



L 10: Overvejelser om en løsningsmodel baseret på forudgående tilladelse

1. Baggrund

L 10 er blevet for bredt i sin udformning. Derfor må søges en alternativ og mindre indgribende løsning, som løser behovet for at forhindre omgåelse og som ikke samtidig medfører en række utilsigtede virkninger. I forbindelse med undersøgelserne af L10 og dets virkninger er forskellige mulige løsninger overvejet, men den model, som umiddelbart skønnes mest levedygtig, er en model, som baseres på et tilladelsessystem. Således kunne den bestående mulighed for at opnå tilladelse til en behandling som aktieavance udbredes til også at gælde på L10's område.

Det følgende undersøger anvendeligheden af et sådant system indenfor L10. En model, som vi alle støtter.

2. Nuværende tilladelsesregler

Efter de gældende regler er tilladelse til beskatning efter aktieavancereglerne en mulighed for likvidationsprovenu og udbetalinger i forbindelse med kapitalnedsættelser. Dette fremgår af ligningslovens § 16 A, stk. 3:

Følgende udlodninger behandles efter reglerne om beskatning af gevinst og tab ved afståelse af aktier m.v.:

2) Udlodning efter tilladelse fra told- og skatteforvaltningen, for så vidt angår:

a) De beløb eller en del af disse, der udbetales ved udlodning af likvidationsprovenu fra aktieselskaber og andelsselskaber forud for det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses, når særlige omstændigheder taler derfor. Der kan ikke gives tilladelse til modtagere som nævnt i nr. 1.

b) Beløb, der udloddes i forbindelse med en nedsættelse af aktiekapitalen eller andelskapitalen i et selskab, der ikke er under likvidation.

Noget tilsvarende gælder ved tilbagesalg af aktier til det udstedende selskab, hvilket fremgår af ligningslovens § 16 B, stk. 2, nr. 6.

I den officielle vejledning om tilladelse hedder det, at Skat kan tillade denne behandling, når særlige omstændigheder taler for det. Den administrative praksis herom har været stram, og har bl.a. fokuseret på:

- Om der skal gives dispensation i tilfælde hvor dette medfører, at en beskatning helt eller delvis undgås hos aktionærer, som er hjemmehørende i udlandet.

Udenlandske aktionærer er dog generelt ikke afskåret fra dispensation, herunder hvor selskabet har ført en rimelig udbyttepolitik, og hvor aktionæren er uden indflydelse på selskabets forhold. I de tilfælde hvor betingelserne for at opnå dispensation er opfyldt, er det efter Skatteministeriets nyeste praksis, en betingelse for tilladelse til dispensation for aktionærer, som ikke er skattepligtige til enten Danmark, et EU-land eller EØS-land, at der udveksles oplysninger med de danske skattemyndigheder.
 efter henholdsvis:

- en dobbeltbeskatningsoverenskomst,
- anden international overenskomst eller konvention, eller
- en administrativ indgået aftale om bistand i skattesager

Det fremgår af den officielle vejledning, at en tilladelse vil forudsætte, at kapitalnedskrivningen alene er begrundet i selskabets erhvervsmæssige forhold. Dette beskrives uddybende således, at det kan være opfyldt, hvor et selskab i tilknytning til kapitalnedskrivningen har afhændet en del af sine aktiviteter og realiseret de hertil hørende driftsmidler, således at den hidtidige aktiekapital skønnes at være for stor til de resterende aktiviteter. Ved denne vurdering, kan der henses til koncernens samt aktionærernes samlede forhold, herunder om aktiviteten er afhændet til købere, som i forhold til koncernen og aktionærerne er fremmede.

Dispensationen baseres på en **samlet vurdering** af sagens omstændigheder, hvorved der også kan henses til om kapitalnedsættelsen sker kort tid efter aktivitetssalget og om udlodningen nogenlunde svarer til de midler, der er indkommet ved salget. Endelig må kapitalnedsættelsen ikke forrykke forholdet mellem aktionærerne.

