

Skatteretlige konsekvenser af selskabsreformen

Jakob Bundgaard

Partner, lektor, Ph.d.

2. Februar 2010

Agenda

- Generelt om forholdet mellem skatteret og selskabsret
- Skatteretlige effekter af hovedelementer i selskabsreformen
- Lovændringer som følge af selskabsreformen
- Konklusion

Generelt om forholdet mellem skatteret og selskabsret



Generelt om forholdet mellem skatteret og selskabsret

- Selskabsret og skatteret udgør en væsentlig del af det praktiske samspil mellem skatteret og civilret
- Selskabsretten bidrager med faktum til skatteretten
- Selskabsretlige begreber indgår ofte som retsfaktum i mangel af selvstændige skatteretlige begrebsdannelse
- Selskabsretlige dispositioner anerkendes generelt i skatteretten, idet den formbundne natur udtrykker dispositionens realitet og dermed som udgangspunkt ikke kan tilsidesættes
 - Selskaber kan ikke være nulliteter
 - Kapitalforhøjelser og nedsættelser skal anerkendes, jf. TfS 2006.1062 H *Finwill*
 - Skat mener ikke dette gælder fsva. udbytte, jf. TfS 2007.449 SR
- Hvordan spiller skatteretten ind på selskabsretten?

Skatteretlige effekter af hovedelementer i selskabsreformen

Generelt om selskabsreformens påvirkning på skatteretten

- Reformen ændrer ikke grundlæggende på forholdet mellem skatteret og selskabsret.
- Moderniseringen indebærer dog, at en række skatteretlige forhold bør overvejes nærmere.

Stiftelse med fremadrettet virkning

•Selskabsret

- Mulighed for at stiftelsen først har virkning på et senere tidspunkt end stiftelsesdokumentets underskrivelse (SL § 40, stk. 3)

•Skatteretlig konsekvens

- I skatteretlig henseende er det absolutte udgangspunkt, at selskabers skattepligt indtræder fra **stiftelsen**, jf. SEL § 4, stk. 1
- Stiftelsen må i skatteretlig henseende være det udskudte virkningstidspunkt, idet stiftelsen først har virkning herfra.
- Uanset at selskabet faktisk er registreret (registrering er skattepligtsbetingelse, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1.).
- Muligheden for stiftelse med tilbagevirkende kraft bevares, jf. SEL § 4, stk. 4, for virksomhedsomdannelser, SEL § 4, stk. 5 for datterselskabsstiftelse og VOL § 2, stk. 1, nr. 6 for skatteneutrale virksomhedsomdannelser.

Omgørelse af selskabsstiftelser

Selskabsret

- SL § 41: Retssubjektivitet ved registrering.

Skatteret

- Hidtil tilladt at gennemføre skatteretlig omgørelse af kapitalselskaber, jf. TfS 2004.669 LR.
- Bemærkningerne til SL § 41: *"der [kan] ikke ændres på grundlaget for stiftelsen. Det skal i den forbindelse fastslås, at stiftelsen af et kapitalselskab ikke efterfølgende kan tilsidesættes, eksempelvis som led i en skatteretlig omgørelse"*.
- Derfor ikke omgørelse, hvis aktiver indskudt i selskabet skal tilbageføres til stifterne, uanset skatteretlig hjemmel i SFL § 29.
- Uklart, om Skat vil tillægge dette betydning i lyset af udtalelsen i TfS 2004.669 LR, hvor det nævnes, at de selskabsretlige spørgsmål ikke henhører under Skat's kompetence.

Hjemsted og flytning heraf

Selskabsret

- Krav om oplysning af hjemsted i selskabets vedtægter ophæves (ny SL § 5)
- Dvs. fortsat krav om dansk hjemsted. Men ikke specifik angivelse af hjemstedskommune.

