lovliggørelse fortsat vil kunne ske, såfremt Erhvervsstyrelsen inden fristtidspunktet for indsendelse af den første årsrapport, der indsendes efter 31. December 2016 påbyder selskabet at lovliggøre den ulovlige økonomiske bistand. Erhvervsstyrelsen vil i disse tilfælde kunne pålægge et selskab straks at lovliggøre det ulovlige forhold og at dokumentere lovliggørelsen overfor Erhvervsstyrelsen inden for en af Erhvervsstyrelsen fastsat rimelig frist.⁷⁹ Hvis selskabet ikke indsender den pligtige dokumentation til Erhvervsstyrelsen, kan selskabet påbydes at bringe det ulovlige forhold til ophør i medfør af SL § 215.

Der er i dette tilfælde tale om en overgangsregel for ulovlige kapitalejrlån ydet før 1. Januar 2017. Reglen gælder således ikke for kapitalejrlån ydet efter 1. Januar 2017. Hvor et kapitalejrlån er ydet herefter, men hvor det er ulovligt, idet det ikke opfylder betingelserne i SL § 210 stk. 2 og ikke er omfattet af de nævnte undtagelser, vil der således ikke være mulighed for selskabsretlig lovliggørelse af lånet.

2.9 Delkonklusion

På trods af den betingede lovliggørelse af kapitalejrlån, gælder som udgangspunkt fortsat et forbud mod at et selskab yder lån til dets kapitalejere og ledelsesmedlemmer. Af forbuddet omfattes uden undtagelse alle kapitalejere og alle ledelsesmedlemmer samt disses nærtstående. Fra 1. Januar 2017 blev det dog i medfør af ændringen muligt på visse betingelser at optage kapitalejrlån. Betingelserne herfor afhænger hovedsageligt af at lånet ydes på markedsvilkår og alene inden for selskabets frie reserver, således at hensynet til selskabets kreditorer varetages.

Ansvar for lånets forsvarlighed ligger hos det centrale ledelsesorgan i selskabet, som også skal sørge for at lånebeløbet overføres som bunden reserve i årsregnskabet.

Foruden lovliggørelsen af nye udstedte lån, giver lovændringen tillige mulighed for en selskabsretlig lovliggørelse hos selskaber med bestående ulovlige lån.

Bestemmelserne om kapitalejrlån er efter lovændringen af SL blevet lempeligere end tidligere, og ændringen må i sig selv siges at medføre en større fleksibilitet for danske

⁷⁸ L 23 af 2016, § 3 stk. 3

⁷⁹ L 23 af 2016, bemærkningerne, s. 18

virksomheder ved selskabers finansiering. Den fremtidige praktiske anvendelse af lovgivningen begrænses dog af de uændrede skattebestemmelser på området.

3. Kapitalejerlån efter skatteretten

3.1 Historisk skatteretligt overblik over kapitalejerlån

Kapitalejerlån har som udgangspunkt ikke før indførelsen af LL § 16 E været selvstændigt reguleret gennem skatteretten. På trods af at kapitalejerlån siden 1982 er blevet anset for ulovlige efter selskabsretten, har de ikke før 2012 været ulovlige efter skatteretten.^{80,81} Lånet blev inden 2012 anset for værende en transaktion mellem interesseforbundne parter jf. LL § 2 stk. 1⁸², hvorefter et lån mellem et selskab og en kapitalejer skulle forrentes efter det såkaldte armslængdeprincip. Så længe armslængdeprincippet blev fuldt, blev lånet ikke beskattet.

Indholdet af LL § 2 medførte, at interesseforbundne parter, der ikke ved indkomstopgørelsen anvendte samme priser og vilkår for indbyrdes transaktioner som uafhængige parter, kunne risikere, at SKAT ville korrigere skatteansættelsen, således at markedsrenten blev anvendt. Dette betød, at en manglende forretning af et lån eller en for lav rente kunne blive betragtet som maskeret udbytte. Hvis SKAT foretog en rentefiksering, medførte det et fradrag for kapitalejeren som låntager, mens selskabet som långiver blev skattepligtig af renteindtægten.⁸³

Såfremt låntager var ansat i virksomheden, kunne beløbet i stedet anses for yderligere løn, hvis det samlede vederlag kunne anses for rimeligt i forhold til arbejdsindsatsen.⁸⁴

Inden indførelsen af LL § 16 E blev der i praksis skelnet mellem, hvorvidt kapitalejerlånet var ydet på et tidspunkt, hvor låntager var solvent eller insolvent. Kapitalejerlån, hvor låntager på udbetalingstidspunktet var solvent, blev anerkendt, også selvom at låntageren senere blev insolvent. Långiver skulle dermed beskattes af hans renteindtægt, jf. SSL § 4 litra e, og låntager kunne fradrage sine renteudgifter, jf. SSL § 6 litra e. Omvendt var der konsekvenser, hvis en låntager på udbetalingstidspunktet var insolvent. Konsekvensen var, at lånet blev anset på tilsvarende måde som efter de nugældende skatteretlige regler: En hævning uden tilbagebetalingspligt, som blev beskattet som enten løn eller udbytte.⁸⁵

3.1.1 Lovforslag L 171 – Forslag til beskatning af kapitalejerlån

Tilbage i 2008/2009 gennemgik selskabsloven en større modernisering. Det var i forbindelse med denne modernisering, at kapitalejerlån blev taget op til forhandling – såvel selskabsretligt som skatteretligt. L 171 blev fremsat den 25.03.2009 og skulle gennemføre ændringer i en række love som konsekvens af det samtidige fremsatte forslag til en ny aktie- og anpartsselskabslov (L 170). L 170 skulle gøre aktie- og anpartsselskabslovene mere sammenhængende, moderne og fleksible. Man ønskede herved en liberalisering af det selskabsretlige forbud mod kapitalejerlån.

I den forbindelse blev bl.a. Skatteministeriet hørt, da man frygtede, at en liberalisering af forbuddet mod kapitalejerlån ville medføre en stigning i antallet af sådanne lån, og i

⁸⁰ J.V., C.B.3.5.3.3, version 1.6

⁸¹ Bet 1498, s. 491

⁸² LBK nr. 1365

⁸³ Kruhl & Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 102

⁸⁴ J.V., C.B.3.5.3.3, version 1.6

⁸⁵ Se SKM2008.913.BR, SKM2009.523.BR og SKM2012.29.BR

en vis grad erstatte udbetaling af løn eller udbytte og herved foranledige et skatteretligt provenutab for det offentlige.

Skatteministeriet udtalte i den forbindelse at uanset de skattemæssige fordele ved forbuddet, havde forbuddet mod kapitalejrlån virket præventivt, således at antallet af kapitalejrlån havde været indskrænket. Skatteministeriet mente derfor ikke, at der var behov for en selvstændig skatteretlig regulering, så længe det selskabsretlige forbud forsat bestod.⁸⁶ Omvendt fandt Skatteministeriet det nødvendigt at indføre lovforslaget til LL § 16 E, såfremt der skulle ske en selskabsretlig liberalisering af forbuddet mod kapitalejrlån.

Lovforslaget L 171 af 25. marts 2009 kom på baggrund af Skatteministeriets overvejelser derfor til at indeholde et forslag, der på visse punkter lignede den nuværende LL § 16 E. Ordlyden var en anden og lænede sig mere op af bestemmelsen i SL § 210. Den foreslåede LL § 16 E er siden blevet kaldt ”den milde version af LL § 16 E”⁸⁷, eftersom kapitalejrlån dengang alene blev betragtet som løn eller udbytte, såfremt de ikke opfyldte de selskabsretlige krav til et lovligt kapitalejrlån.

I de tilfælde hvor der allerede var sket beskatning af lånebeløbet som udbytte eller løn, men hvor lånet blev tilbagebetalt til selskabet, kunne låntager efter den foreslåede LL § 16 E, stk. 3 få skatten annulleret og tilbagebetalt. Med denne lovgivning ville man have undgået dobbeltbeskatning og skabt bedre harmoni mellem skatteretten og selskabsretten.⁸⁸

Den helt store forskel fra den foreslåede LL § 16 E til den nuværende er derfor:

- 1) Sammenhængen mellem SL § 210 og LL § 16 E,
- 2) at lånet først blev betragtet som løn eller udbytte, såfremt det ikke opfyldte betingelserne i SL § 210, stk. 2, og vigtigst
- 3) at kapitalejeren kunne undgå dobbeltbeskatning, da lånet alene blev beskattet, såfremt det ikke blev tilbagebetalt.

Hvis lånet blot opfyldte betingelserne efter den foreslåede L 170, var det muligt at optage et skattefrit kapitalejrlån.

Efter en længere behandling af lovforslaget til LL § 16 E blev det dog trukket tilbage, eftersom den selskabsretlige betingede adgang til at yde kapitalejrlån udgik af lovforslaget til den nye selskabslovgivning. Formålet med forslaget til LL § 16 E var at hindre at den påtænkte betingede lovliggørelse af kapitalejrlån kunne anvendes som et alternativ til udbetaling af skattepligtig udbytte eller løn. Da dette selskabsretlige forslag udgik af lovbehandlingen, forsvandt forudsætningerne for LL § 16 E.⁸⁹

3.1.2 Lovforslag L 199 – nuværende LL § 16 E

Ved lov nr. 926 af 18. september 2012 blev en ny version af LL § 16 E indsat med virkning for kapitalejrlån ydet fra og med 14. august 2012. Lovforslaget blev indsat

⁸⁶ Bet 1498, s. 492

⁸⁷ Rønfeldt og Werlauff: LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning, s. 1, spalte 2.

⁸⁸ Mere om denne skatteretlige tilgang i afsnit 5.2.3.2.

⁸⁹ L 170 og L 171

for at beskatte kapitalejrlån, så eksisterende skattemæssige incitamenter til optagelse af kapitalejrlån blev fjernet.⁹⁰

Den materielle baggrund for indførelsen af LL § 16 E bundede bl.a. i SKAT's compliance undersøgelser og indsatsprojekter som viste, at ulovlige kapitalejrlån ofte blev anvendt til finansiering af kapitalejerens privatforbrug. Det viste sig, at lånene reelt trådte i stedet for løn eller udbytte, fordi kapitalejeren ikke havde til hensigt at tilbagebetale lånet. SKAT's compliance-undersøgelser viste også, at der i 2010 ca. var et udestående af ulovlige kapitalejrlån på omkring 4 mia. kr.⁹¹ Dette skøn blev understøttet af undersøgelser foretaget i 2011 af FSR – danske revisorer og viste, at der i perioden fra 2006-2011 blev optaget 7.722 ulovlige kapitalejrlån, og at der i 2011 var 16.427 regnskaber med ulovlige kapitalejrlån.^{92,93} På baggrund af denne undersøgelse kan man argumentere for, at Skatteministeriets antagelse tilbage i 2008 ikke var korrekt, da stigningen i antallet af kapitalejrlån netop tyder på, at de selskabsretlige regler ikke har været præventive nok til at begrænse antallet af kapitalejrlån.

For at hindre det stigende antal af kapitalejrlån blev det derfor foreslået, at kapitalejrlån skulle beskattes allerede ved optagelsen af lånet, så ingen låntagere kunne opnå en skattemæssig fordel.⁹⁴

3.1.2.1 Omkvalificering til løn eller udbytte

Ved indførelsen af LL § 16 E blev det lagt fast, at hvis et selskab direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt. Af bestemmelsen fremgår det, at denne også omfatter sikkerhedsstillelser og midler, som stilles til rådighed for en kapitalejer. Udover indførelsen af LL § 16 E blev bestemmelsen også underbygget af de justeringer der blev foretaget af KGL § 21, KGL § 24 og LL § 2 stk. 5.

LL § 16 E: *”Hvis et selskab m.v. omfattes af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 eller 2, og tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person, behandles lånet efter skattelovgivningens almindelige regler om hævnninger uden tilbagebetalingspligt, forudsat at der mellem långiver og låntager er en forbindelse omfattes af § 2. 1. pkt. finder ikke anvendelse på lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, på sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller på lån til selvfinansiering som nævnt i selskabsloven § 206, stk. 2. 1. og 2. pkt. finder tilsvarende anvendelse på sikkerhedsstillelser og på midler, der stilles til rådighed”.*

Efter LL § 16 E skal beskattningen dermed ske uafhængigt af selskabsretten, også selvom at denne del mødte kritik i flere af høringssvarene til lovforslaget. Kritikken kom bl.a. fra Advokatrådet og Danske Advokater, som ikke mente, at skatteretten skulle være adfærdsregulerende for en civilretlig disposition, og at det ikke var en skatteretlig

⁹⁰ Skriftlig fremsættelsestale til L 199

⁹¹ Alm. bemærkninger til L 199, pkt. 3.1

⁹² FSR – analyse: Ulovlige aktionærlån

⁹³ Dette beløb har sandsynligvis været endnu større, eftersom undersøgelsen kun omhandlede kapitalejrlån i selskaber med revision, og ikke de selskaber som har haft fravalgt revision

⁹⁴ Alm. bemærkninger til L 199, pkt. 3.1

opgave af afgøre, hvornår der var tale om et lovligt eller ulovligt kapitalejerlån.⁹⁵ Advokatrådet anførte desuden at omkvalificeringen af lån til enten løn eller udbytte allerede på udbetalingstidspunktet ville medføre økonomiske konsekvenser for låntageren, at der reelt var tale om en "straf".⁹⁶ Uagtet den store kritik blev lovforslaget til LL § 16 E vedtaget.

3.1.3 Delkonklusion

Før L 171 har der ikke været en skattemæssigt interesse for kapitalejerlån, så længe renten blev fastsat på markedsmæssige vilkår, og kapitalejeren var solvent på udbetalingstidspunktet. De seneste års undersøgelser har dog konstateret, at der er sket en stigning i antallet af kapitalejerlån og at sådanne lån i mange tilfælde er blevet brugt til at finansiere kapitalejernes privatforbrug eller deres nærtstående.

Denne udvikling har resulteret i et større lovgivningsarbejde, som nu har medført, at kapitalejerlån som udgangspunkt fortsat er ulovlige, men under visse betingelser kan ydes lovligt. Uanset lovligheden beskattes lånene dog stadig som henholdsvis løn eller udbytte på udbetalingstidspunktet, hvis lånet ydes til en kapitalejer med bestemmende indflydelse i selskabet. Dette sker ved en skatteretlig omkvalificering af lånet som en hævning uden tilbagebetalingspligt.

LL § 16 E er i dag endt ud med at være strengere end den version, der blev foreslået tilbage i 2008, idet der forekommer en definitiv skatteretlig udbetaling ved optagelse af et kapitalejerlån, og ingen mulighed for ved tilbagebetaling af lånet at få denne beskatning tilbage.

3.2 Almindelige regler for beskatning af lån

Den skattepligtige indkomst udgør det beløb, som er grundlag for beregningen af den almindelige statsindkomstskat, hvoraf SSL §§ 4-6 udgør hovedprincipperne. SSL § 4 regulerer hvilke indtægter, der anses for at være skattepligtig indkomst, mens SSL § 5 regulerer hvilke indtægter, der er undtaget fra beskatning, og SSL § 6 beskriver, hvilke udgifter, der kan fradrages i den skattepligtige indkomst.

Et almindeligt lån er en gensidig aftale mellem to parter, hvor den ene part, långiver, udlåner et pengebeløb eller en genstand til modparten, låntager, som omvendt påtager sig en forpligtelse til at betale eller levere det lånte tilbage efter nærmere angivne vilkår. Almindeligvis ydes pengelån mod et yderligere vederlag i form af renter og eventuelt oprettelsesgebyrer. Eftersom låntager har en forpligtelse til at betale det lånte tilbage, opnår han ikke nogen berigelse, hvorfor lånet falder udenfor de traditionelle rammer for dansk indkomstbeskatning, og derfor ikke skal beskattes, jf. SSL § 5 litra c. SSL § 5 indeholder en negativ afgrænsning af indkomstbegrebet, da den udtrykkeligt opregner de økonomiske fordele, som ikke er skattepligtige, herunder indtægter hidrørende fra lån.

Statsskatteloven er suppleret af den øvrige skattelovgivning med talrige bestemmelser på både indkomst- og udgiftssiden. I forbindelse med optagelse af lån, finder KGL's regler om kursgevinster- og tab på pengefordringer og gæld anvendelse, jf. KGL § 1 stk. 1, nr. 1 og 2. Kursgevinstloven regulerer de tilfælde, hvor kreditor ikke modtager det samme beløb ved indfrielsen eller overdragelsen af fordringen, som da han udlånte til debitor. Konsekvenserne heraf er fastsat i KGL §§ 3 og 14 stk. 1, hvorefter kreditor

⁹⁵ L 199, bilag 2, høringsskema s. 2-3 og s. 7-9

⁹⁶ L 199, bilag 2, høringsskema, s. 2-3

skal medregne kursgevinster og fradrag kurstab ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Tilsvarende gælder for debitor ved kursgevinster- og tab på gæld, jf. KGL §§ 6 og 20.

Långiver bliver skattepligtig på forfaldstidspunktet⁹⁷ af de renteindtægter der hidrører fra lånet, jf. SSL § 4 litra e, mens låntager har fradrag herfor, jf. SSL § 6 litra e.

Ovenstående udgør i hovedtræk de almindelige skattemæssige regler for lån samt forrentning heraf. For kapitalejerlån ydet mellem et selskab og en person omfattet af LL § 2 gælder det særlige, at de skal behandles efter skattelovgivningens regler om ”hævninger uden tilbagebetalingspligt”, dvs. navnlig som udbytte eller lønindkomst, jf. LL § 16 E.⁹⁸ Dermed beskattes de ikke efter de almindelige regler om lån, som ovenfor uddybet, men i stedet efter reglerne om udbetaling af løn eller udbytte, da man skattemæssigt ikke kvalificerer kapitalejerlån som et almindeligt låneforhold. De almindelige skatteregler for lån gælder dog fortsat på kapitalejerlån ydet til den personkreds, der ikke er omfattet af LL § 16 E, jf. LL § 2.

3.3 Omfanget af LL § 16 E

Hvis et selskab direkte eller indirekte yder lån til en fysisk person, behandles lånet efter LL § 16 E ikke som et lån, men i stedet som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Derfor beskattes lånet som enten løn eller udbytte. Tilsvarende gælder for sikkerhedsstillelser og midler, som stilles til rådighed.

Til brug for forståelsen af LL § 16 E og dens udstrækning, vil de kommende afsnit omhandle fortolkningen af bestemmelsens begreber.

3.3.1 Långiver

Ordlyden af LL § 16 E foreskriver, at alene selskaber kan betragtes som långivere i forbindelse med kapitalejerlån, og at disse selskaber skal være omfattet af SEL § 1 stk. 1 nr. 1 eller 2 eller være tilsvarende selskaber hjemmehørende i udlandet. Det følger heraf, at den skatteretlige afgrænsning skal foretages uafhængigt af den selskabsretlige afgrænsning.

Reglen omfatter både lån og sikkerhedsstillelser fra danske aktieselskaber og anpartselskaber og tillige andre danske selskaber, så som Foreninger Med Begrænset Ansvar (F.M.B.A.) og Selskaber Med Begrænset Ansvar (S.M.B.A.).⁹⁹

Reglen er begrænset til selvstændige skattesubjekter, hvorfor danske og udenlandske juridiske enheder, som er skattemæssigt transparente, ikke er omfattet. Dette gælder eksempelvis interessentskaber, kommanditselskaber og partnerselskaber,¹⁰⁰ også selvom at partnerselskaber selskabsretligt behandles som aktieselskaber med de fornødne tilpasninger.¹⁰¹

⁹⁷ Tfs 1997.496 Ø. Særregler findes dog i LL § 5

⁹⁸ Dam, Gam, Hemmingsen og Nielsen: Grundlæggende Skatteret 2017, s. 215

⁹⁹ Kruhl & Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 112

¹⁰⁰ I et partnerselskab beskattes deltagerne efter deres ideelle andel, jf. SKM 2011.155.SR, hvorfor selskabet ikke er et selvstændigt skattesubjekt

¹⁰¹ Jf. SL §§ 358-360

3.3.1.1 Udenlandske selskaber

LL § 16 E henviser også til ”*tilsvarende selskaber m.v. hjemmehørende i udlandet*”, som svarer til dem som er oplyst i SEL § 1 stk. 1 nr. 1 og 2.¹⁰² Hvis et udenlandsk selskab opfylder definitionen på et aktie- eller anpartsselskab, jf. SL § 1 stk. 2, må de kunne anses for at være omfattet af LL § 16 E. Dette indebærer, at kapitalejerne ikke hæfter personligt for selskabets forpligtelser, men alene med deres indskudskapital. Kapitalejerne skal ligeledes have ret til en andel af selskabets overskud i forhold til deres ejerandel, medmindre andet er fastlagt i selskabets vedtægter. Hvis disse betingelser er opfyldt, vil udlån fra udenlandske selskaber også kunne beskattes efter de danske skatteregler, uanset om lånet anses for at være lovligt eller ulovligt efter udenlandsk ret.¹⁰³

Hvorvidt et selskab er skattemæssigt hjemmehørende i Danmark, vurderes ud fra om selskabet er registreringspligtigt i Danmark.¹⁰⁴ Hvis et selskab er registreret i udlandet, og ikke er registreringspligtigt her i landet gælder hovedsædekriteriet i vurderingen af, om selskabet skattemæssigt er hjemmehørende i Danmark.¹⁰⁵

Ved behandlingen af lovforslaget til LL § 16 E blev denne beskatning af udenlandske selskaber diskuteret. Danske Advokater mente, at inddragelsen af udlån fra udenlandske selskaber var for vidtgående, særligt i de tilfælde hvor kapitalejerlån lovligt kan ydes i det pågældende land.¹⁰⁶ Skatteministeren svarede hertil, at der ikke fandtes grundlag for at undtage udlån fra udenlandske selskaber fra beskatning, selvom lånet skulle være lovligt i det pågældende land. Ydermere er det efter Skatteministeren ikke afgørende, hvorvidt lånet er lovligt eller ulovligt efter de selskabsretlige regler, idet de selskabsretlige regler om forbud mod kapitalejerlån ikke finder anvendelse for udenlandske selskaber. Det afgørende er i stedet, om kapitalejeren har bestemmende indflydelse i selskabet, for herved at sikre, at der sker beskatning i de situationer, hvor kapitalejeren selv har mulighed for at vælge, om der skal ydes lån i stedet for løn eller udbytte.¹⁰⁷

3.3.2 Låntager

LL § 16 E omfatter kun lån m.v. til ”*fysiske personer*”, som har en tilknytning til det långivende selskab som defineret i LL § 2. Tilknytningen efter LL § 2 indebærer at alene fysiske personer, der ”*direkte eller indirekte har en bestemmende indflydelse*” over selskabet, kan beskattes efter bestemmelsen.

