

U.1989B.287

Tomme selskaber

Af **John Peter Andersen**,

Den 17. december 1987 vedtog Folketinget et lovforslag fra skatteminister Anders Fogh Rasmussen om begrænsning af retten til underskudsfræførsel for selskaber.

Anledningen til skatteministerens lov - der omfatter ikke-børsnoterede aktie- og anpartsselskaber - var en del avisskriverier i efteråret 1987 om handel med tomme selskaber. Der var gisninger fremme i dagspressen om, at handlen med aktieselskaber og anpartsselskaber med oparbejdede skattemæssige underskud var taget til. Det hed sig, at køberne af disse kapitalmæssigt udtømte selskaber ikke købte selskaberne for at puste nyt liv i dem, men alene for at benytte selskabets underskud som fradrag i sikkert afkast af obligationer og pantebreve, der blev lagt ind i selskabet. Som bekendt tillader ligningslovens § 15, at underskud fræføres til fradrag i indtægt i 5 år efter underskuddets opståen. Ved at købe et selskab med et driftsunderskud kunne man altså lægge en post obligationer ind i selskabet og benytte underskuddet til at holde renterne af obligationerne fri for skat.

Forud for skatteministerens lov havde Socialdemokratiet den 10. november 1987 fremsat sit eget lovforslag med titlen »Handel med underskud i tomme selskaber«. Forslaget var affattet som en tilføjelse til ligningslovens § 15. Det lød på, at de omhandlede selskaber skulle miste retten til at fræføre underskud, såfremt selskabets hidtidige virksomhed var ophørt eller afhændet, og selskabets ejerkreds efterfølgende var ændret, så nye aktionærer eller anpartshavere havde fået en bestemmende indflydelse i selskabet.

I bemærkningerne til Socialdemokratiets lovforslag hedder det, at lovforslaget indebærer, at der bliver lukket for handel med tomme aktie- og anpartsselskaber, der har opsamlet skattemæssige underskud. Forslagsstillerne anfører, at retten til at fræføre skattemæssige underskud i op til 5 år aldrig har været tænkt anvendt til at opnå skattefordele på grundlag af gamle underskud. Lovforslaget skulle derfor forhindre »åbenbar spekulation« i en skatteregel med et helt andet formål. Lovforslaget skulle sætte en stopper for den >> 288 >> situation, at en ny anpartshaver- eller aktionærkreds overtog et tomt selskab og derefter placerede nye indtægtsgivende aktiviteter i selskabet med henblik på at holde indtægterne skattefrie i 5 år, indtil det gamle underskud var brugt op.

Disse bemærkninger ligger helt på linie med det eksempel, som man havde set omtalt i dagspressen. Det var den situation, hvor et normalt erhvervsmæssigt selskab var kørt uhjælpeligt fast med et uopretteligt underskud og derfor måtte indstille sin virksomhed. Det tomme selskab blev derefter opkøbt af nye ejere, der ændrede selskabets formålsparagraf fra selskabets hidtidige erhverv til alene at befatte sig med passiv formueinvestering. I konsekvens af fræførsesretten kunne afkastet af de formueaktiver, som den nye ejerkreds lagde ind i selskabet, holdes fri for beskatning inden for det gamle underskuds rammer. Det var denne handel med selskabets iboende skattemæssige fradrag, som Socialdemokratiet ville til livs med sit lovforslag.

Tager man imidlertid det socialdemokratiske forslag nærmere i øjesyn, vil man se, at forslaget i virkeligheden rækker ud over denne formålsangivelse. I lovforslaget står der ikke noget om, at underskudsfræførsel *kun* fortabes, såfremt det er en kreds af passive investorer, der overtager underskudsselskabet. Der står kun, at underskudsretten bortfalder, hvis selskabets hidtidige virksomhed er ophørt eller afhændet, og selskabets ejerkreds derefter ændres, så nye aktionærer og anpartshavere får en bestemmende indflydelse i selskabet. Hvis Olsens Trævarefabrik A/S ikke kan få det til at løbe rundt, og virksomheden under en påfølgende betalingsstandsning afhændes til en konkurrerende trævarefabrik, der overtager maskiner, varelager og goodwill m.m., mens selve *aktieselskabet* sælges til hr. Hansen, der agter at benytte selskabet som juridisk ramme om en eksportproduktion af elektroniske komponenter - ja, så kan hr. Hansen ikke benytte selskabets underskud til fradrag i elektronikvirksomhedens indtægter. Den hidtidige virksomhed, trævarefabrikken, er jo afhændet, og hr. Hansen har som ny indehaver af aktiekapitalen fået en bestemmende indflydelse i selskabet. Socialdemokratiets lovforslag afliver enhver underskudsfræførsel, hvor det gamle selskabs virksomhedsaktiviteter er ophørt eller afhændet, og selskabet derefter overtages af en ny ejer, der vil bruge selskabet som grundlag for nye erhvervsmæssige aktiviteter, uanset deres art.