Skatteret

- Indregistreret selskab er skattepligtigt til Danmark, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1.
- Illustration - TfS 2009.987 SR
 - Bestyrelse i DK ApS flyttes til Schweiz .
 - Bestyrelsen træffer alle beslutninger og bor i Schweiz.
 - E&S meddelt, at der ikke er noget til hinder for at ledelsen i et DK A/S eller ApS har sæde i et andet land, uanset vedtægtsmæssigt hjemsted i DK. Derfor fortsat DK indregistreret selskab. E&S nævner ikke praksis om, at selskabets ledelse skal kunne kontaktes på den angivne adresse.

Hjemsted og flytning heraf

Spm. 1:

- Er selskabet fortsat fuldt skattepligtigt til DK, men kan DK alene beskatte de indkomster som DK efter DBO er tillagt beskatningsretten til?
- SKAT: ApS fortsat fuld skattepligt til DK, jf. også TfS 2007.264 H
 - Lægger vægt på selskabsretlig bedømmelse
 - Hvis dobbeltdomicil, så løses situationen efter DK-CH DBO art. 4, stk. 3.

Spm 2:

- Vil fraflytning udløse ophørsbeskatning?
 - Ja, jf. SEL § 5, stk. 7.
 - MEN, konkret uden betydning, idet selskabets væsentligste aktiv var en kontantbeholdning, som ikke er skatterelevante.

Hjemsted og flytning heraf

Grænseoverskridende hjemstedsflytning

- Der er ikke indført generel adgang til grænseoverskridende hjemstedsflytning (fortsat mulighed for SE og SCE-selskaber).
- EU-harmonisering afventes

Begrænset indbetaling af selskabskapitalen

•Selskabsret

- Begrænset indbetaling af selskabskapitalen (min. 25%, jf. SL § 33)

•Skatteret

- Udgør den manglende indbetaling en fordring/gæld?
 - Ja, jf. bemærkningerne til SL § 33: *"I stedet for fuld indbetaling, som kræves efter gældende ret, vil enten en del eller hele selskabskapitalen udestå som en personlig fordring på kapitalejeren"*.
 - Gælder også i skatteretten
- Krav om forretning?
 - Principielt krav om forretning, hvis der er tale om en hovedaktionær eller et koncernselskab, jf. LL § 2. Ellers ikke hjemmel til at kræve forrentning, jf. TfS 1998.199 H
- Bem. til SL § 33: *"Selskabet kan afskrive fordringen i overensstemmelse med de gældende regler i skattelovgivningen"*
 - Giver ingen mening! Betyder det, at eventuelt tab for selskabet ved uerholdelighed kan fradrages som et kurstab?

Begrænset indbetaling af selskabskapitalen

- Anskaffelsestidspunkt og anskaffelsessum for kapitalandele, hvor kapitalen er delvist indbetalt
 - L 202, 2009, Bilag 58, svar til Kromann Reumert:
 - *Det bemærkes, at muligheden for at lade en del af aktiekapitalen udestå som en personlig fordring på kapitalejeren indgår som en del af det af økonomi- og erhvervsministeren fremsatte forslag til en ny lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), jf. L 170. Der er ikke i den forbindelse sket ændringer i de skattemæssige regler. De skattemæssige konsekvenser af at udnytte den selskabsretlige mulighed vil derfor bero på en konkret ligningsmæssig vurdering af de gældende skattemæssige regler.*
 - *Jeg kan dog i den forbindelse henvise til min kommentar til det modtagne hørings svar fra Advokatanpartsselskabet Bent Stamer. I kommentaren redegøres der for, at det ikke vil have betydning for den skattemæssige kvalifikation af aktier som enten datterselskabsaktier eller porteføljeaktier, om aktiekapitalen er fuldt indbetalt, eller om den foreslåede selskabsretlige adgang til at lade en del af kapitalen udestå er udnyttet.*
- Derfor også betydning i forhold til andre ejerskabskrav, herunder kontrol, bestemmende indflydelse mv.
- Består der en fordring samtidig med at aktierne anses for anskaffet.
- Uafklaret med hensyn til anskaffelsessum og – tidspunkt
 - Senest FSR's spm. til SKM til L 202, p. 20:
 - *”FSR beder SKM om at bekræfte, at både anskaffelsessum og – tidspunkt for aktierne skattemæssigt er upåvirket af, om der sker en fuld eller delvis indbetaling af den tegnede kapital?”*