Bestemmende indflydelse forekommer ved at den pågældende enten direkte eller indirekte råder over mere end 50% af selskabskapitalen eller råder over mere end 50% af stemmerne i selskabet. Ved opgørelsen medregnes også de aktier/stemmerrettigheder, som ejes eller kontrolleres af fonde/trusts, som er stiftet af hovedkapitalejeren eller dennes nærtstående eller andre selskaber, som hovedkapitalejeren udøver kontrol over. Tilsvarende gælder for andele/aktier, der ejes af transparente enheder, jf. LL § 2, stk. 1, 2. pkt.¹⁰⁸ Det beror derfor på en konkret vurdering, om en ejerftale mellem kapitalejerne bevirker, at også minoritetskapitalejere kan blive beskattet efter LL § 16 E.

¹⁰² Alm. Bemærkninger til L 199

¹⁰³ Kruhl & Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 112

¹⁰⁴ Jf. TfS 2007.345 H

¹⁰⁵ Lykke og Wetherlund: TfS 2004.229

¹⁰⁶ L 199, bilag 8, s. 2

¹⁰⁷ L 199, bilag 11

¹⁰⁸ Bygholm og Larsen: SR.2012.328 s. 3, 1. spalte

Dispositionstidspunktet er det afgørende for, om der skal ske beskatning af kapitalejeren. Hvis kapitalejeren på dispositionstidspunktet har bestemmende indflydelse efter LL § 2, skal der ske beskatning fra dette tidspunkt. Det skal også medtages i vurderingen, hvorvidt det var forventeligt, at kapitalejeren ville opnå bestemmende indflydelse.¹⁰⁹ Denne vurdering må anses for berettiget for at undgå omgåelsestilfælde.

3.3.2.1 Udenlandske selskaber

LL § 16 E tager ikke stilling til beskatningen af udenlandske personer, men det følger af henvisningen til LL § 2, at alene skattepligtige personer til Danmark er omfattet. Omfattet er således fysiske personer med fuld skattepligt efter KSL § 1 samt personer, som er begrænset skattepligtige til Danmark, jf. KSL § 2. Hvis en udenlandsk person er begrænset skattepligtig efter KSL § 2, vil vedkommende også kunne beskattes efter LL § 16 E. Dette gælder, selvom der ikke er skattepligt af kapitalejerlånet i det pågældende land. LL § 16 E kan således omfatte både udenlandske og danske fysiske personer.

3.3.2.2 Nærtstående parter

Nærtstående parter har betydning for, hvornår en kapitalejer skal beskattes. Dette skyldes, at når det skal vurderes, hvorvidt en kapitalejer har bestemmende indflydelse i selskabet, skal nærtstående parter også medregnes, jf. LL § 2, stk. 2. Dette indebærer at kapitalandele, som tilhører kapitalejerens nærtstående, også regnes med ved vurdering af, hvorvidt kapitalejeren har bestemmende indflydelse i selskabet.

Herved kan beskatning opstå, hvor selskabet yder lån til en person, som er nærtstående til en kapitalejer med bestemmende indflydelse. Hvor den nærtstående ikke selv er kapitalejer eller ansat i selskabet, vil den nærtstående ikke kunne beskattes af lånet, som om det var løn eller udbytte. I stedet vil kapitalejeren, hvis bestemmende indflydelse gjorde lånet muligt, blive beskattet, da lånet antages at have passeret dennes økonomi.

Definitionen af ”nærtstående” er positivt opført i LL § 16 H stk. 6, og omfatter den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbørn og adoptivforhold sidestilles med oprindeligt slægtskabsforhold, og medregnes derfor også i bedømmelsen. Dermed kan lån til denne personkreds risikere at skulle beskattes efter LL § 16 E.

Det kan virke underligt, at f.eks. søskende og samlevere ikke er omfattet af LL § 16 E, da de er omfattet af SL § 210. Hvis der skatteretligt gives et lån til en kontrollerende kapitalejers samlever, vil dette ikke udløse beskatning, uanset at samleveren selskabsretligt anses for at være nærtstående, ydermere vil samleverens kapitalandele i selskabet ikke tælle med ved vurderingen af, hvorvidt kapitalejeren har bestemmende indflydelse. Den snævre personkreds efter ligningsloven må anses for at være en fordel for låntager, da der i så fald ikke kan ske beskatning af sådanne kapitalejerlån efter LL § 16 E.

3.3.2.3 Ledelsesmedlemmer

Ledelsesmedlemmer er som udgangspunkt ikke omfattet af LL § 16 E. Dette kan virke bemærkelsesværdigt, da ledelsen i form af direktionen og bestyrelsen typisk vil stå for

¹⁰⁹ Seehausen: Eksempler på kapitalejerlån

den daglige og øverste ledelse i selskabet og formentlig have et større incitament til at udbetale et lån til dem selv fremfor løn. Hertil bemærkes, at det alligevel ikke er helt udelukket, at ledelsesmedlemmer kan blive omfattet af bestemmelsen. Det kræver dog, at de selv opfylder betingelserne i LL § 2 stk. 2.

3.3.2.4 Transparente enheder

Lån til visse juridiske personer er omfattet af LL § 16 E, til trods for at bestemmelsen udtrykkeligt kun omfatter lån ydet til fysiske personer. Dette skyldes at personselskaber som kommanditselskaber, interessentskaber, partnerselskaber og enkeltmandsvirksomheder er skattemæssigt transparente. Dette medfører, at selve beskatningen af selskaberne henføres direkte til deltagerne, således at indkomsten beskattes hos hver deltager i forhold til deres ejerandel. Denne personbeskatning finder sted, da selskaberne ikke anses for at være selvstændige skattesubjekter. Hvis et kapitalselskab yder lån til et skattetransparent selskab, henføres lånet således skattemæssigt og forholdsmæssigt til de deltagere i selskabet, som er omfattet af LL § 2.

Skatterådet har i et bindende svar, SKM2014.15.SR, konstateret, at lån der ydes af et kapitalselskab til et kommanditselskab i relation til LL § 16 E, skal anses som udlånt til kommanditisterne i kommanditselskabet og dermed ikke til selve kommanditselskabet.

Vurderingen af transparente enheder medfører, at lån fra et kapitalselskab til et partnerselskab skattemæssigt behandles på samme måde som interessentskaber og kommanditselskaber. Såfremt deltagerne i et partnerselskab har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse i aktieselskabet, vil alle deltagerne være skattepligtige af deres andel af lånet.^{110,111}

Ud fra det ovenfor anførte kan det virke underligt, at et partnerselskab selskabsretligt kan være et moderselskab, og herved fungere som et moderselskab for et kapitalselskab og selskabsretligt lovligt modtage lån herfra, jf. SL § 211 uden at der udløses beskatning.¹¹² Omvendt vil deltagerne i partnerselskabet, såfremt en eller flere af disse personer udøver en bestemmende indflydelse og optager et lån i det underliggende kapitalselskab, jf. LL § 2, risikere at blive beskattet jf. LL § 16 E. Dermed kan et lån fra et aktie- eller anpartsselskab til et moderpartnerselskab blive omfattet af LL § 16 E,¹¹³ på trods af at LL § 16 E ikke finder anvendelse på lån til selskaber. Hvis partnerselskabet i stedet var långiver i den ovenfor nævnte situation, ville forholdet ikke være omfattet af LL § 16 E, da et partnerselskab ikke er omfattet af SEL § 1 stk. 1 nr. 1 og 2.

Det kan anses for nødvendigt at lade personselskaber være omfattet af LL § 16 E, for at undgå omgåelsestilfælde, men med henblik på at undgå fejlpositioner, kan det virke u hensigtsmæssigt at transparente selskaber ikke er nævnt i lovteksten. Hertil strider det også mod det skattemæssige mål om at opnå neutralitet ved valg af selskabsform i enten personligt regi eller som kapitalselskab. Et af formålene med indførelsen af virksomhedsskatteordningen var netop at undgå den progressive indkomstbeskatning

¹¹⁰ L 199, bilag 16

¹¹¹ J.V., C.D.11.1.2.3.1, version 2.1 eksempel 4: ”Ud over i relation til kapitalfondes investeringer er det formentlig i praksis yderst sjældent, at der foreligger ”fælles bestemmende indflydelse”, og en sædvanlig ejeraftale mellem kapitalejerne er ikke tilstrækkelig til, at dette kan statueres”.

¹¹² Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 2, 2. spalte

¹¹³ L 199, bilag 16

og skabe neutralitet ved valg af selskabsform. Ud fra det bindende svar fra Skatterådet¹¹⁴ vil der finansieringsmæssigt være flere fordele ved at etablere sig som et kapital-selskab for at undgå den i SKM2014.15.SR nævnte beskatning.

3.4 Dispositioner omfattet af LL § 16 E

Ifølge ordlyden af LL § 16 E, stk. 1 er bestemmelsen begrænset til situationer, hvor et selskab m.v. ”direkte eller indirekte yder lån, stiller sikkerhed eller midler til rådighed”, jf. 1. og 3. pkt.

Under udarbejdelsen af det endelige lovforslag blev skatteministeren flere gange bedt om at uddybe begreberne ”sikkerhedsstillelse” samt ”midler stillet til rådighed”. Skatteministeren valgte ikke at svare konkret på spørgsmålene herom, men holdt fast i at fortolkningen skulle ske under formålet med lovbestemmelsen, hvilket er at fjerne incitamentet til at udbetale løn eller udbytte i form af lån. Begreberne vil nedenfor blive fortolket ud fra formålet med LL § 16 E.

3.4.1 Lån

Hverken ordlyden eller forarbejderne til LL § 16 E tager stilling til, om beskatning af kapitalejerlån alene kan omfatte lån af penge og pengelignende aktiver, eller om bestemmelsen også kan omfatte udlån af fysiske aktiver. Ud fra en ordlydsfortolkning af LL § 16 E må de situationer, hvor et selskab stiller midler til rådighed eller yder et lån begrebsmæssigt afgrænses således, at alene pengekrav¹¹⁵ eller pengelignende aktiver, såsom eksempelvis veksler, aktier, obligationer og gældsbreve mellem selskabet og hovedkapitalejeren er omfattet.

Hvor selskabet udlåner fysiske aktiver, vil det ikke være omfattet af LL § 16 E¹¹⁶, men i stedet falde ind under en af specialbestemmelserne i skattelovgivningen. Eksempelvis hvor en kapitalejer med bestemmende indflydelse låner et maleri af selskabet og hænger det op i sit hjem, anfører bestemmelsen ikke noget om, hvorvidt kapitalejeren skal beskattes af maleriets værdi. Et sådan tilfælde er behandlet i speciallovgivningen, hvor efter det vil blive anset for at være maskeret udbytte.¹¹⁷

Skattelovgivningen indeholder en række bestemmelser, hvor beskatningen er specifikt normeret i en række situationer. Dette gælder eksempelvis efter LL § 16. Ved sådanne regler må lex specialis-princippet gælde, således at disse regler går forud for LL § 16 E.

Efter en formålsfortolkning kan der argumenteres for at udlån af dyrere fysiske aktiver, som ikke er specialreguleret i skattelovgivningen, burde være omfattet. Der er dog ikke taget stilling hertil i praksis. Selskabsretligt er ét af formålene med de betingede kapitalejerlån at sikre kreditorernes interesser, samtidig med at give kapitalejerne en større finansieringsmæssig frihed. Et fysisk aktiv, som udlånes til en kapitalejer, vil fortsat tilhøre selskabet, og udlånet vil derfor ikke være til skade for kreditorerne. Det bliver

¹¹⁴ Se også SKM 2014.14.SR

¹¹⁵ Fortolkningen støttes af bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 2 om indførelse af LL § 16 E, hvor det fremføres, at konsekvensen af, at lån omfattes af LL § 16 E er, at lånet er udenfor kursgevinstlovens bestemmelser om beskatning af fordringer og gæld, da disse efter kursgevinstloven alene omfatter pengefordringer og gæld.

¹¹⁶ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 4, 1. spalte

¹¹⁷ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 4, 1. spalte

først til skade for kreditorerne, hvis kapitalejeren ikke har til hensigt at levere det tilbage. Det ville derfor være relevant ud fra formålet med LL § 16 E, at sikre en beskatning af ikke kun pengekrav men ligeledes fysiske aktiver, der reelt udnyttes i privat regi.¹¹⁸

I de situationer hvor der sker et salg eller køb mellem selskabet og hovedkapitalejeren, som ikke sker efter armslængdeprincippet, har SKAT hjemmel til at korrigere prisen, så den bliver på armslængdevilkår, jf. LL § 2.^{119,120} Dette medfører, at kapitalejeren kan risikere, at prisforskellen vil blive beskattet som maskeret udbytte, jf. LL § 16 A. Anderledes forholder det sig, hvis aktivet sælges på kredit, da kreditten da vil være omfattet af LL § 16 E, hvis ikke det er en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

3.4.1.1 Manglende indbetaling af den fulde selskabskapital

Det følger af SL § 33, at man kan nøjes med at indbetale 25% af selskabskapitalen. De sidste 75% af den ikke indbetalte selskabskapital kan af kapitalselskabets centrale ledelsesorgan kræves indbetalt på anfordring, hvorefter der er en betalingsfrist på mindst 2 uger.

I forbindelse med lovforslaget frygtede flere, at den manglende indbetaling af selskabskapitalen kunne anses for et kapitalejerlån omfattet af skattepligten efter LL § 16 E, da den ikke indbetalte selskabskapital anses som en fordring på kapitalejeren, jf. KGL § 24A. Spørgsmålet blev afklaret ved et svar fra skatteministeren, hvor det blev oplyst, at fordringer på en kapitalejer, som er opstået ved manglende indbetaling af den fulde selskabskapital, ikke omfattes af reglerne om beskatning af kapitalejerlån, hvis den konkrete aktieudstedelse i øvrigt er sket på sædvanlige vilkår.¹²¹

Det er uafklaret, hvad skatteministeriet helt præcist mener med ”sædvanlige vilkår”, da den manglede selskabskapital selskabsretligt ikke skal forrentes før den kræves indbetalt af det centrale ledelsesorgan. Hvorvidt det skatteretligt er tilstrækkeligt først at forrente fordringen fra det opkrævede tidspunkt, er blevet bekræftet af skatteministeriet.¹²² Så længe en kapitaludstedelse sker efter de selskabsretlige regler, hvorefter en manglende indbetaling kan kræves med et varsel på 2-4 uger, og der ved opkrævningen foretages en forrentning efter de almindelige regler, må det anses for at være foretaget på sædvanlige vilkår.

3.4.1.3 Selskabets afholdelse af en hovedkapitalejers private udgifter

Hvor der består en mellemregningskonto mellem selskabet og hovedkapitalejeren, bliver spørgsmålet, om kapitalejeren skal beskattes heraf. Skatteministeriet har ikke kunne bekræfte, at alle reguleringer via en mellemregningskonto er undtaget fra beskatning af lån, men i stedet ytret at beskatningen heraf afhænger af omfanget af de enkelte dispositioner.¹²³ Hvor et selskab fungerer som en kassekredit for hovedkapitalejeren, vil beløbet skulle beskattes efter LL § 16 E, såfremt selskabet opnår et tilgodehavende hos

¹¹⁸ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 4, 1. spalte

¹¹⁹ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinsiering, s. 119

¹²⁰ Se mere om betalingskorrektion i afsnit 3.7.3

¹²¹ L 199, bilag 13, s. 2

¹²² L 84, bilag 1, s. 37

¹²³ L 199 bilag 14, s. 6

kapitalejeren. Dette gælder uanset beløbets størrelse, da der ingen bagatelgrænse gælder ved beskatningen.¹²⁴ En undtagelse hertil er dog hvor et sådan lån må anses som en sædvanlig forretningsmæssig disposition.¹²⁵ Der skal dog altid foretages en konkret vurdering af dispositionerne.¹²⁶

Hvis hovedkapitalejeren bruger sit firmakreditkort til småindkøb i forbindelse med eksempelvis forretningsrejser, kan disse dispositioner efter en konkret vurdering foretages uden beskatning efter LL § 16 E. Ved vurderingen skal der tages stilling til, hvilke udgifter der normalt er forbundet med en forretningsrejse, samt hvorledes selskabet normalt håndterer sådanne dispositioner for ansatte uden kapitalindflydelse.¹²⁷

3.4.2 Sikkerhedsstillelse

Det følger af LL § 16 E, at beskatningen også gennemføres, selvom selskabet overfor en kapitalejer med bestemmende indflydelse alene stiller sikkerhed. En sikkerhedsstillelse er en garanti om at hæfte for en andens mellemværende. Da det ikke er sikkert, at en sikkerhedsstillelse vil blive aktualiseret, kan det virke urimeligt at en sikkerhedsstillelse ligesom som lån, skal anses som en hævnning uden tilbagebetalingspligt. Kapitalejeren foretager ingen hævnning i selskabet, der kan finansiere hans privatforbrug, men opnår højest en bedre kreditværdighed overfor sine kreditorer, og eventuelt bedre kreditvilkår.

Det ville derfor virke mere fornuftigt, hvis kapitalejeren alene skulle beskattes af garantiprovisionen, men dette følger ikke af Skatteministeriets opfattelse heraf. I Skatteministeriets svar til FSR – danske revisorer står der, at beskatningen skal ske af et beløb svarende til kautionens eller garantiens pålydende, og at beskatningen udløses ved garantiens påtagelse. Det regreskrav, som selskabet eventuelt får mod kapitalejeren, ved at garantien bliver udnyttet, skal ikke anses for en fordring mod kapitalejeren i skattemæssig forstand, da beløbet allerede er blevet beskattet efter LL § 16 E.¹²⁸

Før en sikkerhedsstillelse er omfattet af LL § 16 E, skal der som udgangspunkt foreligge en klar juridisk bindende aftale, eksempelvis en kautionserklæring. I de tilfælde, hvor kapitalejeren har bestemmende indflydelse i selskabet, kan en hensigtserklæring fra selskabet om at garantere for kapitalejerens gæld reelt anses for at være en bindende sikkerhedsstillelse.¹²⁹

Denne del af bestemmelsen og selve beskatningen af sikkerhedsstillelser er meget restriktiv, da det for den enkelte kapitalejer kan være svært at vide, at beskatningen faktisk sker af det fulde beløb, som der stilles sikkerhed for. Det kan ligeledes virke betænkeligt, at blive beskattet af et beløb, som man ikke har modtaget i likvider. Der bliver jo reelt set først trukket midler ud af selskabet, såfremt garantien aktualiseres. Selskabet vil naturligvis belaste deres kreditværdighed, men alene i et lille omfang, da den fulde garanti formentlig sjældent udnyttes. Der kan argumenteres for, at det ville være mere

¹²⁴ Skatteministerens svar til Skatteudvalget på spg. 526 af 13. juni 2013

¹²⁵ Alm. bemærkninger til L 199 pkt. 3.1.2.2

¹²⁶ L 199 bilag 14, s. 6

¹²⁷ SKM 2014.825.SKAT

¹²⁸ L 199, bilag 21, s. 6 og 7

¹²⁹ L 199, bilag 14, s. 3

passende, hvis hovedkapitalejeren, så længe sikkerhedsstillelsen opretholdes, skulle betale en større løbende præmie til selskabet eller beskattes af en sådan.¹³⁰

3.4.3 Stille midler til rådighed

Hvis selskabet på anden måde end ved lån eller sikkerhedsstillelse stiller midler til rådighed for en kapitalejer med bestemmende indflydelse, vil det ligeledes være omfattet af LL § 16 E. Den sidste del af LL § 16 E, stk. 1, må anses for at være en form for opsamlingsbestemmelse,¹³¹ og der skal ske en bred fortolkning heraf. Indbefattet af ”midler, som stilles til rådighed” er alle lån til eje, hvor låntageren ikke har en tilbageleveringspligt.¹³² Beløbet beskattes på samme måde som lån eller sikkerhedsstillelser, som en hævning uden tilbagebetalingspligt.

3.4.4 Direkte og indirekte lån m.v.

Skatteministeren har udtalt, at ordlyden ”*direkte eller indirekte yder lån, stiller midler til rådighed eller stiller sikkerhed for*” er inspireret af ordlyden i SL § 210, men at fortolkningen af de to lovbestemmelser ikke nødvendigvis altid vil være ens, da de varetager forskellige hensyn.¹³³ Baggrunden for at bestemmelsen ikke kun nævner direkte lån er, at man ønsker at sikre muligheden for at ramme omgåelsestilfælde og kunne beskatte lån til en personlig hovedkapitalejer, der indskyder ét eller flere selskaber mellem sig og långiver.¹³⁴ Skatteministeren har udtalt, at der ikke kan gives en udtømmende beskrivelse af, hvad ”direkte og indirekte” lån m.v. omfatter, men en retningsvisende fortolkning vil være, om det beherskede selskab finansierer kapitalejeren på anden måde end ved udbetaling af løn eller udbytte. Eksempelvis hvis et dansk selskab omfattet af SEL § 1 stk. 1 nr. 1 eller 2 låner midler til et udenlandsk selskab, som herefter videreudlåner beløbet til en udenlandsk kapitalejer, der behersker det danske selskab eller eventuelt begge selskaber.¹³⁵

3.5 Dispositioner undtaget fra LL § 16 E

Det følger direkte af ordlyden i LL § 16 E, at bestemmelsen ”...*finder ikke anvendelse på lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, på sædvanlige lån fra pengeinstitutter eller på lån til selvfinansiering som nævnt i selskabsloven § 206 stk. 2.*” De samme undtagelser gør sig gældende efter selskabsrettens regler for kapitalejerlån og er uddybet under punkt 2.6.

Nedenfor vil undtagelserne og den skatteretlige tilgang til disse blive gennemgået. Gennemgangen af undtagelserne vil være med til at skabe overblik over, hvornår der kan ydes et kapitalejerlån, uden der vil ske beskatning efter LL § 16 E.

3.5.1 Lovlig selvfinansiering

Lån til selvfinansiering er undtaget fra LL § 16 E, såfremt det opfylder betingelserne i SL § 206 stk. 2. Denne undtagelse var ikke indsat i det oprindelige lovforslag af 14. august 2012, men blev først indsat lige inden folketingets vedtagelse. Med en direkte henvisning til bestemmelsen i selskabsloven blev der skabt en udtømmende symmetri mellem selskabslovens regler for lovlig selvfinansiering, og hvad der skattemæssigt

¹³⁰ Bygholm og Larsen: SR.2012.328, s. 1, 2. spalte

¹³¹ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 123

¹³² J.V., C.B.3.5.3.3, version 2.7

¹³³ L 199, bilag 14 s. 3

¹³⁴ Skatteministerens svar af 28. august 2012 til spg. 1 af 20. august 2012 til L 199

¹³⁵ L 199, bilag 14 s. 3

holdes uden for anvendelsesområdet for LL § 16 E.¹³⁶ Sammenhængen mellem regelsættene gør det muligt for erhvervslivet af foretage generationsskifte i kapitalselskaber, uden det får skattemæssige konsekvenser.¹³⁷

3.5.2 Lån fra pengeinstitutter

Ifølge SL § 213 finder SL § 210 om kapitalejerlån ikke anvendelse på pengeinstitutter og på realkreditlån ydet af et realkreditinstitut, som også nævnt i 2.6.4. Det samme gør sig for så vidt også gældende skattemæssigt efter LL § 16 E, dog med den indskrænkning, at realkreditlån ikke udtrykkeligt er undtaget efter ordlyden i LL § 16 E. Denne forskel har dog ikke større praktisk betydning, idet sædvanlige forretningsmæssige dispositioner særskilt er undtaget,¹³⁸ hvorfor lån fra realkreditinstitutter typisk vil blive dækket af denne undtagelse.