Dette forhold var en af grundene til, at Socialdemokratiets forslag ikke blev vedtaget. Det blev istedet skatteministerens. Man skulle derfor tro, at skatteministerens forslag ville råde bod på det særlige problem med at afgrænse loven til alene at omfatte de tilfælde, hvor der var tale om handel med underskudsselskaber fra en aktiv erhvervsdrivende ejerkreds til en kreds af passive pengespekulanter.

Gennemgår man skatteministerens fremsættelse og bemærkning til lovforslaget, er det åbenbart, at lovforslaget er udformet under nøjagtig samme ledestjerne som Socialdemokratiets forslag. Formålet er, sagde skatteministeren ved fremsættelsen. »at forhindre misbrua af retten til at fræføre skattemæssigt underskud i

forbindelse med salg af underskudsselskaber til passive investorer«. I lovforslagets bemærkninger udtales det, at der i den senere tid har været en stigende tendens til, at ejere af selskaber med skattemæssigt underskud sælger selskabet til en kreds af passive investorer, hvis eneste interesse i at erhverve selskabet er det skattemæssige underskud. Investorerne indskyder kapital med et sikkert afkast, der herefter ikke beskattes i det omfang, underskud fra tidligere indkomstår kan fremføres til modregning. På denne måde undgås den beskatning af kapitalafkastet, der ville være sket, hvis investorerne istedet havde oprettet et nyt selskab.

Det er denne - med skatteministerens ord - »omgåelsesmulighed«, som lovforslaget skal forhindre. Til gengæld, loves det, rammer lovforslaget alene de tilfælde, hvor passive investorer overtager et underskudsselskab for at modregne underskuddet i kapitalafkastet. Lovforslaget, sagde ministeren, er »så målrettet at det i praksis kun vil ramme spekulationstilfælde«.

Loven fik følgende ordlyd:

»Såfremt mere end 50 pct. at aktiekapitalen i et selskab omfattet af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 og 2, ved indkomstårets udløb ejes af andre aktionærer end ved begyndelsen af et tidligere indkomstår, hvor den skattepligtige indkomst udviste underskud, kan underskuddet ikke nedbringe den skattepligtige indkomst til et beløb mindre end selskabets positive nettokapitalindtægter«.

Herudover ligestiller loven aktiebesiddelse med besiddelse af stemmевærdi, og den rummer desuden nærmere regler om koncernforhold og begrebet nettokapitalindtægt. Dette sidste begreb er >> 289 >> vigtigt. Loven begrænser ikke adgangen til at fremføre underskud til modregning i erhvervsmæssig indkomst. Hvis selskabets erhverv er at skaffe sig kapitalindtægter, er loven ingen hindring for underskudsfræmførsel. Det er loven derimod, hvis selskabet i forbindelse med et ejerskifte omlægger sine aktiviteter fra f.eks. industri- og håndværksvirksomhed til investeringsvirksomhed.

Loven fordrer, at man ved hvert indkomstårs udløb skal gøre op, hvem der ejer hvor mange aktier - eller råder over hvor stor stemmевærdi - i selskabet. Denne opgørelse skal herefter sammenlignes med en tilsvarende opgørelse lavet ved begyndelsen af det indkomstår, hvis underskud ønskes fremført til fradrag i indkomsten - underskudsåret.

Dette kontrolprincip fanger de tilfælde, hvor et tomt selskab overtages af en gruppe passive investorer, der i kraft af den dominerende indflydelse på selskabet omlægger selskabet til ren formueinvestering med henblik på at opnå et sikkert og skattefrit kapitalafkast inden for rammerne af selskabets underskud.

Lad os se på et eksempel.

