

Artikler

205

Beskatning af aktionærlån - ny praksis om undtagelse fra beskatning

Af Karsten Gianelli, Senior Counsel, CORIT Advisory P/S

1. Indledning

Med vedtagelsen af L 199A den 13/9 2012 gennemførte Folketinget en lovændring, som indebar, at den skattemæssige behandling af visse aktionærlån blev ændret markant med virkning for sådanne lån, som blev optaget den 14/8 2012 eller senere.

Lovændringen indeholdt en ny § 16 E i ligningsloven. Efter denne bestemmelse anses selskabers lån til fysiske personer som skattepligtige hævninger (udbytte eller lån), forudsat der mellem kreditorselskabet og den fysiske person er en forbindelse omfattet af LL § 2. Bestemmelsen udløser således beskatning af lån til personer, der selv har bestemmende indflydelse i kreditorselskabet, eller som sammen med den nærmeste familie har bestemmende indflydelse i kreditorselskabet.

Efter bemærkningerne til lovforslaget var formålet med lovændringen at fjerne de skattemæssige incitamentter til optagelse af sådanne aktionærlån, idet beskatningsbestemmelsen i LL § 16 E imødegår, at en hovedaktionær anvender aktionærlån som skattefrit alternativ til hævning af skattepligtigt udbytte eller løn.

2. Undtagelser - "Sædvanlig forretningsmæssig disposition"

Efter bestemmelsens stk. 1, 2.pkt. undtages følgende låneforhold dog fra beskatning, nemlig

- Lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition (1. led)
- Sædvanlige lån i pengeinstitutter (2. led)
- Lån til selvfinansiering som nævnt i selskabslovens § 206, stk. 2. (3. led)

I praksis vil der næppe være tvivl om afgrænsningen af de to sidstnævnte undtagelser.

Derimod er den første undtagelse ret åben for en fortolkning og afgrænsning af begrebet "sædvanlig forretningsmæssig disposition", som ikke defineres nærmere hverken i bestemmelsen eller andre steder i skattelovgivningen.

Bemærkningerne til det oprindelige lovforslag L 199 indeholdt ikke nogen væsentlige fortolkningsbidrag i den sammenhæng, idet der som eksempler på omfattede sædvanlige forretningsmæssige dispositioner alene henvistes til "almindelige reguleringer af mellemregningskonti" og til "lån, der opstår som led i aktionærens almindelige samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår".

Denne uklarhed blev påpeget allerede under høringen af lovforslaget, og i bilag 14 til lovforslaget, som er en kommentar til en henvendelse fra CORIT Advisory, anfører skatteministeren, at undtagelsesbestemmelsen er inspireret af den tilsvarende undtagelse i selskabslovens § 212, og at praksis vedrørende denne bestemmelse vil være vejledende for fortolkningen af undtagelsen i LL § 16 E. Skatteministeren anfører dog videre, at dette ikke nødvendigvis medfører, at fortolkningen af de to bestemmelser altid vil være ens, idet de to lovbestemmelser varetager to forskellige hensyn, hvorfor fortolkningen i nogle situationer kan være forskellig.

3. Hittidig praksis

Indtil for nylig har den eneste offentliggjorte afgørelse om afgrænsningen af undtagelsen i LL § 16 E om lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig dis-

position været Skatterådets bindende svar i TfS 2013, 148.

I denne afgørelse fastslog Skatterådet på basis af indstillingen fra SKAT, at en hovedaktionærs udstedelsen af et sælgerpantebrev til sit selskab i forbindelse med erhvervelse af en fast ejendom fra selskabet, ikke var omfattet af undtagelsen, uanset ejendomsoverdragelsen skete på markedsvilkår med optagelse af maksimalt realkreditfinansiering og sædvanlig kontant udbetaling, og uanset sælgerpantebrevet med hensyn til rente, afdrag mv. var udstedt på markedsvilkår. Skatterådet fastslog dermed, at udstedelsen af sælgerpantebrevet ville udløse skattepligt for hovedaktionæren efter LL § 16 E.