Særligt ved tilbagesalg til udstedende selskab er det anført, at dispensation kan gives, når afståelse af aktier til selskabet må antages at være båret af andre motiver end dem, som søges undgået ved hovedreglen. Formålet med hovedreglen er at forhindre, at aktionærerne tilskyndes til at henlægge hele selskabets overskud til reserverne i stedet for at deklarere en passende del som udbytte, der for personer beskattes fuldt ud, og ved afståelse af aktierne til selskabet opnå en udlodning, der skattemæssigt behandles på en anden måde.

Ved afgørelsen af, om der skal gives dispensation, bliver der lagt vægt på:

- om tilbagesalg til selskabet anvendes som alternativ til udlodning
- om aktionæren afhænder alle sine aktier i selskabet.

3. Udfordringer ved nuværende praksis

Den nuværende tilladelses/dispensationsadgang håndhæves snævert i praksis. Dette er også tilfældet i forbindelse med de situationer, som nu bliver omfattet af L 10. Eksempelvis har Skat i visse tilfælde nægtet at dispensere i forbindelse med kapitalnedsættelser i et holdingselskab i en kapitalfondsstruktur. Skat refererer selv i deres Juridiske Vejledning til en lignende situation således:

Frasalg af aktivitet - garantistillelse overfor køber - afslag

H A/S var ejet af to aktionærer A og AA. - H A/S var holdingselskab i en koncern. H A/S havde ikke andre aktiviteter end at eje aktier i D A/S. En uafhængig part ville købe hele H-koncernen, og det skulle ske ved salg af D A/S med underliggende selskaber. Det var oplyst, at det ville være naturligt efter salget af D A/S at likvidere H A/S og kanalisere det samlede salgssprovenu til de to aktionærer. Det kunne imidlertid ikke lade sig gøre at likvidere selskabet efter salget af D A/S, da køber betingede sig indeståelser og garantier afgivet af sælger i forbindelse med handlen.

Afslaget blev begrundet med, at det bl.a. er en betingelse for at imødekomme en anmodning om dispensation, at der fortsat er en ikke uvæsentlig aktivitet i selskabet. Efter afståelsen af H A/S's eneste selskab D A/S fungerer selskabet ikke mere som et holdingselskab. Dermed ophører selskabets eneste aktivitet. Der opstår i forbindelse med aktieafståelsen et nyt og nødvendigt formål med opretholdelsen af selskabet i form af administration af indeståender og garantier. Konkret er denne aktivitet oplyst til kun at bestå i at placere salgssummen på en spærret konto i selskabets navn i en periode på indtil 36 måneder efter salget. Det anfægtes ikke, at et selskab pr. definition er erhvervsdrivende efter selskabsloven. Der blev lagt afgørende vægt på, at selskabet afstod sit eneste aktiv i relation til selskabets eneste aktivitet.

Tilsvarende ses af den følgende sag (SKM 2007.168) vedrørende en venturefond:

A A/S søgte en aktionær i et ventureselskab om dispensation efter ligningslovens § 16 A, stk. 2. Formålet med ventureselskabet var at investere i biomedicinske vækstselskaber. Efter ventureselskabets vedtægter var der pligt til at foretage kapitalnedsættelse og udlodning ved ventureselskabets salg af ejerandele i vækstselskaber. Ingen aktionærer i ventureselskabet kunne modtage skattefrit udbytte. I 2004 realiseredes en aktiegevinst på 37.200.800 kr., som ventureselskabet ønskede at udlodde i forbindelse med en kapitalnedsættelse. SKAT afviste at give dispensation, da ventureselskabet ikke havde foretaget en aktivitetsindskrænkning, idet det var vedtægtsmæssigt bestemt, at salgssummer fra solgte aktier i vækstselskaber skulle udloddes til aktionærerne. Landsskatteretten afslog ligeledes at give dispensation, bl.a. grundet at ventureselskabets vedtægter foreskrev kapitalnedsættelse og udlodning samt at ventureselskabets virksomhed var lagt an på at opnå overskud ved salg af aktier investeret i vækstselskaber. Frasalget af aktier i et vækstselskab ansås derfor ikke være en indskrænkning af aktiviteten.