3.5.3 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Det fremgår udtrykkeligt af LL § 16 E at lån, der ydes som led i en ”sædvanlig forretningsmæssig disposition” ikke er omfattet af skattepligten. Begrebet stammer fra SL § 212. Skatteministeriet har dog anført, at fortolkningen af de to bestemmelser til trods herfor ikke nødvendigvis er ens, men at praksis fra SL § 212 kan være vejledende for fortolkningen af begrebet i skattemæssig henseende.¹³⁹ For en nærmere gennemgang af SL § 212 se afsnit 2.6.3 og sammenligningen mellem begreberne i afsnit 5.1.3.

Grundlaget for en forskelligartet fortolkning af bestemmelserne, er disses forskellige hensyn. LL § 16 E er til for at fjerne incitamentet til at udbetale lån i stedet for skattepligtig løn eller udbytte, mens hensynet bag SL § 210 er at sikre, at selskabets kreditorer eller andre kapitalejere ikke lider et økonomisk tab ved kapitalejerlån. Begge regler har det til fælles, at de er til for at hindre, at der opstår situationer, hvor et lån ikke bliver tilbagebetalt.

Skatteministeriets udtalelse i bilag 14 til L 199 har skabt en vis usikkerhed om den skatteretlige fortolkning af begrebet, og bemærkningerne til lovforslaget giver kun en begrænset vejledning. Dette øger risikoen for fortolkningsvanskeligheder, som kan medføre fejlpositioner, hvilket er u hensigtsmæssigt, da disse situationer i praksis ofte er forekommende.

Skatterådet afgav den 22. januar 2013¹⁴⁰ deres første bindende svar i forbindelse med LL § 16 E, hvor de fik lejlighed til at vurdere, hvorvidt en enkeltstående disposition kan anses som en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Situationen var den, at en personlig hovedkapitalejer ønskede at købe en nyopført ejendom af sit selskab, som selskabet selv havde opført og ejede. Prisen var fastsat i forhold til opførelsesomkostningerne, mens ejendommens markedsvurdering lå under ejendommens opførelsesomkostninger. Dette resulterede i, at kapitalejeren ikke kunne få finansieret købet fuldt ud gennem realkreditinstituttet. I forbindelse hermed ville selskabet i stedet yde et lån til hovedkapitalejeren i form af et sælgerpantebrev på markedsvilkår.

¹³⁶ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016, s. 4, 1. spalte

¹³⁷ Se mere om denne skatteretlige tilgang i afsnit 5.2.3.1

¹³⁸ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016, s. 6, 1. spalte

¹³⁹ L 199, bilag 14 s. 6

¹⁴⁰ SKM 2013.113.SR

Skatterådet skulle tage stilling til, hvorvidt dette kunne anses som en sædvanlig forretningsmæssig disposition, og kom til det overraskende resultat, at dispositionen ikke kunne betragtes som sædvanlig forretningsmæssig. Begrundelsen var, at der alene kan være tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition efter LL § 16 E, hvis selskabet løbende har den pågældende type transaktioner med uafhængige parter og på tilsvarende vilkår.

Resultatet af Skatterådets afgørelse er blevet anset for at udgøre en snæver fortolkning af selskabsloven i strid med en langvarig praksis.¹⁴¹ John Bygholm har sammen med flere andre kritiseret SKAT's bindende svar og udtalt: *"Denne konklusion forekommer alt for vidtgående og uholdbar selskabsretligt, og som følge heraf er den også for vidtgående og uholdbar rent skattemæssigt."*¹⁴²

SKAT har efterfølgende knyttet en yderligere kommentar til deres bindende svar fra 2013, hvori de skriver, at hvis et selskab kan dokumentere de følgende 4 betingelser, så vil sælgerpantebrevet ikke være skattepligtigt for låntageren:

- i. at det er sædvanligt med sælgerpantebreve ved den konkrete type handler,
- ii. at det må anses for dokumenteret at et tilsvarende sælgerpantebrev ville indgå i en tilsvarende handel med en uafhængig tredjemand,
- iii. at selskabet ville indgå tilsvarende handler med uafhængig tredjemand,
- iv. og at der i givet fald er optaget maksimal ekstern finansiering (realkreditlån eller lignende).¹⁴³

Denne yderligere kommentar læner sig mere op af den selskabsretlige praksis for ejendomshandler med sælgerpantebreve, og udelukker ikke at en tilsvarende sag vil kunne få et andet udfald, hvorefter at hovedkapitalejeren ikke ville blive skattepligtig af sælgerpantebrevet.

I 2014 skete der en større praksisændring, da SKAT kom med deres bindende svar i SKM2014.107.SR. Her forlod SKAT og Skatterådet deres vidtgående synspunkt, som tidligere udtrykt.

I SKM2014.107.SR skulle Skatterådet vurdere, om en refusionsopgørelse ved en ejendomsoverdragelse mellem den fysiske hovedkapitalejer og selskabet, som endda var i selskabs favør, skulle anses for et kapitalejerlån omfattet af LL § 16 E, eller en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Ligeledes skulle det vurderes, om den kontante betaling kunne ske pr. overtagelsesdatoen, selvom denne lå senere end datoen for afgivet underskrift. Hertil svarede Skatterådet, at der ikke ville opstå et skattepligtigt lån, så længe købesummen blev berigtiget på overtagelsesdagen, selv om denne lå senere end datoen for afgivet underskrift. Dette fulgte af, at hovedkapitalejeren først havde pligt til at berigtige købesummen på overtagelsesdagen.

Efter SKM2013.113.SR burde der kun kunne være tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, hvis selskabet *"sædvanligvis"* foretager den pågældende disposition, men dette blev modificeret i SKM2014.107.SR. Skatterådet anførte her, at hvis selskabet ikke løbende foretager dispositioner af den pågældende karakter med uafhængige parter, skal det vurderes, om selskabet *"ville have foretaget"* tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Der skal dermed foretages en konkret vurdering af,

¹⁴¹ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinsiering, s. 126

¹⁴² Bygholm: Skatterådet på afveje i afgørelse om aktionærlån, s. 2, 2. spalte

¹⁴³ J.V., C.B.3.5.3.3, version 2.7

om den pågældende disposition uagtet kan karakteriseres som en sædvanlig forretningsmæssig disposition. I den pågældende situation ansås refusionsopgørelsen med betaling på markedsvilkår som sædvanlige ved ejendomshandler, hvorfor hovedkapitalejeren ikke blev skattepligtig af opgørelsen, da det blev vurderet, at selskabet ville have foretaget transaktionen på samme vilkår med uafhængige parter. I lignende situationer skal der dermed foretages en konkret vurdering af, om selskabet ”ville have foretaget” en tilsvarende transaktion med uafhængige parter. Formålet med LL § 16 E og dens undtagelser er dermed blevet mere overensstemmende med selskabslovens praksis, da fortolkningen afspejler, at man vil tillade selskabets sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, hvis ikke kapitalejeren har haft til hensigt at stille sig selv bedre og herved udnyttet sin bestemmende indflydelse til at opnå en økonomisk fordel. Efterfølgende har fortolkningen været anvendt i flere af Skatterådets bindende svar.¹⁴⁴ Den skatteretlige praksis af begrebet ”sædvanlig forretningsmæssig disposition”, bygger primært på bindende svar afgivet af Skatterådet, SKAT og forarbejderne til loven. Alle sagerne er forskellige, hvilket præger udfaldet, og gør det umuligt at sige, om samme resultat ville gøre sig gældende i en lignende sag.

På baggrund af gennemgået praksis gives her et overblik over, hvilke forhold der taler for og imod, hvorvidt en disposition skatteretligt vil blive anset for at være sædvanlig forretningsmæssig:

Forhold der taler **imod** en sædvanlig forretningsmæssig disposition:

1. Lån til etablering af drift af concernforbundne selskaber uagtet en mulig forøget samhandel og forretningsmæssig begrundelse.¹⁴⁵
2. Lån m.v. til kommanditselskaber, hvori der indgår 10,5% minoritetskapitalejer er ikke nok til at sandsynliggøre at tilsvarende lån ville være ydet til en uafhængig tredjemand.¹⁴⁶
3. Et selskabs udlån til et I/S eller K/S, hvor kapitalejeren ligeledes har ejerandele i det långivende selskab.¹⁴⁷
4. Lån til et datterselskabs køb af en fast ejendom, som datterselskabet efterfølgende skal leje sig ind i.¹⁴⁸
5. Udlån, hvor det långivende selskab ikke før har foretaget netop samme dispositioner med uafhængige parter.¹⁴⁹
6. Udlån som ikke ydes ”som led” i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.¹⁵⁰

Forhold der taler **for** en sædvanlig forretningsmæssig disposition:

1. Udlån m.v. der opstår som led i kapitalejerens almindelige samhandel med selskabet og som sker på sædvanlige kreditvilkår.¹⁵¹

¹⁴⁴ SKM 2014.14, SKM 2014.15, SKM 2014.16, SKM 2014.107

¹⁴⁵ SKM 2014.14.SR

¹⁴⁶ SKM 2014.14.SR

¹⁴⁷ SKM 2014.16.SR

¹⁴⁸ SKM 2014.16.SR

¹⁴⁹ SKM 2014.16.SR

¹⁵⁰ SKM 2014.14.SR og SKM 2014.16.SR

¹⁵¹ Alm. bemærkninger til L 199

De ovenfor nævnte forhold har gjort sig gældende i hhv. SKM 2014.14.SR og SKM 2014.16.SR, og viser tydeligt, at Skatterådets fortolkning afgøres efter, om tilsvarende transaktion har været foretaget mellem uafhængige parter.

3.5.3.1 Egentlige lån og ikke-egentlige lån

Skatterådet har ved bindende svar i SKM2014.14.SR, SKM2014.15.SR, SKM.2014.16.SR, SKM2014.17.SR, SK2014.107.SR, SKM2014.294.SR, SKM2014.663.SR, SKM2014.709.SR og SKM2014.712.SR fortolket LL § 16 E således, at der består en sondring mellem egentlige lån og ikke-egentlige lån.

Et ikke-egentligt lån fortolkes af Skatterådet som lån, der ydes som led i et eller flere øvrige selskabsretlige anliggender, dvs. hvor der består flere selskabsretlige led i relation til det ydede lån. Hvor et selskab yder et ikke-egentligt lån, vil dette lån kunne undgå beskatning, såfremt det anses for at være ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Et ikke-egentligt lån vil typisk opstå som led i kapitalejerens almindelige samhandel med selskabet.

Hvor der derimod er tale om egentlige lån er disse ikke omfattet af undtagelsen ”sædvanlig forretningsmæssige dispositioner”. Egentlige lån vil derfor som udgangspunkt blive beskattet.

Denne sondring mellem egentlige og ikke-egentlige lån, begrundes af Skatterådet med, at egentlige lån ikke er omfattet af undtagelsen i LL § 16 E 2. pkt. 1. led, om lån, der ydes som ”led” i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, eftersom lånet er en enkeltstående disposition, som ikke er knyttet til en underliggende disposition. Såfremt undtagelsen i bestemmelsens 1. led om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner også omfattede egentlige lån, ville undtagelsen i bestemmelsens 2. led om sædvanlige lån fra pengeinstitutter være overflødig, da sådanne lån allerede ville være omfattet af 1. led.¹⁵²

Den eneste forskel mellem LL § 16 stk. 1, 1. og 2. led er ordet ”forretningsmæssige”. Dermed skal lån fra pengeinstitutter være sædvanlige, men der er ikke noget krav om, at de skal være ”forretningsmæssige”. Det er ganske naturligt, at udlån fra pengeinstitutter altid vil være sædvanlige, hvorfor de altid kan udlåne penge til hovedkapitalejere uden at udlånene nødvendigvis er forretningsmæssige for pengeinstituttet. Egentlige lån vil således kun kunne undtages fra beskatning efter LL § 16 E, såfremt de er sædvanlige lån ydet fra pengeinstitutter eller lån til selvfinansiering.

Skatterådes fortolkning af bestemmelsens ordlyd indskrænker dens anvendelsesområde og strider mod den fortolkning som Erhvervsankenævnet¹⁵³ har af den selskabsretlige undtagelse for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Herudover har fortolkningen ingen støtte i forarbejderne.¹⁵⁴ Der er bestemt ingen indikationer for, at formålet med undtagelsen i 2. led skulle være at indskrænke anvendelsesområdet i bestemmelsens 1. led, eller omvendt at undtagelsen i 1. led ville have været bredere hvis undtagelsen i 2. led ikke havde bestået.¹⁵⁵ Der findes heller ikke andre fortolkningskilder, som ville kunne begrunde Skatterådets fortolkning, hvorfor Skatterådets fortolkning må anses for at være særdeles vidtgående og uhensigtsmæssig.

¹⁵² Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 5, 2. spalte

¹⁵³ Erhvervsankenævnets kendelse af 28.01.2013, J.nr.2012-0026400

¹⁵⁴ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 5, 2. spalte

¹⁵⁵ Gianelli: TFS 2014, 205, s. 1307, 1. spalte

Det forhold at egentlige lån efter Skatterådets mening ikke er omfattet af undtagelsen om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, medfører en indskrænket fortolkning af undtagelsen, således at flere dispositioner anses for skattepligtige. Denne fortolkning bevirker uklarhed for skatteyderne, hvilket kan medføre uforudsete skattemæssige konsekvenser.

For at undgå at der ved hvert kapitalejerlån skal tages stilling til, hvorvidt der er tale om et egentligt lån eller et andet lån, kunne det være simpelt, hvis alle egentlige lån ikke blev anset for at være sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, og derved skulle beskattes. En sådan forenkling ville dog medføre, at SKAT ikke skulle foretage en konkret vurdering af hver disposition, hvilket ville være at sætte skøn under regel, som er i strid med forvaltningsretten. Her vil altså mangle hjemmel til generelt at afskære egentlige lån fra undtagelsen for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.

3.6 Skattemæssige konsekvenser af hævninger uden tilbagebetalingspligt

Økonomisk bistand, som falder ind under LL § 16 E, skal behandles efter skatterettens regler for hævninger uden tilbagebetalingspligt. Efter disse regler omkvalificeres lånet enten til løn eller udbytte, hvorefter de samtidig omfattes af de almindelige regler for selskabers indberetnings- og indeholdelsespligt i skattekontrolloven og kildeskatteloven.

Beskatningen af lønnen eller udbyttet foregår uafhængigt af de selskabsretlige regler. Omkvalifikationen af lånet til enten løn eller udbytte er således en ren skatteretlig fiktion, som kan gøre kapitalejerlånet til en tung økonomisk byrde for kapitalejeren, især i de tilfælde hvor han beskattes af en fiktiv indkomst.¹⁵⁶

3.6.1 Beskatning af långiver

Reglen om at kapitalejerens lån i selskabet anses for en ”hævning uden tilbagebetalingspligt” gælder både i forhold til kapitalejerens og selskabets skattemæssige behandling af dispositionen. Denne behandling er for selskabet delvist afledt af de konsekvenser, som vedrører låntager, eftersom fradragsretten for selskabet er afhængig af, om dispositionen anses som løn eller udbytte.

Et kapitalejerlån kan omkvalificeres til løn, såfremt kapitalejeren er ansat i selskabet, og hævningen sammen med den normale løn og andet vederlag, kan anses for en rimelig aflønning af kapitalejerens arbejde i selskabet. Denne omkvalificering medfører, at selskabet jf. SSL § 6, litra a kan fradrage beløbet som en driftsomkostning. Selve fradragsretten indtræder i det indkomstår, hvor hævningen sker, uanset den regnskabsmæssige behandling.¹⁵⁷

Anderledes forholder det sig med en hævning, som kvalificeres som udbytte. Her kan selskabet ikke skattemæssigt fradrage beløbet. Eventuelle renteindtægter er dog skattepligtige for selskabet som tilskud.¹⁵⁸

Det særlige vedrørende selskabets fradragsret ved en omkvalificering som løn opstår, når lånet skal tilbagebetales efter selskabsretten, hvorfor en tilbagebetaling ikke skal medregnes ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst, jf. LL § 16 E stk. 2.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinsiering, s. 105

¹⁵⁷ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinsiering, s. 110

¹⁵⁸ L 199 som fremsat, s. 27, spalte 2

¹⁵⁹ L 199 som fremsat, s. 28, spalte 1 og 2

Herved opnår selskabet et ”gratis fradrag”, selv om der selskabsretligt og regnskabsmæssigt fortsat er tale om et lån.¹⁶⁰ Dermed kan en tilbagebetaling ske helt uden skattemæssige konsekvenser for selskabet, da lovgivers hensigt i forbindelse med indførelsen af LL § 16 E var at undgå en dobbeltbeskatning af selskabet.

LL § 16 E stk. 2 er blevet kritiseret af Danske Advokater, da de ikke mener, at et ”gratis fradrag” er en måde at undgå dobbeltbeskatning på, men blot en måde at genere en skatteretlig fordel.

3.6.2 Selskabets indeholdelse af kildeskat

Kildeskatteloven indeholder regler om, at udbetaleren af udbytte eller løn, dvs. selskabet, skal indeholde kildeskat af beløbet, henholdsvis A-skat, jf. KSL § 46 samt AM-bidrag, jf. KSL § 49 B, eller udbytteskat jf. KSL § 65. Eftersom indeholdelse af A-skat og udbytteskat skal ske senest på udbetalingstidspunktet, vil hævninger fra danske selskaber omfattet af LL § 16 E formentlig i praksis medføre en overtrædelse af indeholdelsespligten, da denne ikke vil blive efterlevet i praksis.¹⁶¹ Hvis overtrædelsen sker ved fortsat eller grov uagtsomhed er straffen bøde efter SKL § 14 stk. 2.

Overtrædelsen af manglende indeholdelse af kildeskat kan også medføre at selskabet bliver ansvarlige overfor det offentlige, hvis det kan godtgøres, at selskabet har udvist forsømmelighed, jf. KSL § 69 stk. 1. Hvis selskabet har udvist forsømmelighed hæfter de solidarisk med kapitalejeren, der i forvejen er ansvarlig efter KSL § 68. Denne bestemmelse er også grundlag for, at ikke-indeholdte beløb i praksis først opkræves hos kapitalejeren, således at skatten reguleres over årsopgørelsen.¹⁶²

I de tilfælde hvor SKAT gør hæftelsen for kildeskatten gældende overfor selskabet, og selskabet indbetaler kildeskatten for kapitalejeren, får de et regreskrav mod kapitalejeren for den betalte skat.

Spørgsmålet bliver dernæst, hvorvidt dette regreskrav skal anses som et nyt lån fra selskabet til kapitalejeren. Hertil har Skatteministeriet anført, at eftersom lånet er afhængigt af, hvorledes SKAT opkræver den ikke indeholdte skat, vil der som udgangspunkt ikke være tale om et nyt skattepligtigt kapitalejerlån.¹⁶³

Hvor kapitalejeren indbetaler beløbet til selskabet inden udløbet af selskabets selvangivelsesfrist for det indkomstår, hvor kapitalejerlån blev udbetalt, opstår der ikke noget nyt kapitalejerlån.

Hvor denne selvangivelsesfrist passerer, må kildeskatten dog anses for et nyt skattepligtigt kapitalejerlån.¹⁶⁴ Kapitalejeren kan dermed risikere at skulle betale skat af skat.

3.6.2 Beskatning af låntager

Reglen i LL § 16 E indeholder ikke en hjemmel til beskatning af selve lånet, men det følger af bestemmelsen, at kapitalejerlån også for låntager skal behandles som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Afhængigt af låntagers forhold til selskabet skal beskatningen enten ske som udbytte eller som lønindkomst.

¹⁶⁰ Ramskov: TfS 2013, 354, s. 7

¹⁶¹ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 110

¹⁶² J.V., C.B.3.5.3.3, version 2.7 og J.V., G.A.3.3.7.2.2, version 2.7

¹⁶³ L 199, bilag 16

¹⁶⁴ J.V., C.B.3.5.3.3, version 2.7

Udgangspunktet er, at udbetalingen skal beskattes som udbytte,¹⁶⁵ hvilket medfører, at beløbet beskattes i kapitalejerens aktieindkomst, jf. PSL § 4 a, stk. 1, med en skatteprocent på enten 27%¹⁶⁶ eller 42%, jf. PSL § 8 a, stk. 1 og 2.

Hvis kapitalejeren er ansat i selskabet, og udbetalingsbeløbet kan anses for en ”rimelig aflønning” for låntagers arbejdsindsats, kan beløbet i stedet beskattes som løn.¹⁶⁷ Med ordvalget ”kan” lægger bemærkningerne op til, at der er valgfrihed mellem, hvorvidt et lån beskattes som løn eller udbytte. Hvorvidt der er tale om en ”rimelig aflønning”, må være op til en konkret bedømmelse.

Kvalificeres lånet som løn, beskattes beløbet under den personlige indkomst, jf. PSL § 3 stk. 1, hvor AM-bidraget fastsættes på baggrund af den gældende sats i AML § 1. Marginalskatten i en gennemsnitskommune vil i 2017 kunne komme helt op på 56,4%. Hvis lånet er ydet fra et selskab med hjemting i udlandet til en dansk kapitalejer hjemmehørende i Danmark, vil der være tale om B-indkomst i stedet for A-indkomst.¹⁶⁸

Det forhold at lånet skattemæssigt anses for en hævning uden tilbagebetalingspligt medfører tillige, at der i skattemæssig henseende ikke foreligger en gæld for låntager, hvorfor der skattemæssigt ikke er renter på lånet. De renter, som kapitalejeren betaler til selskabet vurderes som et tilskud, hvorfor kapitalejeren ikke kan få fradrag for disse renter, som selskabet har ret til.

Den manglende fradragsret for låntager medfører ikke skattefrihed, når kapitalejeren på ny hæver beløbet som eksempelvis udbytte eller likvidationsprovenu. Her sker således en dobbeltbeskatning af renterne.

LL § 16 E, stk. 2 er blevet dybt kritiseret bl.a. af Danske Advokater. Danske Advokater udtrykker deres modstand mod den dobbeltbeskatning der rammer låntager, som skal betale en skat uden at have fået likvider til det.