Skatterådets eneste begrundelse for afgørelsen var i realiteten, at selskabet ikke i øvrigt havde handlet med fast ejendom, og at udstedelsen af sælgerpantebrevet dermed ikke var en transaktion, som selskabet løbende også havde med uafhængige parter. Skatterådet fandt på den baggrund ikke, at udstedelsen af sælgerpantebrevet var en sædvanlig forretningsmæssig disposition, som var omfattet af undtagelsen, heller ikke selv om lånet i selskabsretlig sammenhæng næppe var ulovligt.

Afgørelsen er udtryk for, at undtagelsen for beskatning efter LL § 16 E for lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, efter Skatterådets opfattelse kun kan omfatte dispositioner, som et selskab løbende har også med uafhængige parter og på tilsvarende vilkår. Der er dermed tale om en meget restriktiv fortolkning af begrebet "sædvanlig forretningsmæssig disposition", som forekommer at række lagt videre end det formål med bestemmelsen, som kan udtrykkes af bemærkningerne til L 199, nemlig at komme de ulovlige aktionærlån til livs og at ramme de hovedaktionærer, som opnåede utilsigtede skattemæssige besparelser ved at anvende ulovlige aktionærlån som alternativ til udbetaling af skattepligtige udbytter eller skattepligtig løn.¹⁾

4. Seneste praksis fra Skatterådet

Den restriktive linje i TfS 2013, 148 har Skatterådet nu fulgt op med 3 nye afgørelser, som alle omhandler afgrænsningen af "lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition" efter LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt., 1. led.

TfS 2014, 197

I denne sag drev ægtefællerne A og B en række butikker. Butikkerne var alle juridisk organiseret som særskilte K/S'er (en enkelt dog som I/S). Ægtefællernes personlige andele i butikkerne lå mellem 45 pct. og 100 pct., mens de resterende andele var ejet af lederne af de pågældende butikker.

A ejede desuden selskabet A ApS, der fungerede som det centrale selskab i virksomheden. Det indebar bl.a., at den løbende drift af de enkelte butikker (K/S'er) i væsentligt omfang blev finansieret ved lån fra A ApS.

Denne forretningsmodel havde fungeret glimrende i flere år, men med indførelsen af LL § 16 E opstod der et behov for at få afklaret, om de lån, der var ydet fra A ApS til de enkelte kommanditselskaber, var skattepligtige efter bestemmelsen, eller om de var omfattet af undtagelsen for lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Ved anmodningen om bindende svar argumenteredes for, at lånene både måtte anses som sædvanlige og forretningsmæssige, og at de derfor måtte være omfattet af undtagelsen fra beskatning. Som begrundelse herfor blev det bl.a. anført, at virksomheden siden etableringen i 1998 havde anvendt denne finansieringsmodel, og at ydelsen af lånene derfor måtte anses som en sædvanlig del af virksomheden i A ApS.

SKAT var imidlertid ikke enig i disse betragtninger. Begrundelsen herfor var, at SKAT grundlæggende ikke mener, at egentlige lån omfattes af undtagelsen fra beskatningen, med mindre der er tale om lån fra pengeinstitutter eller lovlig selvfinansiering efter selskabslovens § 206, stk. 2. SKAT definerer i den forbindelse egentlige lån som dispositioner, hvor den eneste direkte transaktion mellem parterne er ydelsen, henholdsvis optagelsen, af lånet, i modsætning til situationer, hvor lånet etableres som et vederlag for et aktiv eller en ydelse, som overdrages fra kreditor til debitor.

Synspunktet om, at sådanne "egentlige lån" slet ikke omfattes af undtagelsen i LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt., 1. led om "lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition" støttes af SKAT dels på, at den specifikke undtagelse for "sædvanlige lån i pengeinstitutter" i bestemmelsens 2. led i modsat fald ville være overflødig, fordi de i så fald ville være omfattet af 1. led., dels på at der i bemærkningerne til lovforslaget henvises til, at undtagne lån, der ydes som led i en sædvanlig forretning smæssig disposition f.eks. kan være lån, der opstår som led i aktionærens almindelige samhandel med selskabet.

SKAT argumenterer i den forbindelse for, at et lån ikke ydes "som led" i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da lånet er den eneste disposition og da effekten af lånet - afkast i form af rente og mulig forøget samhandel mellem A ApS og de pågældende K/S'er - ikke kan anses som en "disposition" i lovens forstand.

