

# Den nye selskabslov og de skatteretlige konsekvenser

Jakob Bundgaard

Moalem Weitemeyer Bendtsen

Advokatpartnerselskab

- Gennemgang af visse dele af den nye selskabslov (både allerede gældende og fremtidige ikrafttrædelser) og de skatteretlige konsekvenser heraf målrettet mod venturefonde.
- Emner:
  - Ændring af koncernbegrebet,
  - Stiftelser,
  - Hjemsted,
  - Begrænset indbetaling af selskabskapitalen,
  - Egne kapitalandele og stemmeløse aktier/kapitalklasser
  - Selvfinansiering, og
  - Ejerftaler.

- **Selskabsret:**

- Nyt koncernbegreb i SL §§ 5-7
- Skift fra formel til reelt koncernbegreb - fortolkes i overensstemmelse med IAS 27 og SIC 12.
- Eksempler på anvendelse af moderselskabsbegrebet i den nye selskabslov: Habilitetserklæring (§120), Underretningspligten til datterselskabet (§134), Medarbejderes koncernrepræsentation (§141), Revisors ret til oplysninger om koncern (§ 149), Granskningsmands ret til oplysninger om koncern (§ 151), Kapitalandele i moderselskab (§ 205), Lovlige moderselskabslån (§ 211), Lovlig selvfinansiering (træder i kraft senere § 206), Grænseoverskridende fusion (træder i kraft senere § 209),

## •Skatteret:

### •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.«

- 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
- Kan en person binde to 100%-ejede selskaber sammen ved at overdrage alle beføjelser til det ene selskab?

## •Selskabsret

- Mulighed for at stiftelsen først har virkning på et senere tidspunkt end stiftelsesdokumentets underskrivelse (SL § 40, stk. 3). I perioden frem til virkningstidspunktet for selskabets stiftelse kan der ikke indgås forpligtelser på selskabets vegne.
- Muligheden for stiftelse med tilbagevirkende kraft bevares.
- Ophævelse af kravet om, at anparterne i et anpartsselskab skal tegnes af stifterne.
- Stiftelse ved indskud af en bestemmende kapitalpost i et andet selskab kan ske med regnskabsmæssig virkning tilbage i tid til den første dag i regnskabsperioden.
- Regler om efterfølgende erhvervelser er ophævet for anpartsselskaber og gælder ved aktieselskaber kun erhvervelser fra stiftere.

## •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.).

## •Selskabsret

- Krav om oplysning af hjemsted i selskabets vedtægter ophæves (ny SL § 5). Det skal dog oplyses til CVR-register.
- Dvs. fortsat krav om dansk hjemsted. Men ikke specifik angivelse af hjemstedskommune i vedtægterne.

## •Skatteret

- Indregistreret selskab er skattepligtigt til Danmark, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1, uanset flytning af ledelsen
- 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.



## •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 skattepligtigt 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 skatterrelevant.

## •Selskabsret

- Kun krav om indbetaling af 25 % af selskabskapitalen med tillæg af en eventuel overkurs, dog en mindste indbetaling på 80.000 kr. (gælder både aktieselskaber og anpartsselskaber). Den tegnede kapital udestår som personlig fordring på tegneren, og kan indkaldes på anfordring. Frist for indbetaling: 2 uger (U: 4 uger), jf. SL §§ 4 og 30-34.
- Fuld stemmeret på kapitalandele selvom en del heraf ikke er indbetalt (forudsat at restbetaling ikke er indkaldt).
- 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"*.
- Særlige forhold, som der selskabet bør være opmærksom på?
  - 1) Overdragelse af kapitalandele - solidarisk hæftelse! (§ 34).
  - 2) Almindelig fyldestgørelsesadgang – RPL § 478, stk. 1, nr. 5?

## •Skatteret

– Ændrer ikke på den skatteretlige behandling af kontantindskud

- Ingen konsekvenser

– Og ej heller for apportindskud (hele kapital skal indbetales)

- Afståelsesbeskatning for indskyder

## •Afståelse af kapitalandel

– ABL uanset om kapital er fuldt indbetalt eller ej

– Kan der opstå kursgevinst på gælden for sælger?

•Modregning af udbytte i forbindelse med kapitalnedsættelse eller likvidation i den enkelte kapitalejers resthæftelse?

– Beskatning af udbytte hos kapitalejer?

- 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 dette 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 forretning, jf. TfS 1998.199 H

- Behandling af selskabets tab som følge af udtømmende retsforfølgning?
  - Tab på selskabskapital eller fordring?
  - 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?
    - Hvis selskabskapital – så næppe fradrag for selskab eller skattepligt for kapitalejer
    - Hvis fordring/gæld – KGL fradrag og skattepligt

- 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 høringssvar 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?
  - 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?"*
  - Skatteministeriets svar af 2.3. 2010, p. 53:
    - *"Det kan bekræftes, at anskaffelsessum- og tidspunkt ikke påvirkes af, om der er sket fuld indbetaling af den/de pågældende kapitalandele."*

## •Selskabsret

- Tidligere: Mulighed for erhvervelse af op til 10% af selskabets aktier, hvis der er frie reserver til det.
- Nye selskabslov: Der kan ske erhvervelse af egne kapitalandele indenfor de frie reserver.

## •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.

## •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



## •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?

## •Selskabsret

•Stemmeløse kapitalandele (gen)indføres for nye aktier (§ 46). Loven ophæver således forbuddet mod stemmeløse aktier.

- - Påtænkt anvendt over for medarbejdere eller i forbindelse med generationsskifter.

- - Alternativ til erhvervsobligationer.

•Stemmeløse kapitalandele anses ikke som repræsenteret kapital på generalforsamlingen, medmindre selskabets vedtægter fastsætter andet.

## •Skatteret

- Stemmeløse aktier kan i større udstrækning anvendes i forbindelse med skatteretlig strukturering, hvor formel aktiebesiddelse er nødvendig (e.g. opnåelse af datterselskabsaktiestatus).
- Rejser det centrale spørgsmål, hvorvidt der er tale om aktier eller gæld eller noget tredje?
  - Store forskellige internationalt.
  - Dansk ret: selskabsretlige formaliteter opretholdes i skatteretlig henseende.
    - Se dog SKM 2010.140 SR og SKM 2010.141 SR begge med en meget vidtgående omkvalificering af udbytte til løn. Dog blev lønudbetalinger konkret erstattet af udbytte.
  - Dvs. gode muligheder for at anvende stemmeløse præferenceaktier.

## •Selskabsret

- Ophævelse af kravet om, at stemmевærdien af visse aktier ikke må overstige 10 gange stemmевærdien af nogen anden aktie af samme størrelse. Mulighed for degressiv eller progressiv ejerandel.
  
- Eksempler (Bem. L 170, ad § 46):
  - Aktier med højere eller lavere stemmевærdi 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

## •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.

## •Selskabsret

- Ifølge loven er det således fremover muligt at udstede stykaktier og stykanparter (uden nominel værdi), og kapitalselskaberne kan vælge, om kapitalandelene i selskabet skal udstedes med nominel værdi eller som stykkapitalandele eller en kombination heraf (SL § 47).

## •Skatteret

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

- 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





Jakob Bundgaard  
Partner, Cand.merc.(jur.), Ph.D.  
Adjungeret professor

Tel. 3377 9030  
Mob. 3037 9630  
Email: [jbu@mwblaw.dk](mailto:jbu@mwblaw.dk)