Aktieselskabet Andersen, Budolfson, Carlsen og Didreksen A/S har drevet virksomhed med fremstilling af frisørartikler gennem mange år. Andersen ejer 60% af aktiekapitalen, Budolfson 20%, Carlsen 10% og Didreksen 10%. I de senere år har markedet været sløjt. Udenlandske storkoncerner har opnået betydelige markedsandele. I indkomståret 1986 havde selskabet et underskud på kr. 200.000,00 og i 1987 et rekordunderskud på kr. 400.000,00. Der er krise i virksomheden. Man beslutter, at man vil gå ud af branchen og sælge driftsaktiviteterne til en konkurrent. Selve aktieselskabet vil man derimod sælge til vekselerer Eriksen, der har ytret interesse for at købe selskabet til brug for passiv investering i obligationer og pantebreve. Dette gennemføres.

Ved udgangen af indkomståret 1988 er det lykkedes vekselerer Eriksen at skaffe sit nys erhvervede selskab et pænt overskud, som han gerne ser forskånet for skattemæssig indblanding ved hjælp af det gamle underskud.

Men skattemyndighederne konstaterer, at »mere end 50% af aktiekapitalen ved indkomstårets udløb ejes af andre aktionærer end ved begyndelsen af et tidligere indkomstår, hvor den skattepligtige indkomst udviste underskud«.

Skattemyndighederne kan derfor kun henvise vekselerer Eriksen til loven om begrænsning af retten til underskudsfræmførsel for selskaber. Det gamle underskud kan ikke benyttes til fradrag i selskabets skattepligtige indkomst for 1988. Loven har forsåvidt virket efter hensigten.

Nu kan det også være, at aktionærene ikke synes, at det er en god idé at sælge hele selskabet til vekselerer Eriksen. Lad os antage, at de fire partnere bliver enige om, at tiderne er bedre for investering i obligationer og pantebreve end for jævne frisørartikler. De vil selv drive investeringsvirksomhed i det gamle selskab. Andersen, der er firmaets senior, ønsker imidlertid at få frigivet midler til sin pensionisttilværelse, så han tilbyder de øvrige partnere, at de kan overtage hans aktier, bortset fra 5% af aktiekapitalen, som han vil bevare for at være med i spillet.

Man enes om en aktieoverdragelse på nærmere bestemte vilkår, der ender med, at Andersen nu ejer 5% af aktiekapitalen, Budolfson 35%, Carlsen 30% og Didreksen 30%.

Hvad hårbørsterne og salonartiklerne ikke kunne klare, det lykkes for obligationerne og pantebrevene. I indkomståret 1988 har de fire partnere et fornemt afkast. De glæder sig over det fine resultat. Men glæden er kortvarig, for skattevæsenet meddeler, at årets resultat ikke kan krybe i skjul bag det gamle underskud, men skal beskattes med fuld styrke. Skattevæsenet konstaterer nemlig, at »mere end 50% af aktiekapitalen ved indkomstårets udløb ejes af andre aktionærer end ved beavndelsen af et tidligere indkomstår, hvor den

skattepligtige indkomst udviste underskud«. I 1987 ejede Andersen 60% af aktiekapitalen. Som led i omlægningen af selskabet solgte han 55 procent til sine tre partnere. Over halvdelen af aktiekapitalen har skiftet hænder, og det gamle underskud har mistet sin skatteværdi for regnskabsåret 1988.

Det spørgsmål, man kan rejse, er, om dette resultat er i pagt med lovens sigte og formål?

Det, som politikerne og dele af pressen i fællesskab havde i søgelyset forud for loven, var den situation, at udefrakommende pengeinvestorer købte sig et tomt selskab for at bruge selskabets underskud som skattefradrag i kapitalgevinster. Man købte selskabet, ikke for selskabets skyld, men fordi det gemte på et skattefradrag. Det var derfor Socialdemokratiet betitlede sit lovforslag »Handel med underskud i tomme selskaber«. Og det var derfor partiet talte om, at lovforslaget skulle lukke for underskudsfræførsel, hvis >> 290 >> selskabet blev overtaget af en »ny anpartshaver- eller aktionærkreds«. Skatteministeren var på linie med denne tankegang, da han betonedede, at loven skulle hindre »misbrug af retten til at fremføre skattemæssigt underskud i forbindelse med salg af underskudsselskaber til passive investorer«.