Skatterådets tiltrådte i sit svar SKATs indstilling, og statuerede således, at A og B var skattepligtige af deres andele af K/S'ernes gæld til A ApS efter LL § 16 E.

TfS 2014, 196

Denne sag var enklere end TfS 2014, 197, men vedrører i realiteten en helt tilsvarende problemstilling.

Denne sag vedrørte en person, A, som ejede hele kapitalen i selskabet A ApS. A ejede desuden en 10 pct. andel i B K/S. B K/S havde en gæld til en af de øvrige kommanditister, og A overvejede at erhverve en andel af denne gæld via sit selskab A ApS.

Spørgsmålet om, hvorvidt A ApS' erhvervelse af et tilgodehavende i B K/S, hvor A personligt var kommanditist, blev anset som et aktionærlån, der indebar beskatning efter LL § 16 E blev forelagt for Skatterådet. A's rådgiver argumenterede for, at dette ikke var tilfældet, dels fordi der ikke var tale om et lån til en fysisk person, men til et kommanditselskab, der civilretligt er en juridisk person, dels fordi Erhvervsstyrelsen havde oplyst, at forholdet ikke selskabsretligt var ulovligt.

SKAT var dog ikke enig heri og begrundelsen herfor var den samme som i TfS 2014, 197, nemlig at egentlige lån ikke omfattes af undtagelsen fra beskatningen, med mindre der er tale om lån fra pengeinstitutter eller lovlig selvfinansiering efter selskabslovens § 206, stk. 2, og at lånet ikke er ydet "som led" i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da lånet er den eneste disposition.

For så vidt angår rådgiverens begrundelser for, at forholdet ikke skulle være omfattet af LL § 16 E anfører SKAT dels, at B K/S er skattemæssigt transparent, og at dets gæld derfor skattemæssigt påhviler dets kommanditister, og dels at skattepligten efter LL § 16 E i øvrigt ikke afhænger af, om lånet selskabsretligt er lovligt eller ulovligt.

Skatterådets tiltrådte i sit svar også i denne sag SKATs indstilling, og statuerede således, at A ville være skattepligtig af sin forholdsmæssige andel af B K/S' gæld til A ApS efter LL § 16 E.

TfS 2014, 195

I denne sag ejede personen A et personligt holdingselskab, A ApS. I forbindelse med, at A's søn, B, købte en erhvervsjendom, som skulle udlejes til C ApS, som A og B ejede sammen via deres personlige holdingselskaber, overvejedes det at lade A ApS låne B's personlige ejendomsvirksomhed et beløb på 700.000 kr. til delvis finansiering af ejendommen.

Der skulle herefter tages stilling til, om dette udlån fra A ApS til B ville udløses skattepligtigt efter LL § 16 E.

Ved anmodningen om det bindende svar gjorde parterne gældende, at lånet var ydet på markedsvilkår med en rente på 5 pct. og en løbetid på 10 år, at optagelsen af lånet var forretningsmæssigt begrundet, idet det B ville opnå en rente, der var lavere end ved bankfinansiering

samtidig med, at A ApS opnåede en fordelagtig placeringsrente. Det var samtidig oplyst, at A ApS som led i sin kapitalanbringelse tidligere i 2 tilfælde havde overtaget tilgodehavender fra tredjemand fra C ApS. Parterne mente derfor, at lånet var ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, og der dermed ikke skulle ske beskatning efter LL § 16 E.

SKAT var imidlertid ikke enig i dette synspunkt. Helt på linje med indstillingerne i de to afgørelser, der er gengivet ovenfor, gjorde SKAT gældende, at egentlige lån kun er undtaget fra beskatning efter LL § 16 E, hvis der er tale om lån fra pengeinstitutter eller lovlig selvfinansiering efter selskabslovens § 206, stk. 2. SKAT gjorde i den forbindelse gældende, at lånet ikke var ydet "som led" i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, da lånet er den eneste disposition og da effekten af lånet - muligheden for at etablere en udlejning af ejendommen til C ApS - ikke kunne anses som en "disposition" i lovens forstand.