Danske Advokater mener, at man alene kan løse problemet ved at lade beskatningen frafalde, såfremt beløbet tilbagebetales. Således sikres beskatningen mod de tilfælde, hvor lånet ikke betales tilbage.¹⁶⁹

I lovforslaget til indførelsen af LL 16 E er det bemærket, at der ikke kan ske en sådan genoptagelse af beskatningen, da det svarer til, at det heller ikke er muligt at ophæve beskatningen ved tilbagebetaling af løn eller udbytte.¹⁷⁰

3.6.2.1 Beskatning af nærtstående

Personkredsen i LL § 16 E henviser til LL § 2, hvorefter lån ydet til kapitalejerens nærtstående ligeledes er omfattet af bestemmelsen.¹⁷¹

I de tilfælde hvor lånet er ydet til kapitalejerens nærtstående, kan kapitalejeren dog alligevel risikere at blive beskattet. Dette afhænger af, om den nærtstående er kapital-ejer, ansat i selskabet eller en helt udenforstående person.¹⁷²

¹⁶⁵ L 199 som fremsat, s. 27, spalte 1

¹⁶⁶ Progressionsgrænsen for aktieindkomst i 2017: 51.700 kr. For gifte gælder det dobbelte beløb: 103.400 kr.

¹⁶⁷ L 199 som fremsat, s. 27, spalte 1

¹⁶⁸ Bygholm og Larsen: SR 2014.0200, s. 5, spalte 2

¹⁶⁹ L 199, bilag 8, s. 4

¹⁷⁰ L 199 som fremsat, s. 27, 2. spalte

¹⁷¹ Se en uddybning heraf under afsnit 3.3.2

¹⁷² L 199 som fremsat, s. 27, spalte 1

Hvor en nærtstående modtager lån fra selskabet, og hverken er kapitalejer eller ansat i selskabet, kan vedkommende ikke blive beskattet af udbytte eller løn. En sådan hævnning anses efter praksis i stedet at have passeret den nærtstående kapitalejer med bestemmende indflydelse, hvormed denne bliver beskattet som var det løn eller udbytte.¹⁷³ Den nærtstående person, med undtagelse af en kapitalejers ægtefælle¹⁷⁴, vil herefter skulle gavebeskattes med 15% af lånebeløbet, hvis det overstiger 62.900 kr., jf. BAL §§ 22 stk. 1 og 23.

3.6.3 Delkonklusion - dobbeltbeskatning

Det kan udledes af det ovenstående, at der vil kunne forekomme en dobbeltbeskatning af kapitalejeren i de tilfælde, hvor kapitalejeren tilbagebetaler lånet. Dobbeltbeskatningen indtræder, eftersom lånet anses som en hævnning uden tilbagebetalingspligt, hvorefter en tilbagebetaling ikke får nogle skattemæssige konsekvenser.

Kapitalejeren vil ved en tilbagebetaling af lånet kunne blive ramt af dobbeltbeskatning, da han beskattes ved optagelse af lånet samt eventuelt oppebærer en "strafrente", jf. SL § 215 uden fradrag herfor. Hvor kapitalejeren efterfølgende får udbetalt løn eller udbytte, vil det medføre endnu en beskatning, selvom beløbet reelt set kun er realiseret én gang.

Lovbemærkningerne til L 199 begrundede dobbeltbeskatningen med at:

*"Selv om der civilretligt fortsat kan være tale om et ulovligt aktionærlån, der skal tilbagebetales, vil en tilbagebetaling af det ulovlige lån ikke føre til en genoptagelse af beskatningen af lånet hos aktionæren. Dette svarer til, at det ikke er muligt at ophæve beskatningen ved tilbagebetaling af løn eller udbytte."*¹⁷⁵

Selv om at beskatningen må anses for at være vidtgående, er selve lovbemærkningen korrekt, idet lånet efter LL § 16 E omkvalificeres. Det forhold at udtalelsen fra skatteministeriet er korrekt, gør den ikke mindre vidtgående, da kapitalejeren de facto efter en tilbagebetaling af lånet er blevet beskattet af en indtægt, som han efterfølgende har tilbagebetalt.¹⁷⁶

De økonomiske konsekvenser kan illustreres med et eksempel: En kapitalejer med bestemmende indflydelse ønsker at købe et nyt hus, og mangler penge til udbetalingen, hvorfor han låner 1.000.000 kr. af selskabet, jf. LL § 16 E. Lånet anses som om der er sket en hævnning som udbytte, hvorefter kapitalejeren beskattes med 42% af lånebeløbet, jf. PSL § 8 a, stk. 2.¹⁷⁷ Omregnet betyder det, at kapitalejeren skal betale 420.000 kr. i skat, hvilket hans privatøkonomi ikke kan holde til. Han hæver derfor et nyt udbytte fra selskabet på 740.000 kr., hvilket udløser en ny beskatning på ca. 310.800 kr. Kapitalejeren kan i alt ende med at betale en skat på 730.800 kr. for at have lånt 1.000.000 kr., som han fortsat har pligt til at tilbagebetale til selskabet.¹⁷⁸ Tilmed er selskabet blevet drænet for 730.800 kr., som er gået direkte til statskassen.

Beskatningen, som eksemplificeret ovenfor, ville havde fundet sted uanset om lånet havde opfyldt betingelserne for et lovligt kapitalejerlån efter selskabslovens § 210. I de

¹⁷³ L 199 som fremsat, s. 27, spalte 1

¹⁷⁴ Jf. BAL § 22, stk. 3, jf. dog § 24, stk. 3

¹⁷⁵ L 199 som fremsat, s. 27, spalte 2

¹⁷⁶ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinsiering, s. 130

¹⁷⁷ Det antages i eksemplet, at kapitalejeren har modtaget udbytte op til progressionsgrænsen.

¹⁷⁸ I eksemplet er der ikke medregnet renter eller gebyrer i forbindelse med lånet.

tilfælde, hvor der er tale om et lovligt kapitalejrlån, må beskatningen anses for helt ude af proportioner, da der ingen overensstemmelse består mellem selskabslovens lovliggørelse og mangel på samme i skatteloven. Den manglende refusion af skatten til kapitalejeren i forbindelse med tilbagebetalingen af kapitalejrlånet anses nærmere for en straf end en skat til statskassen.¹⁷⁹

3.7 Hvordan kan de skattemæssige konsekvenser undgås?

Udgangspunktet er, at der altid vil ske en beskatning af kapitalejrlån, som ydes til en fysisk person med bestemmende indflydelse efter LL § 16 E, jf. LL § 2. Der kan dog forekomme tilfælde, hvor skatteyderen ønsker at ændre en disposition for at undgå de barske skattemæssige konsekvenser. Dette kan ske ved en fejlrettelse eller ved omgørelse efter SFL § 29, som følger de almindelige regler herom.¹⁸⁰ En anden mulighed for at undgå de skattemæssige konsekvenser er, hvis hovedkapitalejeren påtager sig en betalingsforpligtelse i forlængelse af en betalingskorrektio n foretaget af SKAT.

3.7.1 Fejlrettelse

Er et kapitalejrlån opstået ved en ren fejl disposition, kan fejlen rettes uden at søge om omgørelse efter SFL § 29.¹⁸¹ Hvis blot fejlen rettes med det samme, kan der herved undgås beskatning efter LL § 16 E.¹⁸² Der er intet i forarbejderne, som beskriver begrebet ”fejlekspeditioner”, men SKAT’s juridiske vejledning anfører, at det eksempelvis er penge, der er blevet overført ved en fejl.¹⁸³

3.7.1.1 Modregning i kapitalejrens fordring på løn

Skatteministeren har i et svar til BDO bekræftet, at et udbetalt lån, som efterfølgende bogføres som løn, ikke har yderligere skattemæssige konsekvenser for kapitalejeren, forudsat at beløbet allerede på udbetalingstidspunktet opfylder betingelserne for at kunne behandles som løn.¹⁸⁴ Dette synspunkt kan sandsynligvis forklares med, at kapitalejeren skatteretligt ikke opnår et yderligere krav på løn, da lånet blot modregnes i kapitalejrens fordring på løn. Omposteringen formaliserer kapitalejrens ret til det beløb, som han i forvejen har erhvervet ret til og er skattepligtig af, mens det eliminerer en eventuel tilbagebetalingspligt, der måtte bestå ved et udbetalt lån.¹⁸⁵

Et eksempel på en fejlekspedition kunne være det tilfælde, hvor en fysisk hovedkapitalejer låner et beløb af selskabet, og selskabets revisor efterfølgende gør opmærksom på konsekvenserne heraf, hvorefter selskabet ønsker at bogføre beløbet som en lønomkostning. I det pågældende tilfælde, vil en efterfølgende bogføringsmæssig ompostering til løn accepteres uden en yderligere beskatning, så længe at betingelserne for at behandle udbetalingen som løn er opfyldt. Disse betingelser omfatter bl.a. at den samlede løn + låneprovenuet ikke overstiger et rimeligt vederlag for hovedkapitalejrens arbejde, samt hvad der er aftalt i hans ansættelseskontrakt.^{186,187}

Hvis det i ansættelseskontrakten eller direktøraftalen er aftalt, at selskabet afholder direktørens private udgifter til eksempelvis børnepasning, madindkøb eller lignende, vil

¹⁷⁹ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 130

¹⁸⁰ L 199, bilag 21, s. 7-8

¹⁸¹ L 199, bilag 21, s. 8

¹⁸² Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 7, 1. spalte

¹⁸³ J.V., C.B.3.5.3.3, version 2.7

¹⁸⁴ L 199, bilag 16, s. 3

¹⁸⁵ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 136

¹⁸⁶ L 199, bilag 16, s. 2-3

¹⁸⁷ Guldmann, Weitemeyer og Hove: RR.2014.08.0016 s. 7, 1. spalte

disse private udgifter først kunne opgøres senere, men skal behandles som løn, både skatteretligt og selskabsretligt.¹⁸⁸

Det er dog vigtigt at bemærke, at modregningen ikke kan ske med tilbagevirkende kraft. Det afgørende er, at der regnskabsmæssigt og selskabsretligt består en gyldig lønftale, som skaber et grundlag for, at kapitalejeren kan få et løntilgodehavende mod selskabet, som kan bruges til modregning i et eventuelt kapitalejerlån.

3.7.1.2 Modregning i kapitalejerens fordring på udbytte

I Skatteministerens svar til BDO¹⁸⁹ blev det alene bekræftet, at der kunne ske en efterfølgende bogføringsmæssig omkvalifikation af lånet til en lønomkostning, og at dette ikke ville udløse en yderligere beskatning af kapitalejeren. Samme synspunkt må formentlig også gælde ved kapitalejerlån, som er blevet beskattet som udbytte. Hvis der i selskabet er en tilstrækkelig fri egenkapital, der kan rumme en udbytteudlodning svarende til lånebeløbet, og alle de selskabsretlige betingelser for udlodning af udbytte respekteres, må kapitalejeren kunne legalisere lånet selskabsretligt, så beskatning af kapitalejeren undgås. Det må i den forbindelse også kræves, at der mellem selskabet og kapitalejeren er en aftale, hvoraf det fremgår, at udbyttet er øremærket udligningen af kapitalejerlånet, eller at det i øvrigt fremgår af omstændighederne.¹⁹⁰

Væsentligt ved en sådan ompostering er udbytteskatten på 27%, som selskabet ikke selv kan afregne til SKAT, uden at der opstår et nyt kapitalejerlån. For at undgå at der opstår et nyt kapitalejerlån, skal kapitalejeren indbetale skatten til selskabet forinden eller samtidig med selskabets betaling til SKAT. En anden løsning kunne være, at selskabet udlodder yderligere udbytte til kapitalejeren, der efter at udbytteskatten er trukket fra, anvendes til afregning af den udbytteskat, som vedrører kapitalejerlånet.¹⁹¹

Det er uklart, hvor lang tid der i praksis kan gå, før fejlen bør være rettet for at undgå beskatning. Dette vil formentlig afhænge af størrelsen på beløbet, samt den tid, der går fra at dispositionen opdages, til at den rettes.¹⁹² I SKM2014.17SR fandt Skatterådet, at en enekapitalejers hævnning af midler i den tro, at hævningerne lå inden for det deklarerede udbytte, skulle beskattes efter LL § 16 E. Den overskydende hævnning var tilbagebetalt til selskabet i to dele, henholdsvis ca. 1 måned og ca. 3 måneder efter, at beløbet var blevet hævet. Disse dispositioner blev ikke anset for at være fejlekspeditioner, hvorfor de skulle beskattes efter LL § 16 E. Det har formentlig haft en betydning, at enekapitalejeren havde foretaget flere fejlekspeditioner, samt at det hævdede beløb fra selskabet i alt udgjorde 1.125.000 kr.

3.7.2 Omgørelse efter SFL § 29

Hvis dispositionen ikke kan kvalificeres som en fejl, kan der søges om omgørelse efter SFL § 29.¹⁹³ Den lovhjemlede fortrydelsesret efter SFL § 29 gør det muligt for skatteyderen under visse betingelser, at tilbageføre eller korrigere en disposition således, at der sker en omgørelse af den oprindelige disposition. En omgørelse vil medføre, at lånet ikke anses for at have eksisteret, hvormed der ikke indtræder beskatning efter LL § 16 E.

¹⁸⁸ Ramskov: TFS 2013, 354, s. 13

¹⁸⁹ L 199, bilag 16, s. 3

¹⁹⁰ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerslån & Selvfinansiering, s. 139

¹⁹¹ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerslån & Selvfinansiering, s. 139

¹⁹² Kruhl og Sørensen: Kapitalejerslån & Selvfinansiering, s. 129

¹⁹³ L 199, bilag 21, s. 8

For at der kan foretages en omgørelse, kræves der en tilladelse fra SKAT, som kun kan gives, hvis det ud fra en konkret vurdering bedømmes, at *alle* 5 betingelser i SFL § 29 er opfyldt. Ved vurderingen lægges der vægt på, om dispositionen er båret af hensynet til at spare skat, om dispositionen utvivlsomt har haft væsentlige utilsigtede skattemæssige virkninger, om dispositionen er lagt klart frem for myndighederne og slutteligt, skal ændringen af dispositionen være enkel og overskuelig.

Det kan forventes, at skattemyndighederne i praksis vil være tilbageholdende med at acceptere en omgørelse efter SFL § 29. Dette understøttes af både lovbemærkningerne og skatteministerens svar til FSR – danske revisorer i bilag 21 til lovforslaget L 199. Heraf fremgår det, at hvis en kapitalejer i en konkret situation ikke var *vidende* om de skattemæssige konsekvenser ved at optage et kapitalejerlån, vil der være mulighed for omgørelse. Det er netop denne betingelse, kapitalejeren kan have svært ved at opfylde, da skatteministeren i relation hertil har det udgangspunkt, at en skatteyder bør være bekendt med loven. Da det fremgår af loven, at der består en beskatningspligt for kapitalejerlån, vil de skattemæssige konsekvenser således efter Skatteministerens opfattelse, i mange tilfælde ikke være ”utilsigtede”, jf. betingelse nr. 2 i SFL § 29 stk. 1.

Det må anses som en voldsom indskrænkning af SFL § 29's anvendelsesområde, hvis det skal være et generelt udgangspunkt, at ingen dispositioner kan anses for utilsigtede, så længe konsekvenserne af disse er beskrevet i loven.

Omgørelsesbestemmelsen har til formål at sikre, at en skatteyder kan omgøre en disposition, hvis denne udløser væsentlige utilsigtede skattemæssige konsekvenser.¹⁹⁴ I forhold til kapitalejerlån må omgørelsesbestemmelsen anses for særlig vigtig, grundet det for kapitalejeren ”usynlige” samspil mellem SL § 210 og LL § 16 E. En kapitalejer har jo sjældent tilsigtet en beskatning af en indkomst, han reelt ikke får rådighed over.

Ikke desto mindre har den seneste praksis på området været meget restriktiv ved anvendelsen af SFL § 29. I en kendelse fra Landsskatteretten,¹⁹⁵ var der tale om en situation, hvor en fysisk person både drev en virksomhed i VSO samt et holdingselskab og et driftsselskab som anpartsselskaber. I opstartsfasen var driftsselskabet ikke blevet anmeldt som arbejdsgiver i Dataløn, hvorfor selskabet ikke kunne udbetale løn. I stedet blev pengene overført til den fysiske persons VSO, som afholdte lønudgifterne på vegne af driftsselskabet. De udbetalte beløb blev herefter omfattet af LL § 16 E, hvorefter skatteyderen ønskede en omgørelse af dispositionerne, jf. SFL § 29.

Landsskatteretten mente ikke, at betingelserne for omgørelse efter SFL var opfyldt, da dispositionen ikke kunne anses at have haft utilsigtede virkninger. Dette blev begrundet med, at udbetalingen fra driftsselskabet var sket til klageren, der som følge af sit ejerskab i selskabet havde anvendt sin bestemmende indflydelse på de omtalte dispositioner. Klageren burde dermed have forudset de skattemæssige konsekvenser, jf. LL § 16 E.

Selve afgørelsen kan ikke anses for at være et endegyldigt resultat af, hvorledes omgørelsessager generelt vil blive afgjort, da sagen ikke blev oplyst og fremlagt i tilstrækkeligt omfang. Klageren fremlagde i det væsentligste sin argumentation ud fra de materielle betingelser efter LL § 16 E, i stedet for at argumentere for betingelserne i SFL §

¹⁹⁴ Kruhl og Sørensen: Kapitalejerlån & Selvfinansiering, s. 147

¹⁹⁵ Landsskatterettens kendelse, J.nr.: 13-0250447

29. En mere fyldestgørende fortolkning af SFL § 29's anvendelsesområde for kapitalejrlån må afventes, indtil domstolene får fastlagt fremtidig retspraksis. Indtil da må mulighederne for omgørelse af skattepligtige kapitalejrlån anses for indskrænket.

3.7.3 Betalingskorrektion

Samtidig med indførelsen af LL § 16 E blev reglen om betalingskorrektion i LL § 2 stk. 5 ændret. Her blev indsat en ny betingelse, som gik ud på, at såfremt betalingskorrektion bliver påberåbt, så skal forpligtelsen til tilbagebetaling ske på markedsmæssige vilkår.

LL § 2 stk. 5 giver SKAT mulighed for at foretage en betalingskorrektion. På denne måde vil skatteyderen kunne undgå den sekundære justering, som består i at hovedkapitalejeren skal beskattes af den økonomiske fordel, som han har opnået.

En betalingskorrektion kan eksempelvis forekomme, hvor en hovedkapitalejer ikke betaler markedsprisen for aktiver, han erhverver fra selskabet, eller hvis selskabet betaler overpris for aktiver, som købes fra hovedkapitalejeren. Den primære korrektion består i, at skatteopgørelsen rettes til hvad der burde være betalt.

Baggrunden for den nye betingelse var ifølge lovbemærkningerne, at man bl.a. ville undgå proforma-betalingsforpligtelser, hvor en betalingsforpligtelse aldrig bliver effektueret. Betalingsforpligtelsen vil alene kunne anses for at være på markedsvilkår, hvis skyldner utvivlsomt har betalingsevne eller kan stille betryggende sikkerhed. Med LL § 2 stk. 5 består der en mulighed for en betalingskorrektion med frigørende virkning for beskatning efter LL § 16 E, så længe der ikke bevidst er handlet til en for lav eller for høj pris. Dette betyder med andre ord, at der er plads til den almindelige skønsusikkerhed. Et eksempel herpå er, hvor en ejendom overdrages til en hovedkapitalejer til en pris på 4 mio. kr., men som efter SKAT's vurdering burde koste 4,3 mio. kr. Denne prisforskel anses som værende inden for den normale skønsusikkerhed og dermed ikke en klar underpris, hvorfor der ikke blev tale om et kapitalejrlån efter LL § 16 E.¹⁹⁶

Såfremt betingelserne om markedsvilkår ikke overholdes, kan der blive tale om, at forskelsbeløbet vil blive anset for at være et skattepligtigt kapitalejrlån.¹⁹⁷

3.7.4 Delkonklusion – Undgåelse af skattemæssige konsekvenser

De ovennævnte muligheder for at kunne undgå de skattemæssige konsekvenser, der måtte indtræde ved et selskabs lån til en kapitalejrer, må grundet det "usynlige" samspil mellem SL § 210 og LL § 16 E anses for at være praktisk vigtige.

Med den nye betingede lovliggørelse af SL § 210 kan der argumenteres for, at der i fremtiden vil opstå flere af disse "utilsigtede" beskatningssituationer, eftersom selskabsloven nu på visse betingelser tillader kapitalejrlån, uden at henviser til beskatningen heraf i LL § 16 E. For den enkelte skatteyder, kan det være svært at have overblik over de flere forskellige regelsæt, hvorfor der er et særligt behov for at kunne rette de fejl, som måtte opstå i forbindelse med optagelse af kapitalejrlån.

Det er derfor en nødvendig fordel, at det skattemæssigt er muligt at foretage en efterfølgende bogføringskorrektion således, at lånet kan modregnes i en fordring på løn eller udbytte og beskatningen efter LL § 16 E undgås. Udover at kunne modregne et optaget

¹⁹⁶ Alm. bemærkninger til L 199, s. 26, 1. og 2. spalte

¹⁹⁷ Kruhl og Sørensen: Kapitalejrlån og selvfinansiering s. 144

kapitalejerlån i en fordring på løn eller udbytte, er der også i SFL § 29 indsat en bestemmelse, hvorefter det principielt er muligt at omgøre dispositioner, hvis transaktionen ikke er afsluttet til priser eller på vilkår der følger armslængdeprincippet. Praksis på dette område er dog snævert, da skattemyndighederne har vist sig at være tilbageholdende med at godkende omgørelser efter SFL § 29.

3.8 Lån ydet forud for 14. august 2012

Ikrafttrædelsesdatoen for LL § 16 E var den 14. august 2012. Alle kapitalejerlån ydet før denne dato behandles ens såvel civilretligt som skatteretligt. Civilretligt er der tale om en fordring, som selskabet har på kapitalejeren, mens der for kapitalejeren skattemæssigt er tale om gæld.

Udgangspunktet er, at LL § 16 E ikke finder anvendelse på lån optaget forud for lovens ikrafttrædelse, uagtet at lånet stadig består efter denne dato. Modifikationen hertil er, hvis det allerede på tidspunktet for optagelsen af lånet stod klart, at kapitalejeren ikke var i stand til at tilbagebetale lånet.¹⁹⁸

I særlige tilfælde kan lån ydet før ikrafttrædelsesdatoen dog medføre beskatning efter LL § 16 E. Dette gør sig gældende, såfremt vilkårene for lånet ændres. Dette kan forekomme, hvis renten ændres, eller hvis betalingsfristen rykkes frem. Sådanne vilkårsændringer vil kunne medføre, at der vil være tale om et nyt lån, som skal beskattes efter LL § 16 E.

Det samme gør sig gældende, såfremt hovedkapitalejerens gæld til selskabet stiger, således at yderligere private udgifter bliver afholdt over mellemregningskontoen. Stigningen vil udgøre et nyt kapitalejerlån efter LL § 16 E.

4. Udviklingen i antallet af kapitalejerlån og revisionspligtige selskaber

De ovenstående afsnit har omhandlet henholdsvis indholdet af SL § 210 og LL § 16 E, samt konsekvenserne ved at optage et lovligt og ulovligt kapitalejerlån. Det følgende afsnit vil tage udgangspunkt i FSR – danske revisors analyser og surveys, som er udarbejdet på baggrund af data fra Experian. Hensigten med afsnittet er at finde frem til, om SKAT's og Erhvervsstyrelsens intention om at nedbringe antallet af kapitalejerlån er opnået ved indsættelsen af LL § 16 E.