Men selvom den centrale idé bag loven var at sætte en stopper for spekulative opkøb af selskaber med fradragsberettiget underskud, blev loven udformet på en sådan måde, at denne ide blev udvidet til noget, der ganske vist ikke var så vidtgående som det, Socialdemokratiet havde foreslået, men som samtidigt synes at række ud over det sigte, som skatteministeren angav som begrundelse for loven.

Problemet er, at loven ikke sondrer tilstrækkeligt skarpt mellem *skifte af ejerskab til selskabet* og *skifte af ejere til selskabets aktier*. Når Andersen, Budolfson, Carlsen og Didreksen afhænder deres aktiebesiddelser til vekselerer Eriksen, er der tale om skifte af ejerskab til selskabet. Selskabet overgår i sin helhed til vekselerer Eriksen. Når Andersen, Budolfson, Carlsen og Didreksen sælger aktier til hinanden indbyrdes, er der tale om skifte af ejere til aktierne. Men selskabet som sådan forbliver på de selvsamme hænder.

Elementært, vil man sige, men alligevel ganske afgørende. For lovens motiver og forhistorie peger klart i retning af, at lovens hensigt var at afskære tilkøb af skattefradrag i form af erhvervelse af kuldsejlede selskaber med underskud. Det var skifte af ejerskab til selskabet, der skulle lukkes for - »salg af underskudsselskaber til passive investorer«, som skatteministeren sagde. Derimod synes motiverne *ikke* at give dækning for, at det også var tanken at spænde ben for de bestående aktionærers bestræbelser på at redde et betrængt selskab ved hjælp af omlægning af erhvervsaktiviteterne og ændringer i de bestående aktionærers indbyrdes ejerforhold til aktierne.

Som det er nu, rammer loven det hele - blindt og uden hensyn til, om det underskud, der er tale om, hidrører fra de samme menneskers indsats i selskabet, som det overskud, som de efter en heldigt gennemført omlægning skaber sig ved gunstig kapitalanbringelse. Bortset fra generationsskifte, sondrer loven ikke mellem hovedaktionærskifte inden for den bestående ejerkreds og overdragelse af en hovedaktionærpost fra den hidtidige indehaver til en udefrakommende erhverver.

Hvis det er en rigtig tolkning af motiverne, at lovens mening var at spærre vejen for underskudsfræførsel, såfremt stemmemajoriteten overgik fra de gamle aktionærer til en gruppe af udefrakommende erhververe - hidlokke af de skattemæssige muligheder i selskabets underskud - så er det en brist i loven, at lovens tællværk også går igang, når aktier skifter hænder indbyrdes blandt de aktionærer, der var ejere af selskabet i underskudsåret. Så *burde* loven retteligt have begrænset sig til den situation, der just var den forargelsens genstand, der bragte emnet frem på tinge, nemlig hvor ejerskabet til selskabets kontrollerende aktiepost overgik til helt nye personer, der ikke var aktionærer i selskabet i underskudsåret - fremfor som nu, hvor loven blot taler om »andre aktionærer«, herunder også de bestående aktionærer, der har taget tønnen i selskabets nedgangstid og nu søger fortrøstning ved udsigten til at fremføre underskuddet i fremtidig kapitalvinding.

Rent bortset herfra, kan der stilles spørgsmålstejn ved gyldigheden af de præmisser, som loven har til baggrund. Det må henstå som meget tvivlsomt, om der i juridisk forstand er noget belæg for at tale om »misbrug« af fræførselsretten, fordi selskabet har fået nye ejere. Retten til underskudsfræførsel efter ligningslovens § 15 bygger på den elementære selskabsretlige grundsætning, at aktieselskaber og anpartsselskaber er selvstændige juridiske enheder - i modsætning til interessentskaber og kommanditselskaber, der må betegnes som personselskaber, der kun i enkelte henseender har et egenpræg af selvstændig retsdannelse ved siden af selskabets personlige deltagere. Aktieselskaber og anpartsselskaber er såkaldt juridiske personer. Deres retsforhold, også de skatteretlige, skal kunne gøres op helt uafhængigt af, hvem der ejer selskabet. Selskabet er sin egen formuesfære.