Skatterådets tiltrådte i sit svar også i denne sag SKATs indstilling, og statuerede således, at B ville være skattepligtig af lånet fra A ApS efter LL § 16 E.

5. Nuværende retstilstand

Efter de ovenfor refererede afgørelser kan man udlede om SKATs fortolkning af begrebet "lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition", at det aldrig kan omfatte egentlige lån, der ikke er omfattet af en af de to øvrige undtagelser, nemlig sædvanlige banklån og lovlig selvfinansiering efter selskabslovens § 206, stk. 2. Dette synspunkt er da også allerede indarbejdet i afsnit C.B.3.5.3.3. i SKATs Juridiske vejledning.

SKATs begrundelse herfor er, at ydelsen at et lån ikke i sig selv anses som ydet som "led i en disposition" i bestemmelsens forstand, idet det - efter SKATs opfattelse - forudsætter, at lånet ydes i forbindelse med en anden disposition, og at denne disposition skal have en meget direkte forbindelse til lånet som f.eks. overdragelsen af et aktiv.

Det må på den baggrund lægges til grund, at undtagelsen i LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt., 1. led efter SKATs opfattelse kun finder anvendelse på lån, der opstår som vederlag for direkte overdragelsen af varer, tjenesteydelser eller andre aktiver fra selskabet til aktionæren, og da kun i de tilfælde, hvor selskabet også løbende har tilsvarende transaktioner med uafhængige parter på tilsvarende vilkår, jf. præmisserne i TfS 2013, 148. Reelt indskrænker denne fortolkning anvendelsesområdet for bestem-

melsen til alene at omfatte almindelig varegæld og tilsvarende, som aktionæren får til selskabet.

Begrundelsen for denne restriktive fortolkning er primært, at SKAT konkluderer, at "egentlige lån" - dvs. dispositioner, hvor den eneste direkte transaktion mellem selskabet og aktionæren er ydelsen, henholdsvis optagelsen, af lånet - slet ikke omfattes af undtagelsen i LL § 16 E, 2. pkt., 1. led, men at sådanne lån kun kan være undtaget fra beskatningen efter bestemmelsens 2. led om lån fra pengeinstitutter eller 3. led om lovlig selvfinansiering efter selskabslovens § 206, stk. 2. SKAT støtter primært dette synspunkt på, at den specifikke undtagelse for "sædvanlige lån i pengeinstitutter" i bestemmelsens 2. led i modsat fald ville være overflødig, fordi de i så fald ville være omfattet af 1. led.

6. Vurdering af SKATs fortolkning

Den fortolkning, som SKAT anlægger, er efter min opfattelse betænkelig af flere årsager.

Der er i LL § 16 E, stk. 1, 2 pkt., opregnet 3 særskilte undtagelser fra skattepligten for aktionærlån, som hver især har deres særskilte anvendelsesområde, nemlig henholdsvis

- Lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition (1. led)
- Sædvanlige lån i pengeinstitutter (2. led)
- Lån til selvfinansiering som nævnt i selskabslovens § 206, stk. 2. (3. led)

Det første problem i relation til SKATs fortolkning er, at der ikke er noget i forarbejderne til bestemmelsen, som indikerer, at formålet med eller en følge af undtagelsen i 2. led er at indskrænke anvendelsesområdet for undtagelsen i bestemmelsens 1. led, eller - sagt på en anden måde - at anvendelsesområdet for undtagelsen i 1. led ville have været bredere hvis undtagelsen i 2. led ikke havde eksisteret. Begrundelsen og baggrunden for 2. led om sædvanlige lån fra pengeinstitutter er i øvrigt stort set uomtalt i forarbejderne.

Der findes heller ikke andre fortolkningskilder, der støtter SKATs synspunkt, heller ikke i de selskabsretlige retskilder. Selskabsretligt er situationen den, at undtagelsen i selskabslovens § 212 fra forbuddet mod aktionærlån i lovens § 210 alene omhandler sædvanlige forretningsmæssige dispositioner, mens undtagelsen for lån fra pengeinstitutter følger af selskabslovens § 213, hvorefter forbuddet mod aktionærlån i § 210 slet ikke finder anvendelse på pengeinstitutter og realkreditinstitutter. Der er intet i den selskabsretlige praksis eller teori, som indikerer, at undtagelsen i § 213 for pengeinstitutter har den konsekvens, at "egentlige lån" fra andre selska-

ber alene af den grund ikke kan være omfattet af undtagelsen i § 212.