Formålet med indsættelsen af LL § 16 E var at reducere antallet af de på det tidspunkt ulovlige kapitalejerlån og herved pålægge en form for ”økonomisk straf”, hvis kapitalejerlån på trods af forbuddet i SL § 210 alligevel blev optaget.

4.1 Udviklingen i antal og andel selskaber med kapitalejerlån

Denne analyse vil tage udgangspunkt i regnskaber hos selskaber med revisionspligt eller udvidet revision, da anmærkninger om kapitalejerlån kun kan opstå i disse to typer af erklæringer. Som det ses ud fra bilag 1, var der en generel stigning i antallet af kapitalejerlån i perioden før indsættelsen af LL § 16 E i 2012.

I 2006 var der 8.705 selskaber med kapitalejerlån svarende til 5,38% af datidens selskabspopulation. I perioden indtil udgangen af 2011 steg dette antal til sit højeste i 2011, hvor 16.427 selskaber havde kapitalejerlån svarende til 8,54% af datidens selskabspopulation. I perioden fra 2011 til 2014 skete dog et stort fald fra 16.427¹⁹⁹ til

¹⁹⁸ I et sådant tilfælde, vil der kunne ske en skattemæssig omkvalificering af lånet til løn, jf. SKM2012.661.VLR (erstatte SKM.2012.29.BR)

¹⁹⁹ Anmærkninger om ulovlige kapitalejerlån i 2011-regnskaberne

6.539²⁰⁰, hvilket svarer til, at antallet af kapitalejrlån i perioden næsten er halveret fra 8,54% til 4,31%. Antallet af anmærkninger om kapitalejrlån faldt igen året efter med 2.113 fra 2014- til 2015-regnskaberne, hvor antallet af anmærkninger om ulovlige kapitalejrlån var helt nede på 4.416.^{201,202}

Det markante fald gennem tiden kan skyldes flere årsager. Bilag 2 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*) viser et diagram over de forskellige årsager til faldet. Diagrammet viser et fald på 3.456 ulovlige kapitalejrlån i perioden 2013-2014. Opgjort i procenter skyldes faldet hovedsageligt selskabernes fravalg af revision, som udgør 42% af det samlede fald. 38% af faldet skyldes netto-berigtigede lån, mens kun 20% af faldet skyldes, at selskabet er gået konkurs eller har undladt at indlevere et regnskab.

4.2 Analyse af årsagerne til faldet i antallet af ulovlige kapitalejrlån i perioden 2013-2014-regnskaberne

4.2.1 Fravalg af revision

En af årsagerne til faldet kan forklares med antallet af selskaber, som har fravalgt revision eller udvidet gennemgang. I bilag 3 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*) kan denne udvikling ses, og det fremgår heraf, at der tilbage i 2006 alene var 12 selskaber, som havde fravalgt revision, mens antallet i 2014 er steget helt op til 72.785. Fravalget medfører, at en lang række kapitalejrlån aldrig kommer frem i offentlighedens lys. Dette betyder også at hele 72.785 selskaber ikke indgår i statistikken over antallet af optagne kapitalejrlån.

Hvis man antager, at der var foretaget revision i de ikke-revisionspligtige selskaber, må det kunne formodes, at antallet af kapitalejrlån ville være procentvis mindst lige så stort som for de revisionspligtige selskaber. Et hypotetisk estimat over antallet af anmærkninger om ulovlige kapitalejrlån kan herefter udregnes. Omkring 4,3% af 2014-regnskaberne i de revisionspligtige selskaber havde en anmærkning om ulovlige kapitalejrlån. En hypotetisk beregning medfører, at blandt de 72.785²⁰³ ikke-revisionspligtige selskaber ville 3.139 (4,3%) af selskaberne have fået en anmærkning om ulovlige kapitalejrlån. Dette er alene et hypotetisk antal, men der kan argumenteres for, at der består mindst lige så mange kapitalejrlån i de ikke revisionspligtige selskaber.

4.2.2 Netto-berigtigelse af lånet

Af bilag 2 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*) ses, at 3.607 selskaber i 2014 har fået berigtiget de ulovlige kapitalejrlån fra 2013. Hertil er det væsentligt at bemærke, at der i 2014 blev optaget 2.382 nye ulovlige kapitalejrlån, hvorfor antallet af lån, der netto er blevet berigtiget, alene udgør 1.225 ulovlige kapitalejrlån i perioden 2013-2014.

4.2.3 Konkurs eller ikke indleveret regnskab

Faldet skyldes også jf. bilag 2 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*) antallet af selskaber, som er gået konkurs eller af anden grund ikke har indleveret et regnskab for 2014. Hvis et selskab går konkurs, og de ulovlige

²⁰⁰ Anmærkninger om ulovlige kapitalejrlån i 2014-regnskaberne

²⁰¹ Anmærkninger om ulovlige kapitalejrlån i 2015-regnskaberne

²⁰² Tal fra FSR analyse, december 2016: "Mistede oplysninger i forbindelse med fravalget af revision", s. 9 og 10

²⁰³ Antal over ikke-revisionspligtige selskaber i 2014

kapitalejerlån ikke er berigtiget, inden konkursen indtræffer, består der en risiko for, at selskabets kreditorer, långivere og leverandører mister deres penge, hvis de tidligere ejere er ude af stand til at tilbagebetale lånet.

4.3 Delkonklusion

Der er sket et fald i antallet af kapitalejrlån efter indførelsen af LL § 16 E i 2012. Den primære årsag til faldet i antallet af kapitalejrlån skyldes i et væsentligt omfang de netto-berigtigede lån, men særligt også at selskaber nu har mulighed for at fravælge revision eller udvidet gennemgang af deres regnskaber.

Udviklingen i antallet af selskaber der fravælger revision er ærgerlig. Udover selskabets pligt efter ÅRL § 35 a til at postere kapitalejrlån som en bunden reserve i regnskabet, er det revisoren, der med sin påtegning gør opmærksom på de enkelte kapitalejrlån. Ved at fravælge revision kan selskaberne flyve under radaren, og herved skjule bl.a. kapitalejrlån for de interesserede regnskabslæsere. Dette kan i værste fald medføre at banker og leverandører, som har penge til gode i selskabet, kan komme i vanskeligheder og i værste fald lide et tab, hvis selskabet via lånene er blevet tømt, og låntager enten ikke er i stand til eller ikke er villig til at betale pengene tilbage.

Det virker paradoksalt, at politikerne lempet revisionsreglerne, mens SKAT og Erhvervsstyrelsen ønsker en skærpet kontrol med kapitalejrlån, hvilket de hovedsageligt opnår ved indsigt i revisors påtegninger i regnskaberne. Den hidtidige lempelse af revisionspligten gavner hverken SKAT eller Erhvervsstyrelsen i deres arbejde på at reducere og opstøve henholdsvis ulovlige kapitalejrlån, men også lovlige kapitalejrlån, som ikke er blevet beskattet. Det er svært at sige noget konkret om årsagerne til udviklingen af antallet af kapitalejrlån, eftersom anmærkningerne om kapitalejrlån er faldet markant fra 2011-2014, mens andelen af anmærkninger, der aldrig kommer til offentlighedens kendskab, er steget markant indenfor samme periode.²⁰⁴

Overordnet set kan der, på baggrund af det oplyste antal anmærkninger om kapitalejrlån sammenlagt med et tilsvarende antal estimerede kapitalejrlån hos de ikke-revisionspligtige selskaber, siges at have været et fald i antallet af ulovlige kapitalejrlån efter indførelsen af LL § 16 E. SKAT og Erhvervsstyrelsens ønske om nedbringelse af antallet af ulovlige kapitalejrlån må dermed langt hen af vejen siges at være blevet opfyldt.

4.4 Nyeste undersøgelse om revisorens korrektioner af kapitalejrlån

Hvorfor der stadig efter indførelsen af LL § 16 E bliver optaget nye kapitalejrlån bunder formentlig i uvidenheden om de skatteretlige konsekvenser heraf. En undersøgelse foretaget af FSR – danske revisorer i 2016, om gennemgangen af 2015-regnskaberne viser, at godt halvdelen (52%) af revisorerne i undersøgelsen foretager korrektioner af selskabernes indberetninger til SKAT, når de foretager revision eller udvidet gennemgang af selskabernes regnskaber.^{205,206}

Undersøgelsen viser, at beskatning af kapitalejrlån er det område, hvor revisorerne oftest foretager korrektioner. Hele 55% af de adspurgte revisorer oplever, at de ofte korrigerer for kapitalejrlån.²⁰⁷

²⁰⁴ Se hertil bilag 4 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*)

²⁰⁵ FSR – danske revisorer: Korrektion af skattebetaling i forbindelse med revision – FSR Survey, juli 2016

²⁰⁶ Undersøgelsen tager udgangspunkt i svar fra 171 godkendte revisorer, hvilket svarer til en stikprøvestørrelse på 4,8% af den samlede population af godkendte revisorer.

²⁰⁷ Se hertil bilag 5 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*).

De adspurgte revisorer har i samme forbindelse vurderet årsagen hertil, hvorefter de peger på bogføringsfejl og misforståelse af reglerne, som de primære årsager til det høje antal af korrektioner. Hele 60 % mener, at det er misforståelser af, hvad der skal beskattes,²⁰⁸ hvilket bl.a. kan have sit udspring i den manglende overensstemmelse mellem SL § 210 og LL § 16 E.

Den nye bestemmelse om betingede lovlige kapitalejrlån i SL § 210 vil formentlig få antallet af revisionsmæssige korrektioner af kapitalejrlån fra år 2017 til at stige. Dette kan begrundes med, at reglerne i LL § 16 E består uændret, og samspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E dermed forværres.

5. Sammenspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E

Selskabslovens og ligningslovens regulering af kapitalejrlån går ikke hånd i hånd, hvilket særligt tydeliggøres, når man ser på konsekvenserne for de ydede kapitalejrlån. Kritikken beror ikke alene på den til stadig restriktive politik overfor kapitalejrlån, men lige så meget kompleksiteten mellem de to regelsæt.

Som udgangspunkt er der ikke noget til hinder for at regulere kapitalejrlån gennem to lovgivninger, så længe det er nødvendigt for opretholdelsen af en ønsket retstilstand og ikke medfører forvirring ved sammenspillet mellem bestemmelserne. Efter den betingede lovliggørelse af SL § 210 foranlediges den enkelte kapitalejer til at tro, at der nu på lovlig vis kan optages skattefrie kapitalejrlån, hvis blot betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt, idet SL § 210 ikke henviser til LL § 16 E.

Det er uoverensstemmelserne samt de mange fortolkningsforskelle mellem de to regelsæt, som afsnittet her vil behandle og analysere.

5.1 Praktiske udfordringer ved kapitalejrlån

5.1.2 Personkredsen

5.1.2.1 Långiver

Der består mellem SL § 210 og LL § 16 E en forskel i definitionen af, hvilken långiver der er omfattet.

Efter SL § 210 omfatter forbuddet alene kapitalselskaber defineret efter SL § 5 nr. 18, mens LL § 16 E omfatter alle selskaber defineret ud fra SEL § 1 stk. 1 nr. 1 eller 2 eller tilsvarende selskaber hjemmehørende i udlandet.

Udenlandske selskaber er således omfattet af LL § 16 E, mens udenlandske selskaber ikke er omfattet af SL § 210. Hvorvidt et udenlandsk selskab kan yde lån efter de selskabsretlige bestemmelser, afhænger således af lovgivningen i det land, hvor selskabet er hjemmehørende. At udenlandske selskaber er omfattet af LL § 16 E betyder, at der vil ske beskatning af udenlandske selskabers lån til danske kapitalejere med bestemmende indflydelse, uanset at sådanne lån måtte være selskabsretligt lovligt i det land, hvor selskabet er hjemmehørende.

5.1.2.2 Låntager

En yderligere væsentlig forskel ved den selskabsretlige og skatteretlige forståelse af kapitalejrlån er, hvem der som låntager er omfattet. Der består nemlig en differentierende forståelse af, hvem der efter selskabsloven kan modtage økonomisk bistand fra selskabet, og hvem der efter ligningsloven skal beskattes heraf.

Hvem, der skal beskattes af et kapitalejrlån, afgøres som beskrevet ovenfor af LL § 2.

²⁰⁸ Se hertil bilag 6 (*bilaget er fjernet af redaktionen af hensyn til beskyttelse af ophavsrettigheder*).

Heraf beskattes alene fysiske kapitalejere med bestemmende indflydelse i såvel danske som udenlandske selskaber samt disses nærtstående.

Efter SL § 210 omfattes enhver kapitalejer, såvel fysisk som juridisk, af forbuddet mod kapitalejerlån, ligesom selskabets ledelsesmedlemmer og nærtstående omfattes.

Dette betyder, at hvor betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt, vil der selskabsretligt kunne ydes lån til alle kapitalejere, hvorefter kapitalejere med bestemmende indflydelse beskattes, mens kapitalejere uden bestemmende indflydelse vil kunne modtage skattefrie lån. Den skatteretlige skelnen mellem minoritetskapitalejere og majoritetskapitalejere kan begrundes i, at det alene er majoritetskapitalejerne, som er i stand til at udøve den bestemmende indflydelse over selskabet og anvende lån som alternativ til løn eller udbytte. Minoritetskapitalejere vil således ikke uden majoritetens støtte kunne råde over selskabets midler.

Det kan virke sært, at formålet med SL § 210 blandt andet er at beskytte selskabets minoritetskapitalejere mod tømning af selskabets midler, mens bestemmelsen samtidig omfatter økonomisk bistand til disse. Hertil kan det synes overreguleret at minoritetskapitalejere er omfattet af forbuddet, når de ikke har den indflydelse, der skal til, for at bevilge sig selv favorable lån, hvorfor lån til disse ikke kan anses at udgøre samme risiko som lån til en majoritetskapitalejer.²⁰⁹ Det må antages, at baggrunden bag LL § 2 følger denne sondring, idet der alene indtræder beskatning hos fysiske personer med bestemmende indflydelse.

Juridiske personer kan, uanset deres bestemmende indflydelse, modtage lån uden beskatning, idet LL § 16 E alene omfatter beskatning af lån mv. til fysiske personer. Under udarbejdelsen af LL § 16 E blev der oprindeligt henvist direkte til SL § 210 i bestemmelsens ordlyd, hvormed enhver kapitalejer og ethvert ledelsesmedlem ville blive beskattet ved selskabets økonomiske bistand til disse.²¹⁰ Oprindeligt var juridiske personer også omfattet af beskatningen i LL § 16 E, idet man ønskede en beskatning i de tilfælde, hvor hovedkapitalejeren modtog lån fra sit selskab, men hvor lånet skete via et formelt indskudt kapitalselskab mellem kapitalejeren og det långivende selskab.²¹¹ Beskatning af kapitalselskaber viste sig dog at medføre større konsekvenser end tiltænkt og besværliggøre intern koncernfinansiering. Under lovprocessen blev henvisningen til SL § 210 således ændret til at personkredsen i stedet skulle tage udgangspunkt i LL § 2. Denne ændring var begrundet i ønsket om at målrette beskatningen mod fysiske personer, der vil kunne anvende deres bestemmende indflydelse i selskabet til at udbetale lån i stedet for løn eller udbytte. Juridiske personer blev derfor ved det endeligt fremsatte lovforslag undtaget fra beskatningen af kapitalejerlån.

Efter SL § 210 er det som udgangspunkt ulovligt at yde økonomisk bistand til kapitalejere uanset om de er juridiske eller fysiske personer. En væsentlig undtagelse hertil gælder dog, hvor der er tale om økonomisk bistand inden for koncernforhold jf. SL § 211. Denne undtagelse medfører at SL tillader økonomisk bistand mellem koncernforbundne selskaber, hvorfor en eventuel beskatning heraf ville være uhensigtsmæssig og hæmme samspillet mellem SL og LL yderligere.

Det må konkluderes at være den mest formålstjenlige løsning, at der først sker beskatning, når kapitalejeren som fysisk person modtager midler fra selskabet. Hvor kapitalejeren indskyder et kapitalselskab mellem det långivende selskab og sig selv, tilflyder der ikke nogen midler til kapitalejeren selv men til selskabet, hvorfor en beskatning i et

²⁰⁹ Langsted, Neville, Selskabers Kapital, s. 92

²¹⁰ Alm. bemærkninger til L 199 s. 54

²¹¹ Spørgsmål 1 til L 199

sådan tilfælde ikke bør forekomme. Når der efterfølgende sker udbetaling fra det låntagende kapital selskab til kapitalejeren, vil kapitalejeren slutteligt blive beskattet. Der foreligger således ikke tilstrækkeligt grundlag til at omfatte juridiske personer, hvor der er tale om lån til kapital selskaber.

Såfremt juridiske personer derimod kan kvalificeres som transparente selskaber, omfattes disse af såvel SL som LL. Eftersom det låntagne selskab ikke er et selvstændigt skattesubjekt, henføres beskattningen direkte til deltagerne, således at hver deltager beskattes i forhold til deres ejerandel.

Selskabets ledelsesmedlemmer omfattes af personkredsen i SL § 210, men ikke af personkredsen i LL § 16 E. Selskabets ledelsesmedlemmer vil således uden beskattning kunne modtage lån af selskabet, hvor betingelserne i SL § 210 stk. 2 er opfyldt. Dette kan ske, på trods af at ledelsesmedlemmet måtte have bestemmende indflydelse i selskabet.

Ved udarbejdelsen af LL § 16 E blev der oprindeligt henvist til personkredsen i SL § 210, hvormed både kapitalejere og ledelsesmedlemmer ville blive beskattet.²¹² Under lovprocessen blev denne henvisning dog ændret, idet lovgiver med det endeligt fremsatte lovforslag for LL § 16 E ønskede at personkredsen i stedet skulle tage udgangspunkt i LL § 2.

Eftersom man med lovforslaget til LL § 16 E ønskede at målrette beskattningen mod fysiske personer med bestemmende indflydelse og fjerne incitamentet til at optage skattefrit lån fremfor skattepligtig løn eller udbytte, fremstår det bemærkelsesværdigt, at ledelsesmedlemmer under lovprocessens ændringer blev undtaget fra beskattning. Ledelsen i et kapital selskab vil ofte være i stand til at disponere og eksempelvis som følge af en given bemyndigelse jf. SL § 210 stk. 2 nr. 2 være i stand til, uden indhentelse af generalforsamlingens godkendelse, at træffe beslutning om selskabets økonomiske bistand til ledelsesmedlemmer eller kapitalejere. Det er dog ikke helt udelukket, at ledelsesmedlemmer kan anses for at være omfattet af beskattingsbestemmelsen. Dette kræver dog, at ledelsesmedlemmet opfylder betingelserne i LL § 2 stk. 2, hvorefter denne samtidig med dennes stilling som ledelsesmedlem er hovedkapitalejer eller er nærtstående til en hovedkapitalejer.

5.1.2.1 Nærtstående parter

Forbuddet mod at yde økonomisk bistand til nærtstående omfattes af såvel LL og SL. Efter LL § 2 stk. 2 defineres begrebet nærtstående positivt til at omfatte den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer.

Efter SL § 210 defineres nærtstående som personer, der ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje er knyttet til en af de af forbuddet omfattede personer eller som på anden måde står den pågældende nær.

Langt hen af vejen er definitionen af begrebet nærtstående ens for SL og LL. Selskabsretten opstiller dog en mere subjektiv vinkel for, hvornår en person anses for nærtstående. Herefter omfattes eksempelvis søskende og samlevere af forbuddet i SL § 210, mens disse ikke omfattes af beskattningen efter LL § 16 E. Denne manglende overensstemmelse af personkredsen mellem de to love vil kunne skabe nogle u hensigtsmæssige

²¹² Alm. bemærkninger til L 199 s. 54

fordele for de personer, som falder uden for den skatteretlige definition, og hvor betingelserne efter SL § 210 stk. 2 er opfyldt. En sådan fordel vil eksempelvis kunne anvendes ved sammensætning af selskabets ejerskab eller i det tilfælde, hvor søskende eller en samlever er ledelsesmedlem i selskabet.

Selskabsretligt har definitionen af nærtstående alene betydning i relation til, hvem der anses at være omfattet af forbuddet mod kapitalejrlån. Skatteretligt har definitionen af nærtstående en videregående betydning, idet disse foruden at være omfattet af beskatning tillige kan påvirke vurderingen af, hvornår der er tale om bestemmende indflydelse for en kapitalejer. Som eksempel kan nævnes SKM.2014.663.SR, hvorefter ægtefællerne A og B i fællesskab ejede 100% af et ApS. Selskabet ydede et lån til et kommanditselskab, hvor A var kommanditist. Da et kommanditselskab er skattemæssigt transparent, er det afgørende for beskatningen efter LL § 16 E, om A må anses for at være hovedanpartshaver i ApS'et. Hertil vurderede Skatterådet, at A og ægtefællen B's anparter tilsammen gjorde, at A havde bestemmende indflydelse i ApS'et, hvorfor A skulle beskattes ved lånet til kommanditselskabet.

Definitionen af nærtstående har således en større betydning i skattemæssig henseende end i selskabsretlig henseende, hvilket kan være årsagen til, at man har tillagt begrebet en mere indskrænket fortolkning.

5.1.3 Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Som redegjort for i afsnit 2.6.3 om den selskabsretlige forståelse af sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, består der ingen entydige retningslinjer for, hvordan dette begreb skal fortolkes og håndteres i praksis. Dette skaber en vis usikkerhed ved forståelsen af, hvornår man som låntager kan anvende dette begreb og dermed lovligt optage lån i sit selskab. Denne usikkerhed gør sig uheldigvis tillige gældende ved den skatteretlige anvendelse af begrebet som redegjort for i afsnit 3.5.3, hvor låntager ved anvendelsen heraf vil kunne undgå beskatning. Som tillæg hertil bliver usikkerheden yderligere forværret ved de fortolkningsforskelle, der i praksis er opstået ved fortolkningen af begrebet "sædvanlige forretningsmæssige dispositioner".

Forståelsen af begrebet har stor praktisk betydning for samtlige kapitalejrlån, da man ved opfyldelsen af SL retmæssigt vil kunne yde lån samt undgå en beskatning på helt op til 56,4%²¹³ af lånebeløbet.

På trods af den identiske ordlyd mellem SL § 212 og LL § 16 E, består der mellem Erhvervsstyrelsen²¹⁴ og Skatterådet uoverensstemmelser i fortolkningen heraf.

I afsnit 3.5.3 er det blevet forklaret og analyseret, hvornår en disposition skatteretligt kan anses som værende sædvanlig forretningsmæssig. Tidligere mente Skatterådet, at der alene kunne være tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition i de tilfælde, hvor selskabet sædvanligvis foretog den pågældende type dispositioner. Dette blev ændret ved Skatterådets svar i SKM 2014.107, hvorefter retsstillingen både selskabsretligt og skatteretligt blev ensrettet.