Egne kapitalandele

Selskabsret

- Ophævelse af 10%-grænsen

Skatteret

- Nye skatteregler vedrørende egne aktier fra 1.1. 2010
- ABL § 10: Gevinst og tab på egne aktier er skattefrie, uanset om mere eller mindre end 10% og uanset om næringsaktier.
- Egne aktier anses i forhold til flere skatteregler for at være retligt suspenderede og skal følgelig ikke medregnes som aktier ved eksempelvis ejerandele (tynd kap, CFC, TP mv. – Se herom LV S.I.2.2.).
- Egne aktier kan formentlig forøge risikoen for at falde under anvendelsesområdet af de givne værnsregler, idet egne aktier fragår ved vurderingen af om kontrol foreligger..

Selvfinansiering

Selskabsret

- Økonomisk bistand med et kapitalselskabets egne midler (SL §§ 206 ff)
- Mulighed for selvfinansiering, bl.a. hvis:
 - Den økonomiske bistand etableres på sædvanlige markedsbetingelser især hvad angår rente, sikkerhedsstillelse og vurdering af kreditværdighed.

Skatteret

- Hvis overdragelse til tredjemand, som er koncernforbundet med selskabet eller nærtstående til hidtidige kapitalejere, følger ovenstående betingelser allerede af gældende skatteregler, jf. LL § 2
- Der skal således ske forrentning på markedsmæssige vilkår og betaling for sikkerhedsstillelse

Aktionærlån

Selskabsret

- Forbuddet opretholdt (SL § 210) – trods forslag om at lempe herpå.
- Udvidelsen af kredsen af moderselskaber der må optage lån (SL § 211) – OECD's klasse 0 og 1

Skatteret

- Ulovlige aktionærlån anerkendes også i skatteretlig henseende og skal forrentes på markedsvilkår.
- I LV S.F.2.2.4.1., angives det, at den selskabsretlige rentesats skal anvendes ved rentefiksering ved et ulovligt aktionærlån, idet der henvises til ASL § 115 og ApSL § 49 og den heri anførte rentesats.
- *Faldet bort.* Forslag til LL § 16 E: Lån skulle behandles som udbytte, hvis låntager er aktionær og som yderligere vederlag for personligt arbejde i tjenesteforhold, hvis lån til ledelsesmedlem.

Ejeraftaler

Selskabsret

- Ejeraftaler er ikke bindende for selskabet
- Aftaler om skævdeling af udbytte skal være vedtægtsbestemt
- Kapitalejer har ret til andel i kapitalselskabets overskud i forhold til deres ejerandel, medmindre andet er fastsat i selskabets vedtægter, jf. SL § 1, stk. 2.
- Ikke accepteret, at udbytte afhænger af kapitalejers omsætning med selskabet.

Skatteret

- Kapitalejer har erhvervet ret til udbytte som vedtægterne giver ret til, uanset at der gives afkald på generalforsamlingen, jf. UfR 1986.772 H.
- Generelt kan beskatning undgås ved *forudgående* blanke indkomstafkald.
- Kan ejeraftaler opfylde dette eller skal der vedtægtsbestemmelse til?
- Vil flytning af skævdeling medføre en afståelsesbeskatning, idet den eksisterende aftale ikke er bindende for selskabet?

Stemmeløse aktier

Selskabsret

- Stemmeløse aktier genindføres i A/S-regi (SL § 46)

Skatteret

- Stemmeløse aktier kan i større udstrækning anvendes i forbindelse med skatteretlig strukturering, hvor formel aktiebesiddelse er nødvendig (e.g. opnåelse af datterselskabsaktiestatus).
- Alternativ til erhvervsobligationer.
- Rejser det centrale spørgsmål, hvorvidt der er tale om aktier eller gæld eller noget tredje?
 - Store forskelle internationalt.
 - Dansk ret: selskabsretlige formaliteter opretholdes i skatteretlig henseende.
 - Dvs. gode muligheder for at anvende stemmeløse præferenceaktier.