Hvis SKATs fortolkning i øvrigt skal tages for pålydende, så må det lægges til grund, at undtagelsen fra beskatning aldrig kan komme på tale for egentlige lån, der ydes af andre selskaber end pengeinstitutter, herunder lån fra selskaber, der driver egentlig finansieringsvirksomhed uden at være pengeinstitutter. Det er dog uklart, om det er tilfældet, idet fortolkningen ikke følges konsekvent af SKAT, som i afsnit C.B.3.5.3.3. i Den Juridiske Vejledning anfører, at lån fra realkreditinstitutter, der finansieres ved salg af obligationer, må anses at være led i en forretningsmæssig disposition. Uanset denne betragtning virker åbenlyst korrekt - og formentlig er inspireret af selskabslovens § 213 - så er den ikke i overensstemmelse med den fortolkning, som SKAT i øvrigt anlægger, nemlig at egentlige lån kun omfattes af undtagelsen, hvis der er tale om lån fra pengeinstitutter eller lovlig selvfinansiering efter selskabslovens § 206.

Det andet problem i relation til SKATs fortolkning er, at den i realiteten - sammen med den praksis der er anlagt med TfS 2013, 148, jf. ovenfor - indskrænker anvendelsesområdet for undtagelsesbestemmelsen i 1. led til alene at omfatte almindelig varegæld og tilsvarende, som aktionæren får til selskabet. Denne effekt savner ikke blot støtte i forarbejderne, den er direkte i strid hermed. Det fremgår nemlig af bemærkningerne til bestemmelsens 1. led, at den **f.eks.** omfatter lån, der opstår som led i aktionærens samhandel med selskabet på sædvanlige kreditvilkår. At sådanne lån alene nævnes som et eksempel på anvendelsesområdet for bestemmelsen understreger, at bestemmelsen også omfatter andre former for lån, der ydes som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Det sidste problem i relation til SKATs indskrænkende fortolkning af undtagelsesbestemmelsen i LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt., 1. led er forholdet til det udtrykte formål med bestemmelsen, som efter bemærkningerne til L 199 var at imødegå, at en hovedaktionær anvender aktionærlån som skattefrit alternativ til hævning af skattepligtigt udbytte eller løn.

Man kunne derfor forvente, at man ved fortolkningen af begrebet "sædvanlig forretningsmæssig disposition" ville lægge vægt på bestemmelsens formål, således at en indskrænkende fortolkning af begrebet kun ville komme på tale, hvis det kan lægges til grund, at dispositionen er foretaget for at undgå beskatning af beløbet som udbytte eller løn.

Hvis man ser på faktum i de 3 refererede afgørelser, så forekommer det i alle tilfælde i de to af afgørelserne - TfS 2014, 197 og TfS 2014, 196 - usandsynligt, at dis-

positionerne er foretaget for at undgå beskatning af udbytte eller løn, alene fordi de pågældende lån civilretligt ikke er ydet til selskabernes hovedaktionærer, men til K/S'er, hvori de pågældende hovedaktionærer i øvrigt ikke er eneejere. Det er derfor evident, at de pågældende lånedispositioner ikke civilretligt stiller midler til rådighed for selskabernes hovedaktionærer og derfor ikke kan ses som alternativer til udlodning af udbytte eller udbetaling af løn fra selskaberne.

Det kan på den baggrund konkluderes, at den meget restriktive fortolkning, som SKAT og Skatterådet anlæg-

ger af undtagelsesbestemmelsen i LL § 16 E, stk. 1, 2. pkt. 1. led næppe er overensstemmelse med lovgivers hensigt med bestemmelsen og da heller ikke kan støttes på bestemmelsens forarbejder.

Man kan derfor kun håbe på, at de pågældende afgørelser bliver påklaget og den anlagte fortolkning bliver underkendt.

Noter

- 1) Se f.eks. den kritiske kommentar til afgørelsen fra John Bygholm i SR-Skat 2013.77.