Herefter skal vurderingen af dispositionen i stedet baseres på, om selskabet har foretaget tilsvarende dispositioner med uafhængige parter. Også selvom at selskabet ikke sædvanligvis foretager sådanne type dispositioner, skal der, ligesom efter SL § 212,

²¹³ Marginalskatten i en gennemsnitskommune i 2017

²¹⁴ Samt Erhvervsankenævnet

foretages en konkret vurdering af, om dispositionen uagtet kan betegnes som en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Et eksempel på, hvor retsstillingen mellem selskabsretten og skatteretten tilnærmelsesvis er blevet ensrettet, er ved anvendelse af sælger-/ejerpantebreve fra selskabet til kapitalejeren. Efter selskabsretten er det lovligt at anvende sælger-/ejerpantebreve ved handel med fast ejendom²¹⁵, hvilket blev slået fast i U.2009.2311.H. Efter skatteretten kræves det at 4 betingelser er opfyldt. Disse betingelser er dog meget generelle²¹⁶, hvorved låntager i mange tilfælde kan undgå at blive skattepligtig²¹⁷.

Denne ensretning i fortolkningen af begrebet er et skridt på vej i den rigtige retning, men der forekommer fortsat fortolkningsmæssige uoverensstemmelser.

Som et eksempel på en uoverensstemmelse skal Skatterådets sondring mellem egentlige lån og ikke-egentlige lån bemærkes, som også omtalt i afsnit 3.5.3.1. Skatterådet fortolker "egentlige lån", således at det omhandler lån, som udgør dispositionens eneste element og ikke knytter sig til en underliggende selskabsretlig disposition. Egentlige lån opfylder dermed ikke undtagelsen "ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition", da de ikke er ydet "som led" i en disposition. Derimod omfattes ikke-egentlige lån af undtagelsen, dvs. hvor der er tale om et lån ydet som led i et eller flere øvrige selskabsretlige anliggender. For at der efter Skatterådets opfattelse kan være tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, skal der således være flere led i dispositionen.

Sondringen mellem egentlige lån og ikke-egentlige lån har hverken støtte i bemærkningerne til lovforslaget til LL § 16 E, SL § 212 eller i den selskabsretlige teori og praksis. Herved har Skatterådet forsøgt at indføre en skelnen mellem egentlige lån og andre lån i uoverensstemmelse med den selskabsretlige praksis, som forarbejderne til LL § 16 E ellers nævner som vejledende for forståelsen af begrebet.

Sondringen bibringer endnu en besværlighed i samspillet mellem selskabsretten og skatteretten og gør usikkerheden omkring begrebets fortolkning og praktiske håndtering endnu større.

For at simplificere de fortolkningsforskelle, som består mellem den selskabsretlige og den skatteretlige fortolkning af begrebet "sædvanlig forretningsmæssig disposition", er der nedenfor opstillet 3 praktiske eksempler, hvor der består uoverensstemmelser i fortolkningen mellem de to regelsæt.

1. Lån m.v. fra selskab til kapitalejer til brug for køb af udlejningsejendom, som skulle udlejes til selskabet:

I SKM 2014.16 fandt Skatterådet det ikke godtgjort, at det långivende selskab ville have foretaget en tilsvarende disposition med en uafhængig tredjemand. Argumentet om, at selskabet tidligere havde købt fordringer fra tredjemand ved selskabets kapitalanbringelse var ikke nok til, at SKAT anså dispositionen som sædvanlig forretningsmæssig.

Omvendt forholdt det sig i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 11. april 1994, hvor styrelsen godkendte, at et A/S stillede sikkerhed for et realkreditlån, som hovedanpartshaveren havde optaget i sin ejendom, der blev udlejet til selskabet. Styrelsen

²¹⁵ Så længe disposition sker på armslængdevilkår

²¹⁶ Se 3.5.3 om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner inden for skatteretten

²¹⁷ J.V. C.B.3.5.3.3, version 2.7

lagde vægt på, at selskabet uden anpartshaverens bestemmende indflydelse stadig ville have indgået en lignende lejeaftale, og at selskabet som lejer i netop anpartshaverens ejendom ville opnå økonomiske fordele herved. Dispositionen ansås derfor for sædvanlig forretningsmæssig.²¹⁸

Begrebet bliver her skærpet skatteretligt, da SKAT ikke godkender dispositionen, selvom selskabet har haft lignende transaktioner med samme risiko.

2. Forretningsmæssigt begrundet lån til en kapitalejer, som ønsker at etablere eller udvide sin bestående virksomhed med chance for større samhandel:

I SKM 2014.14.SR blev en koncerns mellemregningskonto brugt til at finansiere lån til etablering af nye butikker, som medførte en udvidelse af koncernen. Finansieringen blev gennemført ved udlån fra et A/S til de underliggende kommanditselskaber. Dispositionerne var alle forretningsmæssigt begrundet og ydet på markedsvilkår. Skatterådet godkendte ikke transaktionerne som sædvanlig forretningsmæssige uanset den beskudne økonomiske fordel, som selskabet fik ved den forøgede samhandel til selskabet. Som omtalt ovenfor, udtalte Skatterådet, at disse dispositioner ikke var omfattet af undtagelsen, da der var tale om egentlige lån, som ikke ydes "som led" i en disposition. Skatterådet udtalte også, at: "En mulig forøget samhandel i koncernen er ikke en disposition, som er omhandlet i loven".²¹⁹

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 12. februar 1996 anses et lån fra et selskab til en kapitalejer til brug for etablering eller udvidelse af en virksomhed som en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Begrundelsen var anlagt ud fra det forhold, at det kunne være i selskabets interesse at medvirke til finansieringen af etableringen eller udvidelsen af kapitalejers egen virksomhed gennem lån eller sikkerhedsstillelser, da det kunne skabe forøget samhandel mellem selskaberne.

3. Erhvervmæssige lån ydet på markedsvilkår, der hverken skader øvrige kapitalejere eller kreditorer:

I samme sag som ovenfor beskrevet, SKM 2014.14, lægger Skatterådet yderligere vægt på, at undtagelsen kun gælder for lån som opstår i kapitalejernes almindelige samhandel med selskabet og på sædvanlige kreditvilkår. På trods af at lånene blev forrentet på markedsmæssige vilkår, og hverken minoritetskapitalejerne eller kreditorerne i de enkelte kommanditselskaber ville lide tab ved at finansieringen skete gennem administrationsselskabet, ville Skatterådet ikke acceptere lånene som sædvanlige forretningsmæssige, hvilket også bundede i, at lånet var et egentligt lån.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skulle i deres skrivelse af 26. februar 1992 tage stilling til en lignende situation, hvorefter et aktieselskab gennem en mellemregningskonto delvist finansierede købet af en fast ejendom, som selskabet drev bilforretning i. Styrelsen accepterede lånet som værende en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da selskabet havde en klar forretningsmæssig interesse i at kunne fastholde sin tilknytning til bilforretningen og dermed dens placering i ejendommen. Det blev dog af Styrelsen forudsat, at lånevilkårene var fastsat ud fra almindelige markedsvilkår, og at dispositionen ikke krænkede andre kapitalejere eller selskabets kreditorer.

²¹⁸ Werlauff og Neville: UfR 2003B, s. 201

²¹⁹ SKM 2014.14.SR, s. 11

Ovenstående gennemgang af henholdsvis den skatteretlige og den selskabsretlige praksis samt fortolkning af begrebet ”sædvanlig forretningsmæssig disposition” viser tydeligt, at der er klare fortolkningsforskelle mellem de ellers identiske ordlyde. SL har fokus på selskabets økonomiske og erhvervs-mæssige interesser, mens LL har fokus på, at beskatningen ikke skal kunne udskydes, og at en kapitalejer ikke må kunne anvende sin bestemmende indflydelse i selskabet til at yde lån fremfor løn eller udbytte.

Det ses også oversigtligt, at Skatterådet anlægger en mere snæver fortolkning af begrebet sammenlignet med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Erhvervsankenævnet. Det er kritisabelt, at der på et så praktisk betydningsfuldt område er så store fortolkningsforskelle og problematisk, at undtagelsen er så kompleks at håndtere i praksis.

En løsning på problemstillingen kunne først og fremmest være at ensrette håndteringen af de to identiske ordlyde, for herved at skabe klarhed for skatteyderne og ligeledes spare sagsbehandlingsressourcer hos de tilhørende styrelser og nævn. Såfremt en ensretning af de to regelsæt må anses for praktisk umulig, bør der udarbejdes nye lovbestemmelser, hvor ordlyden kan rumme den eksisterende og forskelligartede administrative praksis for henholdsvis den selskabsretlige samt den skatteretlige forståelse af begrebet ”sædvanlig forretningsmæssige dispositioner”.

5.1.4 Dobbeltbeskatning

Den største kritik mod de nye regler om betingede lovlige kapitalejerlån, er den uforandrede dobbeltbeskatning, som på trods af at lån efter selskabslovens regler er blevet betinget lovliggjort, fortsat finder sted. Dobbeltbeskatningen består i at et kapitalejerlån på ydelsestidspunktet beskattes hos kapitalejeren som enten løn eller udbytte, mens der fortsat selskabsretligt består en pligt for kapitalejeren til at tilbagebetale lånet til selskabet. Hvor kapitalejeren tilbagebetaler lånebeløbet og efterfølgende ønsker at udlodde midler fra selskabet, eksempelvis i form af udbytte, indtræder igen beskatning af udlodningen, hvorfor kapitalejeren dermed beskattes to gange af samme beløb.

Kapitalejerlånet består mellem to parter, låntager og långiver, men dobbeltbeskatningen rammer alene den ene part, låntager. Selskabet vil som långiver ved tilbagebetalingen ikke blive beskattet heraf jf. LL § 16 E stk. 2, uanset at lånet ved udstedelsen er blevet fradraget som en evt. lønudgift. Selskabet opnår herved et ekstra fradrag uden at skulle betale for det.

For låntager er situationen den komplet modsatte, da kapitalejeren skal beskattes af lånet på ydelsestidspunktet enten ved udbytte- eller lønbeskatning. Ved tilbagebetaling af lånebeløbet til selskabet vil beskatningen ikke blive genoptaget, selvom midlerne føres tilbage til selskabet. Låntager betaler altså en skat uden endeligt at have modtaget likvider fra selskabet. Denne fiktive beskatning får dermed i højere grad karakter af en bøde end en egentlig skat.

Denne forskel mellem tilbagebetalingspligten efter selskabslovens regler og mangel på samme efter skattelovens regler er dybt kritisabel. Det selskabsretlige formål med den betingede lovliggørelse af SL § 210 var at give danske selskaber de samme finansieringsmuligheder, som andre lande i EU. Den praktiske opfyldelse af dette formål bremses dog af den skatteretlige regulering heraf, idet incitamentet til at anvende selskabslovens bestemmelser om kapitalejerlån forsvinder ved den omtalte dobbeltbeskatning.

For at kunne opnå formålet med den betingede lovliggørelse i SL § 210, bør dobbeltbeskatningen fjernes. Tre forslag til en hel eller delvis eliminering af dobbeltbeskatningen gennemgås nedenfor i afsnit 5.2.3.

5.2 Forslag til løsning af de praktiske udfordringer

Ovenfor er de primære praktiske udfordringer ved samspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E gennemgået. Det illustreres herved, at der foreligger flere såvel praktiske som fortolkningsmæssige uoverensstemmelser mellem de to regelsæt, hvilket gør det svært for den enkelte kapitalejer at opnå overblik over hans standpunkt ved økonomisk bistand ydet fra et selskab. Som bidrag til løsning af disse uoverensstemmelser, redegøres nedenfor for tre initiativer, som lovgiver burde tage til overvejelse.

5.2.1 Ensretning af personkredsen

Uoverensstemmelsen ved definitionen af personkredsen skaber forvirring i forhold til, hvem der selskabsretligt må ydes lån til og hvem der skatteretligt vil blive beskattet af sådanne lån. For at formindske denne kompleksitet og for at bidrage til praktisk overblik hos den enkelte kapitalejer, bør der foretages en ensretning af personkredsen. Ved en sådan ensretning burde der samtidig ske en nytænkning af selskabslovens manglende sondring mellem lån til kapitalejere med bestemmende indflydelse og kapitalejere uden bestemmende indflydelse, da det formentlig sjældent er lån til minoritetskapitalejeren, som udgør en risiko for misbrug af selskabets midler.²²⁰ Endvidere savner det begrundelse at ledelsesmedlemmer med bestemmende indflydelse ikke er omfattet af LL § 16 E.

5.2.2 Ensretning af ”sædvanlige forretningsmæssige dispositioner”

Som udgangspunkt er det praktisk overskueligt, at et kapitalselskab såvel selskabsretlig som skatteretligt lovligt må yde lån til dets kapitalejere, når der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Ved anvendelse af en identisk ordlyd af begrebet i både LL § 16 E og SL § 212 foranlediges den interesserede til at tro, at anvendelsesområdet herfor er ens. Problematikken hertil opstår først, når der skal ske en fortolkning og definition af begrebet. Den forskelligartede forståelse af, hvornår der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition, vil let kunne medføre utilsigtede dispositioner i praksis, idet det kræver et særligt kendskab til bestemmelsernes anvendelsesområde for at vide, at der er forskel på fortolkningen af disse. Mange lån foretages ud fra den antagelse, at de er forretningsmæssigt sædvanlige, hvorfor den optimale løsning ville være at udarbejde nye lovbestemmelser, således at ordlyden i de to bestemmelser passer til den praksis, som er skabt på området.

5.2.3 Tre løsningsforslag til helt eller delvist at undgå dobbeltbeskatning

Såfremt der ikke bliver lavet en tilpasning af LL § 16 E, således at bestemmelsen kommer til at passe til formålet med ændringen af SL § 210, vil lovgivers ønske om en øget finansieringsmæssig fleksibilitet for danske virksomheder ikke kunne opnås. Dette skyldes, at dobbeltbeskatningen efter LL § 16 E begrænser en kapitalejer med bestemmende indflydelse i at optage lån i sit selskab. Der består ikke nogen fordel, men nærmere en ulempe, for kapitalejeren ved at optage lån i selskabet fremfor hos en uafhængig tredjemand. Grundet dobbeltbeskatningen efter LL § 16 E vil kapitalejeren med

²²⁰ I Sverige er minoritetskapitalejere eksempelvis undtaget fra forbuddet. Dette blev tillige foreslået af Erhvervsudvalget i 1982

bestemmende indflydelse undlade at optage lån i sit selskab, hvilket resulterer i, at lovgivningen af SL § 210 bliver praktisk overflødig.

For at undgå denne praktiske overflødighed samt for at opnå en mere fleksibel regulering af kapitalejerlån, redegøres herefter for tre løsningsforslag, som alle indeholder en modificering af skatteretten, hvilket i nogen grad vil kunne medvirke til at problematikken om dobbeltbeskatning afvikles.

5.2.3.1 Henvisning til SL § 210 stk. 2 i LL § 16 E

Det første løsningsforslag omhandler en sidestilling af den skattemæssige behandling af kapitalejerlån med den skattemæssige behandling af lån til selvfinansiering. Som undtagelse til beskatningen i LL § 16 E henvises i dennes ordlyd jf. LL § 16 E stk. 1, 2. pkt. til SL § 206 stk. 2, hvilket indebærer, at hvor de selskabsretlige betingelser for selvfinansiering er opfyldt, vil der lovligt kunne ydes lån, uden at der indtræder beskatning heraf. På tilsvarende måde vil en ordlydshenvisning til SL § 210 stk. 2, som undtagelse til beskatningen i LL § 16 E, være en partiel løsning på problematikken. Herefter vil de kapitalejerlån, som opfylder betingelserne i SL § 210 stk. 2 undgå beskatning, mens de kapitalejerlån, der ikke opfylder betingelserne i SL § 210 stk. 2, vil blive beskattet som løn eller udbytte.

Selvom der selskabsretligt fortsat kan være tale om et ulovligt kapitalejerlån, der skal tilbagebetales, vil en tilbagebetaling af det ulovlige lån ikke føre til en genoptagelse af beskatningen af lånet hos kapitalejeren. For ulovlige lån vil risikoen for dobbeltbeskatningen efter dette løsningsforslag således fortsat bestå. En opretholdelse af beskatningen af ulovlige lån vurderes at være nødvendig, for at bevare den skatteretlige præventive virkning mod at optage ulovlige lån. Samtidig hermed bevares formålet med LL § 16 E, som er at hindre, at kapitalejerlån bliver et fordelagtigt alternativ til udbetaling af udbytte eller løn.

Med en ordlydshenvisning i LL § 16 E til SL § 210 stk. 2 vil der ske en kobling mellem selskabsretten og skatteretten, som vil bidrage til en ensretning i reguleringen af kapitalejerlån. Herefter vil beskatning alene indtræde, hvor lånet selskabsretligt er ulovligt, hvilket eksempelvis omfatter lån ydet uden for de frie reserver eller uden for markedsvilkår. En beskatning i de tilfælde, hvor låntager således opnår fordelagtige vilkår ved at udnytte sin bestemmende indflydelse i selskabet, må anses for rimelig.

5.2.3.2 L 171's forslag til beskatning af kapitalejerlån

Det andet løsningsforslag er baseret på de overvejelser, som blev gjort i forbindelse med udarbejdelsen af en tilsvarende beskatningsbestemmelse i L 171 tilbage i 2008. Dengang blev det foreslået, at kapitalejerlån, som opfyldte betingelserne i den foreslåede SL § 210 stk. 2, ikke skulle beskattes, mens beskatning alene skulle indtræde for de kapitalejerlån, som ikke opfyldte de selskabsretlige betingelser, hvorefter disse lån skulle betragtes som løn eller udbytte. Som tilføjelse hertil blev en genoptagelse af beskatningen ved låntagers tilbagebetaling af ulovlige lån overvejet. Denne tilføjelse betød, at såfremt et ulovligt kapitalejerlån blev tilbagebetalt, fulgte det af den foreslåede LL § 16 E stk. 3, at skatten skulle annulleres og tilbagebetales til låntager.

Dette løsningsforslag minder delvist om det førstnævnte forslag, idet lovlige lån ikke beskattes, mens ulovlige lån som udgangspunkt beskattes. Forskellen er dog, at der ved

dette forslag består en mulighed for at få skatten refunderet ved ulovlige lån, og spørgsmålet er, hvordan en sådan mulighed vil fungere i praksis.

Fordelen ved dette forslag er, at problematikken omkring dobbeltbeskatning elimineres helt, idet der ved tilbagebetaling af lånet vil ske en genoptagelse af beskatningen, hvorfor kapitalejeren alene vil blive beskattet, hvor lånet ikke tilbagebetales. Med denne løsning ville man utvivlsomt skabe et større incitament for tilbagebetaling af lånet til selskabet.

Såfremt den nuværende LL § 16 E blev ændret til, hvad der var foreslået tilbage i 2008, ville der dog principielt ikke være nogen egentlig forskel på konsekvenserne ved at optage et lovligt eller ulovligt lån, idet der ved begge lån foreligger en tilbagebetalingspligt. Bestemmelsen i LL § 16 E ville således ikke have den præventive effekt mod ulovlige lån, hvilket var en af motiverne bag dennes indførelse. Refunderingen af skatten vil formentlig åbne op for nye smuthuller ved reguleringen af kapitalejerlån.

5.2.3.3 Nuværende LL § 16 E med tilføjelse om genoptagelse af beskatningen

En tredje løsning kunne være, at alle kapitalejerlån - såvel lovlige som ulovlige - beskattes på udbetalingstidspunktet, mens der ved enhver tilbagebetaling af lånet vil ske en genoptagelse af skatten. Denne løsning hindrer, at der kan optages skattefrie lån som alternativ til skattepligtigt udbytte eller løn, og sikrer dermed det offentlige skatteprovenu mod tilfælde, hvor et lån ikke tilbagebetales til selskabet. En ulempe herved er dog, at skatteretten er løsrevet fra den civilretlige regulering af kapitalejerlån og uafhængig af, hvorvidt der selskabsretligt er tale om et lovligt eller ulovligt lån. Ved dette løsningsforslag vil hensynet til det offentlige skatteprovenu veje tungere end hensynet til kapitalejeren, som ved optagelsen af lån i selskabet skal erlægge et beløb til afregning af skat, hvilket han først får refunderet når lånet tilbagebetales.

5.2.3.4 Afhandlingens foretrukne løsningsforslag

Det er afhandlingens vurdering, at dobbeltbeskatningsproblemet på nuværende tidspunkt bedst kan løses med en skatteretlig modificering, som foreslået efter første løsningsforslag, hvorefter der i LL § 16 E indarbejdes en henvisning til SL § 210 stk. 2. Dette begrundes med, at den førstnævnte løsning tillader, at et selskabsretligt lovligt kapitalejerlån vil kunne optages uden at der indtræder beskatning. Løsningen har til formål at sammenkoble selskabsretten og skatteretten og herved give selskaberne den finansielle fleksibilitet, som ses i andre EU-lande. Ved denne løsning vil det skatteretlige formål med LL § 16 E samtidig være bevaret, idet man ved ikke at genoptage beskatningen for ulovlige lån, bevarer bestemmelsens præventive effekt.

Det første forslag vurderes endvidere som den rette løsning, når reglerne om kapitalejerlån ses i sammenhæng med de nye udvidede muligheder for at fravælge revision. Med muligheden for at fravælge revision, vil kontrollen med ulovlige kapitalejerlån svækkes. Dette skaber en risiko for at antallet af ulovlige kapitalejerlån i fremtiden vil stige. En sådan mulig stigning taler for, at beskatningen af ulovlige lån bør opretholdes, således at antallet af disse holdes nede. En kapitalejer vil ellers kunne optage et ulovligt lån i selskabet, og først når/hvis dette bliver opdaget, betale lånet tilbage, mens han samtidig vil kunne undgå beskatning.

Opsummerende bør beskatning undlades, hvor kapitalejeren på lovlignvis optager et lån i selskabet, mens beskatningen bør opretholdes, i de tilfælde hvor kapitalejeren vælger at optage et ulovligt lån. I de tilfælde hvor det ikke har været hensigten at optage et ulovligt lån, må omgørelsesmulighederne komme i spil.

6. Perspektivering til tysk ret

I dette afsnit vil der blive foretaget en undersøgelse af, hvorledes kapitalejerlån reguleres efter nugældende tysk ret sammenholdt med de danske bestemmelser herfor. Afsnittet udarbejdes for at fremvirke et bredere perspektiv på emnet og for at erfare, hvordan problemerne omkring kapitalejerlån løses i et andet retssystem.

Målet med en komparativ undersøgelse mellem dansk og tysk ret er at kunne udlede fordele og ulemper ved den danske regulering af kapitalejerlån, og herved komme frem til, hvilke fremtidige ændringer eller forbedringer den danske lovgiver burde tage til overvejelse.