Aktieklasser

Selskabsret

- Fastholdelse af vide rammer for kapitalejernes indretning
- Moderniseringsudvalgets betænkning, 2009, p. 175:
- *”Finansielle instrumenter udstedt af selskaber som led i deres finansiering kan ikke betragtes som et enkelt valg mellem enten erhvervsobligationer eller aktier, men derimod udgør en bred vifte af forskellige instrumenter.....*
- *....selskabslovgivningen bør afstå fra at lægge hindringer i vejen for den investeringsbeslutning, som selskabet og dets investorer ønsker at træffe.*
- *...Lovgivningen bør således give størst mulig fleksibilitet.”*
- Eksempler (Bem. L 170, ad § 46):
- Aktier med højere eller lavere stemmeværdi end andre aktier eller nominelle aktier med samme værdi, herunder stemmeløse aktier med eller uden repræsentationsret.
- Aktier, hvor stemmeretten forhøjes i forhold til besiddelsestid (anciennitetsaktier eller loyalitetsaktier).
- Aktier med økonomiske særrettigheder. Præferencestilling, f.eks. fortrinsret til udbytte.
- Non-voting cumulative convertible preference shares

Aktieklasser

Skatteret

Anvendelse af aktieklasser

- Generationsskifter? A/B klasser til finansiering for junior
- Forøge formelt ejerskab til kapitalen i et selskab så visse ejerskabskrav mødes.
- Aktier med gældens karakteristika (hybrid finansiering) – tax arbitrage
- Tracking shares?

Skatteretlige risici ved vedtægtsændringer

- Vedtægtsændringer kan medfører afståelse af en aktie, hvis denne efter en konkret vurdering anses at have en anden identitet
 - Forudsætter, at der sker en formueforskydning mellem selskabets aktionærer.
 - Omfatter overvejende økonomiske rettigheder, men kan efter omstændighederne også omfatte forvaltningsmæssige rettigheder.
 - Gælder ikke ved nystiftelser og eneaktionærer.

Stykaktier

Selskabsret

- Et selskab kan udstede kapitalandele med nominel værdi eller som stykandele eller en kombination heraf (SL § 47)

Skatteret

- Kombineret anvendelse medfører forøget behov for opmærksomhed ved avanceopgørelser efter ABL

Kapital – Arven fra 1973

- **Udbyttegivende gældsbreve (Profit Participating Loans - PPL)**
 - Intet nyt selskabsretligt
 - Fortsat ikke endelig afklaring af den skatteretlige behandling – volder fortsat problemer i praksis

- **Konvertible obligationer**
 - Intet nyt selskabsretligt
 - Anvendelse af selskabsretlig begrebsdannelse i skattelovgivningen?
 - Muligheden for Skat til at anvende supplerende kriterier ved kvalifikationen – spørgsmålet på ny aktualiseret i 2008?
 - Meget restriktiv beskatning af konvertible obligationer som ikke længere er neutral i forhold til aktier

Selskaber med begrænset ansvar

Selskabsret

- Ændring til LEV § 3
 - ”Desuden en betingelse, at virksomhedsdeltagerne ikke kan modtage udbytte i forhold til deres andel af kapitalen...”.