I forarbejderne til ligningslovens § 15 vil man spejle forgæves efter noget juridisk holdepunkt for, at det skulle være skattespekulation eller omgåelse at overtage et krakket selskab for at lade selskabet benytte sig af skattefradraget i forbindelse med efterfølgende kapitalindtægter i selskabet. Princippet har været, at et underskud var selskabets underskud, ikke aktionærernes. Om den ene eller anden ejede aktierne har stede været uden betydning for selskabets skattemæssige stilling.

Reglen om begrænsning af underskudsfræførsel er en frappant afvigelse fra dette grundfæstede princip om aktieselskabernes og anpartsselskabernes juridiske autonomi. Nu er både den enkelte aktionær, selskabets bestyrelse og selskabets rådgivere nødt til - hvis selskabet ejer underskud med >> 291 >> skatteværdi og forventer kapitalindtæter i fremtiden - at interessere sig for ethvert eierskifte i selskabet oa så vidt muligt føre

nøje bogholderi over ændringer i ejerkredsen, så der i god tid kan tages bestik af underskudsreglen inden 50%-grænsen passerer. Behovet for en aktionæraftale, der tager højde for dette problem ved at styre aktieoverdragelserne uden om den skattefælde, som underskudsreglen teknisk set indebærer for selskab og aktionær, kan efter omstændighederne være højst påkrævet. Professionelle rådgivere som advokater og revisorer gør klogt i at holde underskudsreglen in mente i situationer, hvor de medvirker ved rekonstruktionsbestræbelser for nødstedte virksomheder i selskabsform.

Man kunne spørge, om det problem, som loven skulle løse, i virkeligheden er tilstrækkelig stort til at motivere det besvær, som loven påfører alle de aktie- og anpartsselskaber, som virker i en underskudssituation og som netop fordi en underskudssituation fordrer nytænkning - barsler med planer om en hel eller delvis omlægning af virksomhedsaktiviteterne i forbindelse med forskydninger i ejerforholdene.

Aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven rummer jo allerede regler, der kræver aktive tiltag, såfremt et selskab kommer på svage fødder. Aktieselskaber skal besinde sig på en vej ud af uføret, såfremt selskabet har tabt halvdelen af sin aktiekapital. Anpartsselskaber skal sørge for fuld dækning af indskudskapitalen eller tage skridt til selskabets opløsning. Det er givetvis rigtigt, at selskabsmyndighedernes kontrol med disse reglers overholdelse ikke er udpræget intensiv og heller ikke kan blive det uden en kraftig optrapning af ressourceforbruget. Men underskudsreglen synes ikke at være nogen selskabsretlig styrkelse i så henseende.

En anden svaghed er, at loven bygger på en direkte underkendelse af den symmetri ved behandlingen af indtægter og udgifter, der netop er så praktisk og velanbragt i skatteretten. Skønt der nok findes områder, hvor hensynet til den skatteretlige symmetri støder an mod stærke og vægtige lovgivningshensyn - således som Skatteministeriets Optionsudvalg f.eks. har påpeget det ved finansielle instrumenter baseret på aktier som underliggende aktiv - må det erkendes, at underskudsreglen skriver sig fra mere ydmyge hensyn, nemlig rene provenuetabssynspunkter. I den belysning må det forekomme bemærkelsesværdigt, at loven, tilsyneladende uden modsigelse eller nærmere overvejelse om de kontrolmæssige problemer for skattemyndighederne, har fået lov til at gøre et så markant brud med selskabsrettens velmeriterede princip om, at selskabet juridiske rettigheder hviler på selskabet som sådan og ikke står og falder med, hvem eller hvilke personer, der ejer selskabets aktiver.

Resumé:

Ligningsloven § 15, stk. 3-6 om begrænsning af retten til underskudsfremførsel for selskaber er et eksempel på hastværkslovgivning. Under folketingsbehandlingen fik lovreglen et mere vidtrækkende indhold end tilsigtet. Loven er en skattefælde for små selskaber med underskud, der nu skal tage sig i agt i forbindelse med omlægning af selskabsaktiviteterne og ejerskifte til aktiekapitalen. Lovreglen er desuden et klart brud med selskabsrettens faste princip om, at aktie- og anpartsselskaber er selvstændige juridiske enheder, idet selskabets skatteretlige stilling nu kan influeres af ejerskifte i aktionærkredsen.