Den første del af afsnittet giver en kort redegørelse for, hvilke selskabsretlige regler der gælder for at tyske selskaber må yde økonomisk bistand til dets kapitalejere og ledelsesmedlemmer. Anden del af afsnittet omfatter, hvordan en sådan økonomisk bistand beskattes efter tysk ret.

De tyske regler er opdelt mellem lån ydet til kapitalejere og lån ydet til ledelsesmedlemmer. Fokus vil her blive rettet på økonomisk bistand ydet til kapitalejere.

6.1 De tyske selskabsretlige bestemmelser om kapitalejerlån

Ved en selskabsretlig lovændring²²¹ i 2008 blev det ved lov gjort muligt for tyske kapital-selskaber at yde lån til dets kapitalejere. Tidligere fandtes ingen regulering af kapitalejerlån i den tyske selskabslovgivning. I stedet var praksis herom baseret på en tysk højesteretsafgørelse, hvorefter lån til kapitalejere var tilladt, under forudsætning af at følgende betingelser var opfyldt: at selskabets egenkapital ved udstedelse af lånet ikke ville blive lavere end selskabskapitalen, at lånet var i selskabet interesse, at lånet var ydet på armslængdevilkår og at låntager var kreditværdig eller havde stillet sikkerhed.²²² I 2008 blev disse principper med få og lempeligere ændringer vedtaget i den tyske selskabslovgivning.²²³ Der vil blive redegjort for disse nedenfor.

Den tyske selskabslovgivning er, ligesom den danske selskabslovgivning var inden selskabsreformen i 2010, opdelt i to love: "Aktiengesetz" (AktG), omfattende aktieselskaber samt "Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung" (GmbHG) omfattende anpartsselskaber.

Mulighederne for, hvorvidt et kapital-selskab må yde lån til dets kapitalejere er reguleret henholdsvis i AktG § 57 og GmbHG § 30.²²⁴

Som grundprincip for at yde økonomisk bistand til selskabets kapitalejere gælder i tysk ret princippet om kapitalvedligeholdelse ("Kapitalerhaltung").²²⁵ Dette princip bevirker, at indbetalt selskabskapital betragtes som bunden kapital.²²⁶ Overordnet set er formålet med princippet – ligesom det danske minimumkapitalkravsprincip – at sikre en beskyttelse af selskabets kreditorer og at sikre, at selskabets kapital ikke uden regulering heraf tilbageføres til kapitalejerne.²²⁷ Lovgivningen fastsætter hermed begrænsninger for i hvilke situationer, selskabet retmæssigt kan udlodde dets midler til dets

²²¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)

²²² Selskabsretlig regulering i udvalgte lande, Bech-Bruun, Nov 2006

²²³ Oversigt: Änderungen des GmbH – und das Aktienrechts durch das MoMiG, 2008

²²⁴ Se ordlyden af bestemmelserne i bilag 7 og 8

²²⁵ Cahn, Comparative company law, 2010, s. 222

²²⁶ Ligesom vi i Danmark forstår som minimumskapital

²²⁷ Lutter, Bayer, Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 2012, s. 502

kapitalejere, og bestemmelserne forhindrer selskabets ledelse i at udlodde midler fra selskabet, som vil lede til selskabets insolvens.

6.1.1 Kapitalejerlån hos tyske aktieselskaber

Af ordlyden i AktG § 57 stk. 1 pkt. 1²²⁸ gælder som udgangspunkt et forbud mod at et kapital selskab tilbagefører indskudt selskabskapital til dets kapitalejere. Nedenfor vil begrebet ”forbud mod tilbageførsel” blive anvendt til beskrivelse af de tilfælde, hvor indskudt selskabskapital tilbageføres eller tilbagebetales til kapitalejerne, eksempelvis i form af lån.

Som udgangspunkt kan dette forbud synes at beskytte en indskrænket del af selskabets formue. Ved definition af ”indskudt selskabskapital”, udvides forbuddet mod tilbageførsel dog til, ikke alene at omfatte konkrete tilbageførsler til kapitalejeren, men derimod at omfatte enhver økonomisk overførsel, som ydes fra selskabet til kapitalejeren uden for lovregulerede tilfælde som eksempelvis udbytteudlodning eller kapitalnedsættelse. Herunder omfattes tillige sikkerhedsstillelse, eksempelvis for kapitalejerens optagelse af lån hos tredjemand, der, hvis den aktualiseres, vil kunne forårsage en formindskelse af selskabskapitalen.²²⁹ Der er således i AktG § 57 stk. 1 pkt. 1 tale om en generel beskyttelse af selskabets kapital.

En økonomisk udbetaling fra aktieselskabet til kapitalejeren vil blive anset som en tilbageførsel fra selskabets formue til kapitalejeren, hvorfor der som udgangspunkt gælder et forbud herimod jf. AktG § 57 stk. 1. Som undtagelse til udbetalingsforbuddet, kan selskabets ledelse dog i visse situationer, træffe beslutning om en sådan tilbageførsel. Disse undtagelsessituationer vil blive gennemgået nedenfor.

Første undtagelse omfatter tilfælde, hvor selskabet erhverver egne aktier ved køb fra kapitalejerne. Erlæggelse af anskaffelsessummen for aktierne til kapitalejeren er således ikke i strid med forbuddet mod tilbageførsel af selskabskapitalen jf. AktG § 57 stk. 1 pkt. 1.

Som anden undtagelse til forbuddet om tilbageførsel gælder, at der retmæssigt vil kunne ske overførsel mellem et datterselskab og et moderselskab, hvor der er indgået en overskudsdelingsaftale (Berherrschafts- oder Gewinnabführungsvertrag). Dette sker ved, at de to selskaber indgår en aftale om overskudsdeling. Herefter kan eksempelvis aftales, at der skal ske overførsel af overskud fra datterselskabet til moderselskabet.²³⁰ En aftale om overskudsdeling kan alene indgås mellem tyske selskaber og således ikke på tværs af landegrænser.²³¹

Hvor en sådan aftale foreligger, gælder der som anden undtagelse til forbuddet mod tilbageførsel til selskabets kapitalejere, at der retmæssigt vil kunne ydes overførsler og lån inden for overskudsdelingens rammer jf. AktG § 57 stk. 1 pkt. 2. Denne undtagelse tillader cash-pooling i koncernforhold.²³²

²²⁸ Se bilag 7

²²⁹ Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, s. 506

²³⁰ Cahn, Intra-group Loans under German law, 2010, s. 3

²³¹ Eskesen, Jensen, Reform af den tyske selskabret

²³² Cahn, Capital Maintenance in German Company law, 2015, s. 18

Foruden økonomisk bistand ved aftalt overskudsdeling, gælder som tredje undtagelse, at tilbageførsel af selskabets kapital til selskabets kapitalejere kan ske, hvor tilbageførslen modsvares af en værdiudlignende modydelse eller modsvares af et tilstrækkeligt sikkert tilbagebetalingskrav.

Den afgørende betingelse for, hvorvidt et lån ydet til en kapitalejer kan anses for retmæssigt er, at den ydelse, som erlægges af låntageren som modydelse for lånet, kan anses for at være værdiudlignende ("vollwertig"). I dette begreb ligger først og fremmest, at låntagers erlagte modydelse skal være adækvat i henhold til den af selskabet ydede udbetaling, dvs. udgøre den fulde værdi af selskabets udbetaling. At modydelsen skal være adækvat indebærer i praksis blandt andet, at lånet skal ydes på de på lånetidspunktet gældende markedsvilkår²³³, herunder at forretningen af lånet skal svare til, hvad låntager ville kunne opnå i markedet. Endvidere er det en betingelse, for at modydelsen kan anses for at være værdiudlignende, at selskabet tilføres tilsvarende økonomiske fordel som kapitalejeren.

Såfremt den af låntager erlagte modydelse ikke er adækvat, gælder som alternativ for at lånet kan anses for retmæssigt, at selskabets udbetaling til kapitalejeren har udsigt til at kunne opnå dækning ved tilstrækkeligt sikkert og fuldgyldigt tilbagebetalingskrav. For at tilbagebetalingskravet kan anses for "vollwertig", må der ikke på långivningstidspunktet foreligge en konkret sandsynlighed for at kapitalejerens tilbagebetalingsforpligtelse vil blive misligholdt ("Konkrete Ausfallwahrscheinlichkeit"), således at selskabets kapitalvedligeholdelse kan blive forringet.²³⁴ Såfremt der består et misforhold mellem selskabets ydelse og kapitalejerens modydelse til gunst for kapitalejeren, vil dette blive betragtet som en ulovlig tilbageførsel af selskabskapitalen efter AktG § 57.

I en dom fra den tyske Højesteret (BGH)²³⁵ havde et aktieselskab ydet lån til en hovedkapitalejer med 51% ejerskab af selskabskapitalen. Hovedkapitalejeren var en juridisk person med begrænset hæftelse (GmbH) og skulle bruge lånet til opkøb af ejendomme. Lånet til kapitalejeren var ydet uden sikkerhed og blev forrentet på markedsvilkår. Kapitalejeren erlagde tilbagebetalingen ratevis, men forinden lånets endelige berigtigelse gik kapitalejeren konkurs. Afgørende for på hvilket grundlag selskabets ledelse kunne ifalde ansvar for lånets uerholdelighed var, hvorvidt det ydede lån måtte anses at være ydet i strid med AktG § 57.

Ved afgørelse af lånets lovlighed foretog domstolen en vurdering af de konkrete omstændigheder, som fandt sted på lånets ydelsestidspunkt. På baggrund heraf fandt domstolen, at der på lånets ydelsestidspunktet forelå et tilstrækkeligt sikkert krav på tilbagebetaling af lånet, samt at der ikke på ydelsestidspunktet forelå nogen konkret sandsynlighed for, at en tilbagebetaling af lånet ville blive misligholdt af låntager. Af denne årsag konkluderede den tyske Højesteret, at der var tale om et lovligt ydet kapitalejerlån i overensstemmelse med AktG § 57, og at selskabets ledelse ikke af denne årsag kunne ifalde erstatningsansvar. I stedet måtte et ledelsesansvar anlægges på baggrund af den mere generelle grundsætning om ledelsens tilsidesættelse af dennes forpligtelse til at opretholde et forsvarligt kapitalberedskab jf. nedenfor.

²³³ Buchholz, Haftung der Aktionäre in der Unternehmenskrise, 2008

²³⁴ Heerstraßen, Nebe, Cash Pooling after the Reform of German Act on Limited Liability Companies, 2009, s. 4

²³⁵ BGH, Urt. 01.12.2008

Højesteretsdommen illustrerer, at det er ganske få forudsætninger, der skal være opfyldt, for at et kapitalejerlån på retmæssig vis kan ydes i Tyskland, og hvor disse betingelser er opfyldt, vil ledelsen ikke af denne årsag kunne ifalde ansvar. Derudover viser dommen, at de konkrete omstændigheder på ydelsestidspunktet tages i betragtning ved afgørelsen af lånets lovlighed.

Som sidste undtagelse fremgår det af AktG § 57 stk. 1 pkt. 3, at forbuddet mod udbetaling af selskabskapitalen ydermere ikke gælder for tilbagebetaling af lån ydet af den enkelte kapitalejer til selskabet. Tilsvarende gælder for selskabets betaling af ydelser på dets forpligtelser, der økonomisk set svarer til et lån ydet af en kapitalejer, eksempelvis leje eller forpagtning.

Som generel begrænsning for hvor meget selskabet må udbetale til dets kapitalejere gælder efter AktG § 57 stk. 3 – og ligesom efter dansk ret - at udbetaling alene kan ske inden for selskabets frie reserver. Andre udbetalinger, som sker udenfor de frie reserver, må således anses for at være i strid med forbuddet mod tilbageførsel.²³⁶ For anpartsselskaber er denne restriktion mindre streng jf. nedenfor.

Såfremt en kapitalejer modtager lån i strid med ovenstående restriktioner, er denne efter AktG § 62 stk. 1 forpligtet til straks at tilbagebetale lånebeløbet til selskabet.

Ved udbetalingen af økonomisk bistand til kapitalejeren gælder, at ledelsen kan ifalde ansvar, såfremt denne ikke handler ud fra devisen om en almindelig forsigtig og samvittighedsfuld leder. ("Bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters")^{237,238} Denne forpligtelse indebærer, at ledelsen kan ifalde ansvar, såfremt denne ikke udviser forsvarlig og samvittighedsfuld varetagelse af selskabets kapitalberedskab jf. AktG § 93 stk. 1. I relation til den omtalte højesteretsdom²³⁹ nævnte domstolen blandt andet som begrundelse for ledelsens ansvar, at ledelsen ikke løbende havde foretaget kreditrisikovurdering af kapitalejeren som låntager, samt at ledelsen havde misligholdt dennes pligt til at opretholde forsvarligt kapitalberedskab.

Hvor selskabet yder lån til dets ledelsesmedlemmer eller disses nærtstående, reguleres dette i særskilte bestemmelser uden relation til bestemmelserne om kapitalejerlån. Lån kan i sådanne tilfælde ydes af selskabets øverste ledelsesorgan ved almindelig beslutning for udlån til direktionsmedlemmer jf. AktG § 89 og ved enighed for udlån til bestyrelsesmedlemmer jf. AktG § 115. Hertil gælder særlige udlånsbetingelser, hvorefter lån alene kan ydes i bestemte udlånsituationer og ikke for længere end 3 måneder.

6.1.2 Kapitalejerlån for tyske anpartsselskaber

I GmbHG § 30 stk. 1 pkt. 1²⁴⁰ udtrykkes princippet om kapitalvedligeholdelse ved, at der ikke må ske udbetaling fra selskabet til dets anpartshavere af den del af selskabs-

²³⁶ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, s. 890

²³⁷ "Bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters", minder om Bonus pater princippet, hvorefter der skal ske vurdering ud fra en juridisk gennemsnitsmenneske, som ville handle fornuftigt i en given situation. I tysk ret tager princippet ikke udgangspunkt i det almindelige menneskes handlemåde, men i stedet ud fra en almindelig og fornuftig leders handlemåde.

²³⁸ Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters

²³⁹ BGH, Urt. 01.12.2008

²⁴⁰ Se bilag 8

formuen, som må anses for værende nødvendig for opretholdelse af selskabets minimumskapital.²⁴¹ Med andre ord gælder et forbud mod udbetaling af selskabets kapital, i det omfang en sådan udbetaling vil kunne føre til underbalance i selskabet.²⁴² Såfremt selskabet foretager en udbetaling i form af lån, som fører til underbalance i selskabskapitalen, vil lånet anses for at være ulovligt. Dette betyder omvendt også, at i det tilfælde, hvor selskabets egenkapital overstiger selskabets minimumskapital, vil et anpartsselskab lovligt kunne yde økonomisk bistand til sine anpartshavere.²⁴³ Bestemmelserne for kapitalejerlån ved tyske anpartsselskaber svarer til, hvad der i 1973 blev vedtaget for den danske selskabslovgivning efter de lempeligere bestemmelser om kapitalejerlån.

Som undtagelse til udgangspunktet om udbetalingsforbud gælder tilsvarende undtagelsesstilfælde som gennemgået ovenfor efter AktG § 57 stk. 1. Herefter kan der retmæssigt ske udbetaling af selskabskapitalen, når der er tale om koncernforhold samt hvor udbetalingen er sikret ved værdiudlignende modydelse eller tilstrækkelig sikkert tilbagebetalingskrav.

Hvor udbetaling ydes i uoverensstemmelse med GmbHG § 30, følger det af GmbHG § 31 stk. 1 at der skal ske tilbagebetaling til selskabet. Såfremt en anpartshaver, som modtager lån fra selskabet, på ydelsestidspunktet var i god tro om lånets udstedelse, kan kravet om tilbagebetaling alene fremsættes, såfremt indkrævning er nødvendig til indfrielse af en af selskabets kreditorer jf. GmbHG § 31 stk. 2.

Hvor det ikke er muligt at opnå tilbagebetaling fra anpartshaveren, indtræder en videregående hæftelse for de eksisterende anpartshavere i selskabet. Dette betyder, at disse som udgangspunkt hæfter for den udækkede del af selskabskapitalen jf. GmbHG § 31 stk. 3. Forpligtelsen for anpartshaverne aktualiseres dog alene i det tilfælde, hvor betalingen er nødvendig til indfrielse af selskabets kreditorer. Såfremt hæftelsen aktualiseres, hæfter den enkelte anpartshaver uagtet om denne har deltaget i udbetalingen, og uagtet om denne har opnået en fordel ved udbetalingen.²⁴⁴ Anpartshavernes hæftelse fordeles efter deres indskudte kapitalandel. Den enkelte anpartshavers hæftelse begrænses dermed til den del, han har indskudt i selskabet.

Denne bestemmelse er værd at bemærke, idet der er tale om en videregående hæftelse for den enkelte anpartshaver, hvilket udgør en væsentlig undtagelse til udgangspunktet om begrænset hæftelse. Der kan argumenteres for, at denne videregående hæftelse er et væsentligt grundlag for, at de tyske bestemmelser for et anpartsselskabs økonomiske bistand til dets kapitalejere er bredere end bestemmelserne for tyske aktieselskaber samt de danske bestemmelser om kapitalejerlån.

Såfremt ledelsen ved en udbetaling til anpartshaveren har tilsidesat pligten til at opretholde et forsvarligt kapitalberedskab, kan de øvrige hæftende anpartshavere rette regreskrav mod ledelsen jf. GmbHG § 31 stk. 6.

²⁴¹ Minimumskapitalen for tyske anpartsselskaber i 2017 er EUR 25.000

²⁴² Eskesen, Jensen, Reform af den tyske selskabsret

²⁴³ Friis Hansen, Krenchel, Dansk selskabsret 2, 2014, s. 397

²⁴⁴ Heerstraßen, Nebe, Cash Pooling after the Reform of German Act on Limited Liability Companies, 2009, s. 4

Forbuddet i GmbH § 30 omfatter som udgangspunkt alene selskabets anpartshavere. Tilsvarende forbud gælder dog også for lån ydet til medlemmer af anpartsselskabets ledelse jf. GmbH § 43a.²⁴⁵

Udbetaling af selskabets midler til dets kapitalejere er som udgangspunkt ens for tyske anpartsselskaber og aktieselskaber. Den primære forskel mellem AktG § 57 og GmbH § 30 består efter AktG § 57 stk. 3, ifølge hvilken enhver form for udbetaling til kapital-ejerne fra aktieselskabet er begrænset af aktieselskabets frie reserver. Udbetaling til anpartshaverne fra anpartsselskabet er derimod som udgangspunkt alene begrænset af opretholdelsen af selskabets minimumskapital. Mulighederne for fleksibel finansiering og økonomisk bistand er således større hos tyske anpartsselskaber sammenholdt med aktieselskaber. Dette skal dog ses i sammenhæng med den ovennævnte videregående hæftelse, som alene gælder hos anpartsselskaber.

6.2 Beskatning af kapitalejerlån i Tyskland

Efter de tyske skatteregler kan der som udgangspunkt frit indgås retshandler mellem et selskab og dets kapitalejere.²⁴⁶ Følgelig vil sådanne retshandler ikke udløse beskatning.

Dette udgangspunkt gælder dog alene, såfremt retshandleren, eksempelvis et lån til en kapitalejer, er ydet på armslængdevilkår ("Fremdvergleich").²⁴⁷ Det væsentlige ved princippet om armslængdevilkår er, at en økonomisk transaktion mellem selskabet og kapitalejeren ikke må afvige fra de vilkår, som i en tilsvarende situation ville være aftalt mellem uafhængige parter. Formålet er at gøre transaktionen neutral. Kravet om neutralitet bevirker herefter at transaktionen skal foranstalles på markedsvilkår. I praksis indebærer dette blandt andet, at der mellem selskabet og kapitalejeren skal foreligge en lånekontrakt, og at vilkårene for lånet, herunder rentesats, sikkerhed og lånets løbetid skal ydes på markedsmæssige vilkår.

Såfremt transaktionen mellem selskabet og kapitalejeren ikke ydes på armslængdevilkår, vil dette medføre en omkvalificering af lånet, således at lånet herefter anses som et maskeret udbytte ("verdeckte Gewinnausschüttung").

Konsekvensen ved en omkvalificering til maskeret udbytte er, at der vil ske beskatning, som om der var foretaget udbytte svarende til de på udbetalingstidspunktet gældende markedsvilkår.

Grundlaget for den følgende beskatning afhænger af, hvorvidt kapitalejeren er en fysisk person eller en juridisk person.

En fysisk kapitalejer beskattes efter Einkommensteuergesetz (EStG). Her beskattes udbetalingen som et almindeligt investeringsafkast, dvs. som om der var sket ordinært udbytte fra selskabet jf. EStG § 20 stk. 1 nr. 1 pkt. 2. Herefter vil kapitalejeren blive beskattet i sin kapitalindkomst efter en standardiseret beskatningsprocent på 25%.

Hvor kapitalejeren er en juridisk person, svarende til et dansk kapitalselskab, beskattes denne efter Körperschaftsteuergesetz (KStG), hvorefter udlodning af udbytte, som udgangspunkt vil være skattefrit jf. KStG § 8 B.

²⁴⁵ Friis Hansen, Krenchel, Dansk selskabsret 2, 2014, s. 397, note 11

²⁴⁶ H 36 KStR

²⁴⁷ Althoff, Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaften und ihren Gesellschaftern, 2009, s. 52

6.3 Beskatning af grænseoverskridende kapitalejrlån

LL § 16 E træder i kraft i ethvert tilfælde, hvor kapitalejeren er skattepligtig til Danmark. Hvor en fysisk kapitalejer med bestemmende indflydelse, bosiddende i Danmark, optager et lån i sit tyske selskab, vil dette kapitalejrlån skulle beskattes efter de danske regler jf. LL § 16 E. Dette gælder på trods af, at kapitalejrlån ydet af tyske kapital-selskaber, som udgangspunkt er skattefrie. Som selskabsejer med bestemmende indflydelse er det således grundet den restriktive lovgivning på området mindre attraktivt at etablere sig i Danmark.

En kapitalejer uden bestemmende indflydelse vil dog såvel i Danmark som i Tyskland kunne undgå beskatning ved optagelse af kapitalejrlån.

En fordel ved at oprette selskabet i Tyskland er, hvor et lån er ydet fra et selskab med hjemting i udlandet til en dansk kapitalejer hjemmehørende i Danmark, vil der være tale om beskatning som B-indkomst i stedet for A-indkomst.

6.4 Delkonklusion

De tyske bestemmelser er opdelt i to love for henholdsvis anparts- og aktieselskaber, hvilket skaber en vis praktisk kompleksitet ved forståelsen af, i hvilke tilfælde det er lovligt, at selskabet yder lån til dets kapitalejere. I Tyskland er det dog overordnet set lovligt at foretage kapitalejrlån på almindelige markedsvilkår og inden for bestemte beløbsbegrænsninger.