Skatteret

- Udelukker LEV § 3 selvstændig skattesubjektivitet?
- SEL § 1, stk. 1, nr. 2: *skal* fordele overskud i forhold til indskudskapital.
- Måske betydning for selskaber som fordeler overskud efter omsætning med selskaber.
- Kan måske være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, når blot likvidationsprovenu fordeles på baggrund af kapitalindskud (RR 1970 SM 82)

Skatteretlige lovændringer som følge af selskabsreformen



Nyt koncernbegreb

- Nyt koncernbegreb i SL § 6
- Skift fra formel til reelt koncernbegreb - fortolkes i overensstemmelse med IAS 17 og SIC 12.
- Betydning for sambeskatning mv.:
 - SEL § 31 C, stk. 1-7, affattes således:
 - »Et selskab, en fond, en trust eller en forening mv. (moderselskabet) udgør sammen med et eller flere datterselskaber en koncern. Et selskab kan kun have ét direkte moderselskab. Hvis flere selskaber opfylder et eller flere af kriterierne i stk. 2-6, er det alene det selskab, som faktisk udøver den bestemmende indflydelse over selskabets økonomiske og driftsmæssige beslutninger, der anses for at være moderselskab.
 - Stk. 2. Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.
 - Stk. 3. Bestemmende indflydelse i forhold til et datterselskab foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem et datterselskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.
 - Stk. 4. Ejer et moderselskab ikke mere end halvdelen af stemmerettighederne i et selskab, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har
 - 1) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer,
 - 2) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale,
 - 3) beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller
 - 4) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.
 - Stk. 5. Eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.
 - Stk. 6. Ved opgørelsen af stemmerettigheder i et datterselskab ses der bort fra stemmerettigheder, som knytter sig til kapitalandele, der besiddes af datterselskabet selv eller dets datterselskaber.
 - Stk. 7. Et selskab skal holdes ude af sambeskatningen, hvis der er fradraget eller vil kunne fradrages tab på fordringer mod selskabet efter kursgevinstlovens § 4, stk. 5, af et koncernforbundet selskab.«

Nyt koncernbegreb

- Væsentligste ændring er, at der kan foreligge en koncern, selvom moderselskabet ikke ejer kapitalandele i dattervirksomheden.
- Kan medføre betydelig ændringer, jf. *Engsig-Sørensen* i Den nye Selskabslov, 2009, p. 60.
- Betydning for de tilfælde, hvor der ikke hidtil har været etableret en sambeskatningskreds grundet det forhold, at der ikke samtidig var kapitalbesiddelse og bestemmende indflydelse.
 - Ses i private equity fonde

Oplysningspligt – lov nr. 516 af 12.6. 2009

- SKL § 3 A om oplysningspligt for aktionærer ophæves i sin hidtidige form
 - SKAT vil uden omkostninger og i ubegrænset omfang få adgang til Ejerregisteret, herunder historiske data om ejer- og råderet i selskaberne.
 - Skat inddrages i overvejelserne om etablering af Ejerregistrets faciliteter for at sikre de oplysninger om hovedaktionærforhold som i dag modtages via selvangivelsen.
- Oplysningspligt for andre som ikke er omfattet af indberetningspligten til Ejerregisteret, jf. SL §§ 56-58.
- Hovedaktionærer (SKL § 6 B)
 - Oplyse om væsentlige økonomiske aftaler, der i indkomståret er indgået eller ændret mellem det selskab, som den pågældende behersker, og den pågældende selv eller en ægtefælle

Konklusion

- Selskabsreformen medfører en tiltrængt modernisering
- Medfører visse skatteretlige udfordringer som rådgiver bør være opmærksom på.
- Tillige nye muligheder.
- Samlet efterlades man med det indtryk, at skatteretten ikke inddrages tilstrækkeligt i overvejelserne
 - Dog ikke noget stort problem i praksis.



Copenhagen Research Group on International
Taxation
www.corit.dk

Deloitte.

Deloitte Touche Tohmatsu

Deloitte er en betegnelse for Deloitte Touche Tohmatsu, der er en schweizisk organisation (Verein), og dets netværk af medlemsfirmaer. Hvert medlemsfirma udgør en separat og uafhængig juridisk enhed. Vi henviser til www.deloitte.com/about for en udførlig beskrivelse af den juridiske struktur i Deloitte Touche Tohmatsu og dets medlemsfirmaer.

© Deloitte Statsautoriseret Revisionsaktieselskab 2009. Medlem af Deloitte Touche Tohmatsu