Uanset der kan stilles spørgsmålstejn ved berettigelsen af disse afgørelser, hersker der ikke tvivl om, at den nugældende dispensations/tilladelsesordning er for restriktiv til at kunne løse problemstillingen i typiske kapitalfondsstrukturer. Det skal derfor i det følgende overvejes, hvilke justeringer der eventuelt skulle til før en tilfredsstillende praksis kunne dannes.

4. Forslag til en udvidelse af tilladelsesordningen

Det er fremgået, at L 10 er udformet for bredt, hvorved der er åbenbart behov for en modifikation hertil. Den bedste mulighed syntes at være en tilladelsesordning.

En udvidelse af tilladelsesordningen skal ses i forlængelse af de eksisterende muligheder for at opnå tilladelse, men må tænkes som en selvstændig tilladelsesordning, som skal fungere som et selvstændig mekanisme baseret på selvstændige betingelser. Et sådant tilladelsessystem skulle i givet fald balancere hensynet til at opfange omgåelsessituationer, og behovet for – efter en objektiv målestok - at sikre, at reelle avancer beskattes som avancer. Ordningen skønnes ikke at skulle bringes i anvendelse i et større antal sager og dermed skønnes den ikke at ville lægge beslag på væsentlige ressourcer hos Skat.

Teknisk kunne tilladelsesadgangen indskrives direkte i reglerne i Ligningslovens § 16 A og B, hvor øvrige tilladelsesbestemmelser findes, heraf kunne fremgå, at selskabsskattelovens § 2 D ikke finder anvendelse, hvis Skat efter konkret vurdering tillader, at der ikke skal ske en omkvalifikation til udbytte.

I denne forbindelse bør det klart fremgå af loven eller dennes bemærkninger, at aktionærerne har retskrav på at modtage en sådan tilladelse, hvis det sandsynliggøres, *at der ikke er tale om en omgåelse af en udbyttebeskatning*. Omdrejningspunktet må være at sikre, at realøkonomiske avancer beskattes som avancer, mens realøkonomiske udbytter behandles som udbytter.

Dette er selvsagt et vanskeligt spørgsmål, men relevante parametre kunne være, om selskabet eller dets investorer kan sandsynliggøre:

1. At de bagvedliggende investorer ved et direkte salg eller en likvidation af Holdingselskabet eller driftsselskabet ikke var begrænset skattepligtige til Danmark af den resulterende aktieavance og at der dermed (objektivt) eksisterer en alternativ-transaktion, som *ikke* ville medføre dansk kildeskat.
2. At de beløb der akkumuleres i et holdingselskab kan siges at hidrøre fra et reelt salg til tredjemand af et driftsselskab, herunder også fra delsalg og børsnoteringer.
 - a. Et tredjemandssalg kan defineres med udgangspunkt i en kendt koncerndefinition.
 - b. Salgets realitet kan vurderes på baggrund af kendte principper i retspraksis.
 - c. Beløbene skal kunne identificeres og sammenhængen sandsynliggøres.
 - d. Sammenhængen kunne også bestyrkes, hvis de relevante beløb, med fradrag for henlagte beløb til garantier og indeståelser, indenfor en kort fastlagt tidsperiode kanaliseres videre til investorer.

3. At driftsselskabet har ført en rimelig udbyttepolitik, hvis der i selskabet er akkumuleret reserver. Dette må forudsætte en objektiv målestok.

Med venlig hilsen

Jacob Bundgaard
Managing Director,
Corit Advisory

Daniel Noe Harboe,
Partner,
PWC

Niels Josephsen,
CEO og Partner,
Ernst & Young, Denmark

Erik Banner-Voigt
Partner,
Deloitte

Jacob A. Lie
Partner,
KPMG

Arne Møllin Ottosen,
Partner,
Kromann Reumert