Som udgangspunkt vil der ikke ske beskatning af lån ydet mellem selskabet og dets kapitalejere. Beskatning indtræder først i det tilfælde, hvor lånetransaktionen afviger fra almindelige armslængdevilkår, hvilket medfører, at den tyske beskatning af kapitalejrlån ikke får samme sanktionsvirkning, som ved optagelse af kapitalejrlån i Danmark. I de tilfælde, hvor det tyske kapitalejrlån ikke ydes på armslængdevilkår, omkvalificeres lånet til maskeret udbytte, og beskattes herefter.

Den tyske regulering af kapitalejrlån minder i store træk om den danske regulering, før LL § 16 E blev indsat i 2012. Udgangspunktet inden indførelsen af LL § 16 E i dansk ret var netop, at alle lån mellem et selskab og en kapitalejer skulle forrentes på armslængdevilkår for at være lovlige og udgå beskatning. I de tilfælde hvor lånet ikke fulgte armslængdeprincippet, blev det omkvalificeret til en hævning uden tilbagebetalingspligt, og skulle beskattes som enten løn eller udbytte. Med indførelsen af LL § 16 E i dansk ret forekommer der nu en markant forskel på behandling af kapitalejrlån mellem de danske og tyske bestemmelser herfor.

De tyske regler skaber en bedre fleksibilitet for kapitalejerne, samtidig med at beskatning alene indtræder i de tilfælde, hvor der er en formodning for at udbetaling af lån alene er til gunst for kapitalejeren som låntager. Ved først at lade beskatning indtræde, hvor lånetransaktionen afviger fra almindelige armslængdevilkår, formindsker den tyske regulering risikoen for dobbeltbeskatning.

7. Konklusion

De selskabsretlige regler om kapitalejrlån er gået fra at være lovlige til at være ulovlige for dernæst at blive betinget lovliggjort igen. Gennem tiden har lovgiver haft fokus på at stramme de selskabsretlige bestemmelser om kapitalejrlån i håbet om at nedbringe antallet af ulovlige lån. Til støtte herfor indførtes LL § 16 E med det formål, at eliminere de skattemæssige fordele der bestod ved optagelsen af lån i selskabet i stedet for at udbetale løn eller udbytte. LL § 16 E differentierede på flere punkter fra bestemmelsen i SL § 210 og introducerede en parallel skatteretlig regulering af kapitalejrlån. Ved

lovforslaget L 23 af 2016 skiftede lovgiver dog selskabsretligt fokus fra ønsket om nedbringelse af antallet af ulovlige kapitalejrlån til nu at tilstræbe en øget finansiell fleksibilitet i erhvervslivet. På baggrund heraf blev der vedtaget en ændring af selskabsloven omfattende en betinget lovliggørelse af kapitalejrlån. Denne vedtagelse medførte dog ingen ændring af den skatteretlige regulering af kapitalejrlån.

I dag er udgangspunktet efter SL § 210 fortsat at lån, sikkerhedsstillelser og midler, der af selskabet stilles til rådighed for en kapitalejer, er ulovligt. Som undtagelse til dette forbud kan der dog på lovlig vis ydes økonomisk bistand, såfremt betingelserne i SL § 210, stk. 2 er opfyldt. Uafhængigt af selskabsretten behandles et kapitalejrlån skatteretligt fortsat som en hævning uden tilbagebetalingspligt. Lånet vil herefter blive beskattet enten som løn eller udbytte.

Gennem afhandlingen er flere praktiske og fortolkningsmæssige uoverensstemmelser mellem de to regelsæt gennemgået. Disse begrundes særligt i det manglende samspil, der består mellem SL § 210 og LL § 16 E. Konsekvensen af lovenes asymmetri bliver, at den enkelte kapitalejer får svært ved at skabe sig et overblik over hans rettigheder og forpligtelser ved økonomisk bistand ydet fra et selskab.

For at bidrage til kapitalejerens overskuelighed samt forbedre samspillet mellem de to regelsæt, bør der af lovgiver foretages flere tiltag.

Det første tiltag omhandler personkredsen for de to regelsæt. Helt grundlæggende vil det skabe bedre gennemsigtighed, såfremt personkredsen var enslydende. Det tilskyndes derfor, at der sker en ensretning af personkredsen efter henholdsvis SL § 210 og LL § 16 E.

Endvidere ville det skabe et fordelagtigt praktisk overblik, såfremt det var klart for den enkelte kapitalejer, hvornår der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Så længe der består en identisk ordlyd af begrebet i henholdsvis SL § 212 og LL § 16 E, bør fortolkningen heraf ensrettes.

For at kunne opnå det mest optimale samspil mellem SL § 210 og LL § 16 E, består der et behov for, at de ovenstående tiltag tages op til overvejelse. I samme forbindelse er det en nødvendighed, at dobbeltbeskatningen bliver revideret. Det primære fokus bør lægges på problematikken herom.

Dobbeltbeskatning af kapitalejrlån opstår tillige på baggrund af den manglende kobling mellem selskabsretten og skatteretten, hvor beskatning efter LL § 16 E indtræder uanset om kapitalejrlånet er selskabsretligt lovligt eller ulovligt, og uanset om lånet tilbagebetales. Herefter består selve dobbeltbeskatningen i, at lånet selskabsretligt bliver tilbagebetalt og når midlerne er tilbageført, må en udlodning af midlerne på ny behandles efter de sædvanlige skattemæssige regler herom. Dette betyder, at midlerne igen bliver beskattet, når der eksempelvis udbetales udbytte. LL § 16 E medfører således en vidtgående beskatning, som vil begrænse den praktiske anvendelse af SL § 210 stk. 2 og gøre lovliggørelsen af denne praktisk overflødig.

Afhandlingens løsningsforslag på denne problematik er, at der i LL § 16 E indarbejdes en henvisning til SL § 210 stk. 2. Til støtte for dette løsningsforslag, kan den tyske regulering af kapitalejrlån tages i betragtning.

I Tyskland er det overordnet set lovligt at optage kapitalejrlån på almindelige markedsvilkår og inden for bestemte beløbsbegrænsninger, mens der som udgangspunkt ikke vil ske beskatning heraf. Beskatningen indtræder først i det tilfælde, hvor lånetransaktionen afviger fra de almindelige armslængdevilkår, hvilket medfører, at den tyske beskatning af kapitalejrlån ikke får samme sanktionsvirkning, som ved optagelse af kapitalejrlån i Danmark. Herved undgås dobbeltbeskatning ved kapitalejrlån ydet på armslængdevilkår, mens beskatning opretholdes for lån som afviger herfra. Denne regulering burde overvejes ved en revidering af de danske skatteregler, således at beskatningen bliver afhængig af, om lånet selskabsretligt er lovligt eller ulovligt. Hidtil har det ikke haft selvstændig skattemæssig virkning, om et lån var ydet i strid med det selskabsretlige forbud mod kapitalejrlån. Med den nye betingede lovliggørelse af SL § 210, anses dette dog at være en nødvendighed.

Såvel i tysk ret som i dansk ret sker der ikke nogen genoptagelse af beskatningen ved tilbagebetaling af ulovlige lån. Denne tilgang bør bevares, for at opretholde den skatteretlige præventive virkning mod optagelse af ulovlige lån, således at skatten ikke kan annulleres, som ellers foreslået i L 171. Dette støttes af de tal og undersøgelser, som er analyseret i afsnit 4, hvoraf det følger, at der inden indførelsen af LL § 16 E blev optaget betydeligt flere kapitalejrlån end efter bestemmelsens indførelse. Herudfra kan der argumenteres for, at stigningen i antallet af kapitalejrlån inden 2012 hang sammen med de manglende skattemæssige konsekvenser heraf.

Såfremt lovgiver ikke reviderer LL § 16 E, således at bestemmelsen bliver nemmere at anvende i sammenhæng med SL § 210, tilstræbes det, at der indrømmes en bredere adgang til at kunne omgøre fejlpositioner. Som udgangspunkt kan rene ekspeditionsfejl rettes uden tilladelse fra SKAT, eksempelvis ved at modregne lånet i en fordring på udbytte. I de tilfælde hvor fejlen dog ikke kan kvalificeres som en ren ekspeditionsfejl, må det konkluderes, at mulighederne for omgørelse er snævre. Lovgiver bør i relation hertil, hvor omgørelsen ikke er båret af omgåelseshensyn, påtænke at lempe vilkårene herfor. Behovet for lempelsen skal ses i tilknytning til, at beskatning af kapitalejrlån er det område, hvor revisorerne oftest foretager korrektioner. Derudover må mulighederne for omgørelse vurderes at få en praktisk øget betydning, hvis lovgiver ikke skaber symmetri mellem bestemmelserne.

Dersom lovgiver vil undgå, at den betingede lovliggørelse af SL § 210 bliver praktisk overflødig, bør der ske en modificering af den skatteretlige regulering af kapitalejrlån, som ovenfor foreslået. Dette bør ske for at skabe en mere effektiv regulering af området med mere enkle regelsæt, samt for at samspillet mellem SL § 210 og LL § 16 E vil kunne tillade lovgivers påtænkte finansielle fleksibilitet for kapitalejerne.

8. Litteraturliste

Bøger			
Titel	Forfatter/Redaktør	Udgivet	Udgivet af
Selskabsret	Erik Werlauff	2010, 8. udgave	Thomson Reuters
Selskabsret	Erik Werlauff	2016, 10. udgave	Karnov Group
Kapitalejerlån og Selvfinansiering	Martin Christian Kruhl og Ole B. Sørensen	2014, 1. udgave	Karnov Group

Grundlæggende Skatteret 2017	Jacob Graff Nielsen, Henrik Dam, Henrik Gam og Kjeld Hemmingsen	10. udgave	Karnov Group
Selskabsloven med kommentarer	Erik Werlauff og Peer Schaumburg-Müller, Werlauff	2014	Jurist og Økonomforbundets forlag
Kapitalselskaber, aktie og anpartselskaber	Jan Schans Christensen	2009, 3. udgave,	Karnov Group
Kapitalselskaber, aktie og anpartselskaber	Jan Schans Christensen	2014, 4. udgave	Karnov Group
Aktie og anpartselskabsret	Paul Krüger Andersen	2017, 13. udgave	Jurist og Økonomforbundets forlag
Dansk selskabsret 2	Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel	2014, 4. udgave	Karnov Group
Selskabers kapital	Mette Neville, Lars Bo Langsted	1999, 1. udgave	Jurist og Økonomforbundets forlag

Artikler og tidsskrifter

Titel	Tidsskrift/Forfatter	Udgivet	Udgivet af/i
TfS 1997.496 Ø	Tidsskrift for skatter og afgifter	1997	Karnov Group
TfS 2007.345 H	Tidsskrift for skatter og afgifter	2007	Karnov Group
TfS 2004.229: Ledelsens sæde som grundlag for fuld skattepligt	Tidsskrift for skatter og afgifter, René Lykke Wetherlund	2004	Karnov Group
TfS 2013.354: Aktionærlån og beskatning	Tidsskrift for skatter og afgifter, Bent Ramskov, DAHL Advokater	2013	Karnov Group
TfS 2014.205: Beskatning af aktionærlån – ny praksis om undtagelse fra beskatning	Tidsskrift for skatter og afgifter, Karsten Gianelli	2014	Karnov Group
SPO.2013.267: LL § 16 E i kritisk EU-retlig belysning	Erik Werlauff og Thomas Rønfeldt	2013	Skattepolitisk Oversigt s. 267 ff
SR.2012.328: Aktionærlån beskattes som løn eller udbytte	John Bygholm og Mette Bøgh Larsen	2012	SR-Skat, årg. 24, nr. 5, s. 328-335
SR.2014.0200: Beskatning af aktionærlån – en status	John Bygholm og Mette Bøgh Larsen	2014	SR-skat, årg. 26, nr. 4, s. 200-208

RR.2014.08.0016: Aktionærlån – selskabsretligt og skatteretligt	Christian Bredtoft Guldmann, Moalem Weitemeyer og Jan Storgaard Hove	2014	Revision og Regnskab, Karnov Group
Skatterådet på afveje i afgørelse om aktionærlån	John Bygholm	2013	SR-skat, årg. 25, nr. 2, s. 77-83
Selskaber og politik: om selskabslovens politisering	Johannes Michelsen	1987	Politica
UfR 2003B.201: Lovlige aktionærlån	Mette Neville og Erik Werlauff	2003	Karnov Group
UfR.2009B.143: selskabers kapital – konsekvenser af selskabsreformen 2009/10	Erik Werlauff	2009	Karnov Group
RR.2017.02.0054: Betinget lovliggørelse af kapitalejerlån – nye regler med praktiske udfordringer	Jesper Seehausen	2017	Revision og Regnskab, Karnov Group
U.2011B.293: Lovlig selvfinansiering	Henrik Kure	2011	Karnov Group

Afgørelser, domme, kendelser og bindende svar fra SKAT

Titel	Art	Offentliggjort	Emne
SKM 2014.17.SR	Bindende svar	8. januar 2014	Aktionærlån
SKM 2014.16.SR	Bindende svar	8. januar 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.15.SR	Bindende svar	8. januar 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.14.SR	Bindende svar	8. januar 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.107.SR	Bindende svar	28. januar 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.294.SR	Bindende svar	25. marts 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.663.SR	Bindende svar	26. august 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.709.SR	Bindende svar	23. september 2014	Anpartshaverlån
SKM 2014.712.SR	Bindende svar	23. september 2014	Anpartshaverlån
SKM 2013.113.SR	Bindende svar	13. januar 2013	Beskatning
SKM 2011.155.SR	Bindende svar	25. januar 2011	Beskatning af over- skudsandel
SKM 2012.29.BR	Dom	7. december 2011	Aktionærlån og yderli- gere løn
SKM 2009.523.BR	Dom	25. august 2009	Hævninger over mel- lemregningskonto
SKM 2008.913.BR	Dom	31. oktober 2008	Hævninger på mellem- regningskonto. Beskat- ningstidspunkt
SKM 2012.661.VLR	Dom	9. november 2012	Hovedaktionær insol- vent (erstatter SKM.2012.29.BR)
SKM 2014.825.SKAT	Styresignal	3. december 2014	Styresignal om aktio- nærlån

Landsskatterettens kendelse, J.nr.: 13-0250447	Kendelse	24.10.2014	Anvendelsen af SFL § 29
Erhvervsankenævnets kendelse af 28.01.2013, J.nr.2012-0026400	Kendelse	28.01.2013	Sædvanlige forretningsmæssige dispositioner

Spørgsmål og kommentarer til L 199

Art	Anvendt forkortelse	Offentliggjort	Udgivet af
Bilag 2, Høringsskema	L 199, bilag 2, høringsskema	14. august 2012	Skatteministeriet
Bilag 8, fra Danske advokater	L 199, bilag 8	28. august 2012	Skatteministeriet
Bilag 11, Skatteministerens kommentar til Danske Advokaters henvendelse af 28.8.2012	L 199, bilag 11	30. august 2012	Skatteministeriet
Bilag 13, Skatteministerens kommentar til Deloitte's henvendelse af 28.8.2012	L 199, bilag 13	30. august 2012	Skatteministeriet
Bilag 14, Skatteministerens kommentar til CORIT Advisory P/S's henvendelse af 24.8.2012	L 199, bilag 14	30. august 2012	Skatteministeriet
Bilag 16, Skatteministerens kommentar til BDO's henvendelse af 29.8.2012	L 199, bilag 16	30. august 2012	Skatteministeriet
Bilag 21, Skatteministerens kommentar til FRS – danske revisorer's henvendelse af 29.8.2012	L 199, bilag 21	2. september 2012	Skatteministeriet
Spørgsmål 1 til L 199	Ingen forkortelse	28. august 2012	Skatteministeriet

Love, lovforslag, lovbemærkninger, betænkninger og vejledninger

Beskrivelse	Art	Anvendt forkortelse
Selskabsloven	Lov	SL
Ligningsloven	Lov	LL
Kildeskatteloven	Lov	KSL
Statsskatteloven	Lov	SSL
Selskabsskatteloven	Lov	SEL
Kursgevinstloven	Lov	KGL
Boafgiftsloven	Lov	BAL
Skatteforvaltningsloven	Lov	SFL
Lovforslag L 199	Lovforslag	L 199 som fremsat

Bemærkninger til L 23 af 2016 af 5. oktober 2016	Alm. bemærkninger	Alm. bemærkninger til L 23
L 23 af 2016 høringsnotat 4. oktober 2016. Erhvervs- vækst og eksportudvalget 2016/17	Høringsnotat	Høringsnotat vedr. forslag til lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven
Bemærkninger til L 199 af 14. august 2012	Alm. bemærkninger	Alm. bemærkninger til L 199
Den juridiske vejledning, version 1.6	Vejledning	J.V., C.B.3.5.3.3, version 1.6
Den juridiske vejledning, version 2.7	Vejledning	J.V., C.B.3.5.3.3, version 2.7
Den juridiske vejledning, version 2.1	Vejledning	J.V., C.D.11.1.2.3.1, version 2.1
Den juridiske vejledning, version 2.7	Vejledning	J.V., G.a.3.3.7.2.2, version 2.7
Modernisering af selskabsretten. Betænkning nr. 1498	Økonomi- og Erhvervsministeriet betænkning 1498, nov. 2008	Bet 1498
LBK nr. 1365 af 29.11.2010 (Historisk)	Lovbekendtgørelse	LBK nr. 1365 (Historisk)
LBK nr. 232 af 06.07.1952	Lovbekendtgørelse	LBK nr. 232 af 1952
Betænkning 170 og 171 2008/1	Betænkning af Erhvervsudvalget 15. maj 2009	Betænkning 170 og 171
Lovforslag 84 om ændring af aktieavancebeskatningsloven m.f., bilag 1	Bilag til Lovforslag 84, 2010/2011	L 84, bilag 1
Betænkning nr. 362 af 1964	Betænkning om revision af aktieselskabslovgivningen	Betænkning nr. 362 af 1964
Betænkning nr. 540 af 1969	Betænkning om fælles nordisk aktieselskabslovgivning	Betænkning nr. 540 af 1969
Lov nr. 123 af 15. April 1930	Lov om aktieselskaber	L nr. 123 af 1930 om aktieselskaber (historisk)
Lov nr. 282 af 9. Juni 1982	Lov om aktieselskaber	L nr. 282 af 1982
Lov nr. 470 af 12. Juni 2009	Selskabsloven	L nr. 470 af 2009
Lovforslag nr. 171 af 1973	Lovforslag til lov om aktieselskaber	L 171 af 1973
Lovforslag nr. 170 af 2009	Lovforslag til lov om aktie- og anpartsselskaber	L 170 af 2009

Lovforslag nr. 23 af 2016	Lovforslag til lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven	L 23 af 2016
----------------------------------	---	--------------

Andet			
Titel	Type	Anvendt forkortelse	Eventuelt link
Fremsættelsestale af Thor Pedersen	Skriftlig fremsættelsestale til L 199 af 14. august 2012	Skriftlig fremsættelsestale til L 199	
Ulovlige aktionærlån	FRS – Analyse ISSN-NR.: 2245-7534, 2013	FRS – analyse: Ulovlige aktionærlån	
Eksempler på kapitalejerlån af Jesper Seehausen	Powerpoint	Seehausen, Eksempler på kapitalejerlån	https://www.google.dk/?gws_rd=ssl#q=_jesper+seehausen+eksempler+på+kapitalejerlån 1. resultat på google.
Skatteministerens svar til Skatteudvalgets spg. nr. 526 af 13 juni 2013	Skriftligt endeligt svar på spg. 526	Ingen forkortelse	http://new.folketingsbilag.dk/files/1265518.pdf
Erhvervsankendelsesnævnets kendelse af 28.01.2013, J.nr.2012-0026400	Kendelse	Ingen forkortelse	
R. T. 1951- 52, tillæg B sp. 2177	Svar på spørgsmål	R. T. 1951- 52, tillæg B sp. 2177	

FSR – analyser og FSR - surveys		
Beskrivelse	Type	Anvendt forkortelse
Mistede oplysninger i forbindelse med fravalget af revision, december 2016	FSR Analyse	Tal fra FSR analyse, 2016: Mistede oplysninger i forbindelse med fravalget af revision
Korrektion af skattebetaling i forbindelse med revision, juli 2016	FSR Survey	Tal fra FSR Survey: Korrektion af skattebetaling i forbindelse med revision
Ulovlige lån i danske selskaber	FSR Analyse	FSR Analyse af 2014-regnskaberne vedr. ulovlige lån i danske selskaber

Tyske kilder		
Titel	Type	Forfatter/udgivelsesår
Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen Mom	Lov	MoMiG
Selskabsretlig regulering i udvalgte lande	Undersøgelse	Bech-Bruun 2016
Comparative company law	Bog	Donald Cahn 1. udgave, 2010
Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht	Bog	Marcus Lutter, Walter Bayer, Jessica Schmidt, 5. udgave, 2012
Kapitalgesellschaftsrecht	Bog	Jan Wilhelm, 3. Udgave, 2009
Intra-group Loans under German law	Artikel	Donald Cahn, 2010
Capital Maintenance in German Company law	Artikel	Donald Cahn, 2015
Haftung der Aktionäre in der Unternehmenskrise: Der Schutz des Grundkapitals nach Reform durch das MoMiG	Artikel	Dietmar Buchholz, 2008
Cash Pooling after the Reform of German Act on Limited Liability Companies (GmbHG)	Artikel	Frank Heerstraßen, Felix Nebe, 2009
BGH 179	Højesteretsafgørelse	2008
Gesellschaftsrecht	Bog	Karsten Schmidt, 4. Udgave, 2002
Rechtsfolge verbotener Einlagenrückgewähr	Artikel	Friedrich Graf, 2012
Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaften und ihren Gesellschaftern	Bog	Frank Althoff, 2. Udgave, 2009
Verdeckte Gewinnausschüttung	Artikel	Christoph Rimmek, 2008
<u>www.steuer.de</u>	Hjemmeside SKAT	https://www.smartsteuer.de/online/lexikon/v/verdeckte-gewinnausschuetzung-lexikon-des-steuerrechts/

9. Bilag

Bilag 1-8

(Bilag 1-6 er fjernet af redaktionen af hensyn til andres ophavsret-tigheder)

Bilag 7 AktG § 57: Forbud mod tilbageførsel og forrentning af indskudt sel-skabskapital

Bilag 8 GmbHG § 30: Kapitalvedligeholdelse

Bilag 7

AktG § 57: Forbud mod tilbageførsel og forrentning af indskudt selskabskapital

Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden. Als Rückge-währ gilt nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Aktionärs-darlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Aktionärsdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

1. *Den Aktionären dürfen Zinsen weder zugesagt noch ausgezahlt werden.*
2. *Vor Auflösung der Gesellschaft darf unter die Aktionäre nur der ^[L]_[SEP]Bilanzgewinn verteilt werden.*

Bilag 8

GmbHG § 30: Kapitalvedligeholdelse

Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabfüh-rungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Ge-sellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forde-rungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirt-schaftlich entsprechen.

Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Zurückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten er-folgen, nachdem der Rückzahlungsbeschuß nach § 12 bekanntgemacht ist. Im Fall des § 28 Abs. 2 ist die Zurückzahlung von ^[L]_[SEP]Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen.