

Rekonstruktion efter den nye selskabslov

Ledelsen har en pligt til løbende at vurdere, om selskabet har et forsvarligt kapitalberedskab

Ledelsen har efter den nye selskabslov en større handlefrihed, men den har også et tilsvarende større ansvar.

Ledelsen i et ApS eller A/S skal sikre, at generalforsamling afholdes, senest 6 måneder efter at det konstateres, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital- og skal altid gøre det, hvis selskabets egenkapital er mindre end 62.500 kr. På generalforsamlingen skal ledelsen redegøre for selskabets økonomiske stilling og om fornødent stille forslag om foranstaltninger, der bør træffes, herunder om selskabets opløsning, se selskabsloven § 119.

Senest 2 uger efter skal referat fra generalforsamlingen være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, se selskabsloven § 9.

Undertiden giver Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en frist til at genoprette selskabets kapital ved egen indtjening. Hittidig praksis var ca. 3 år. Praksis forventes skærpet til højst 2 år for bestående selskaber og højst 4 år for nye selskaber. Tilladelsen forudsætter, at selskabet indsender dokumentation i form af konsolideringsplaner mv. til brug for vurderingen at retableringsmulighederne, men ellers vil selskabet blive tvangsopløst.

Rekonstruer, mens kapitalen stadig er positiv

Det er en stor fordel, hvis kapitalen rekonstrueres så tidligt, at selskabet endnu har en positiv egenkapital.

Hvorfor? Af skattemæssige grunde er det bedst, fordi

1. der forbliver fuldt fradrag for de tidligere underskud,
2. de nye kapitalandele anses for tegnet til den anførte kursværdi, og
3. der sker ikke indkomstbeskatning i selskabet efter kursgevinstloven, selvom indskyderens fordring indfries til kurs 100 eller gæld konverteres til kurs 100.

Er selskabets egenkapital negativ, og har hovedkapitalejeren givet et lån til selskabet, kan dette lån ikke blive indfriet helt eller delvist på lige fod med de øvrige kreditorer, uden at det giver nogle skattemæssigt negative virkninger - både for selskabet og kapitalejeren.

Ved egentlig gældskonvertering og ved en kontant kapitalforhøjelse, der efterfølgende bruges til at indfri kapitalforhøjerens tilgodehavende i selskabet (=uegentlig gældskonvertering) og ved gældseftergivelse skal de skattemæssige konsekvenser afklares for kreditor, hvis det er en fysisk person, herunder hvilken kurs de nye kapitalandele anses for at have på tegningstidspunktet, om den eftergivne gæld anses for en skattepligtig gave, eller om der i stedet sker underskudsbegrænsning for selskabet mm.

En gældskonvertering i et koncernforhold, f.eks. lån fra moderselskab til datterselskab har ingen skattemæssig betydning, da kreditorselskabet ikke har fradrag for sit tab og debitorselskabet ikke er skattepligtig af gældseftergivelsen, ligesom debitorselskabet ikke bliver ramt af en underskudsbegrænsning, og der er tvungen sambeskatning.

Ledelsen i selskabet skal derfor løbende følge med i selskabets økonomiske udvikling - også af denne grund.

Retablering af kapitalen kan ske på flere måder

Typisk vælges en af disse måder:

1. Akkord.
2. Gældseftergivelse.
3. Gældskonvertering.
4. Kapitalindsud og samtidig indfrielse eller nedbringelse af en fordring til kapitalindskyderen eller en "nærbeslægtet".
5. Kapitalindsud foretaget af ny investor med mere end 50 % - og eventuel samtidig køb af en fordring
6. Andre kapitalindsud.

Samlet ordning med kreditorerne

Hvis der er tale om en samlet ordning med kreditorerne, er den skattemæssige behandling siden sommeren 1995 nogenlunde ens, se Ligningsloven § 15 stk. 2 - 5.

En samlet ordning vil sige, at ordningen typisk omfatter 50% eller mere af selskabets samlede usikrede gæld. Det kan godt være med en enkelt kreditor, der har så stort et tilgodehavende.

1. Akkord

Flertallet af kreditorerne kan tvinge enkelte kreditorer til at acceptere en tvangsakkord, hvis kreditorerne får mindst 10% af deres tilgodehavende.

Får selskabet en tvangsakkord - eller en frivillig akkord - nedsættes uudnyttede, fradragsberettigede underskud med det beløb, hvormed gælden er nedsat, se Ligningsloven § 15 stk. 2 og stk. 3. Gældseftergivelse, der fremtræder som led i en samlet akkord eller anden samlet kreditordning, udløser i almindelighed ingen beskatning, jf. Kursgevinstloven § 24.

2. Gældseftergivelse

Hvis en enkelt kreditor med et tilgodehavende på 50% eller mere af selskabets samlede usikrede gæld eftergiver gælden helt eller delvist, nedsættes underskuddet med det beløb, hvormed gælden eftergives.

[Medmindre kreditor er et moderselskab, der ikke kan fratække tabet på fordringen på grund af reglerne i Kursgevinstloven § 6, for i så fald beholder datterselskabet underskudsbegrænsningen.]

Efter Kursgevinstloven § 21 skal gevinst ved bortfald eller eftergivelse af gæld medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i det omfang, gælden nedskrives til et lavere beløb end fordringens værdi for kreditor på tidspunktet for gældseftergivelsen mv.

Hvis en kreditor afgiver saldokvittering mod at modtage et mindre beløb end det skyldige, og det må formodes, at debitor ikke ville have været i stand til at betale det fulde beløb, foreligger der ikke nogen gave.

3. Gældskonvertering

Det skattemæssige underskud nedsættes med det beløb, hvormed den konverterede fordrings pålydende beløb overstiger den konverterede fordrings kursværdi på tidspunktet for konverteringen. F.eks. et gældsbeholdning på 250.000 kr. er kun 100.000 kr. værd, dvs. underskuddet nedsættes med 150.000 kr. Se Ligningsloven § 15 stk. 2 og Kursgevinstloven § 24 stk. 1, 3. pkt. (Medmindre kreditor er et moderselskab, der ikke kan fratække tabet på fordringen på grund af reglerne i Kursgevinstloven § 6, for i så fald beholder datterselskabet underskudsbeholdningen.)

Når anpart eller aktier erhverves ved konvertering af gæld, vil deres anskaffelsessum normalt være fordringens værdi. Såfremt fordringens værdi på konverteringstidspunktet er mindre end pålydende, opgøres fortjeneste eller tab på grundlag af en anskaffelsessum svarende til fordringens handelsværdi. Fordringens handelsværdi beregnes på grundlag af det provenu, som kreditor kunne have fået, hvis debitorselskabet var blevet likvideret på tidspunktet for konverteringen. Ved opgørelsen skal aktiverne formentlig sættes til "going-concern-værdier", og der ses bort fra likvidationsomkostninger.

4. Kapitalindskud og samtidig indfrielse eller nedbringelse af en fordring til kapitalindskyderen eller en "nærbeslægtet" til kapitalindskyderen

F.eks. en långiver indskyder og forhøjer kapitalen med 500.000 kr. for, at selskabet efterfølgende kan indfri kapitalindskyderens tilsvarende store tilgodehavende i selskabet. Eller et moderselskab foretager en kapitalforhøjelse i datterselskabet, for at det derefter kan indfri et betydeligt banklån, som moderselskabet har kautioneret for.

Uudnyttede, fradragsberettigede underskud nedsættes med det beløb, hvormed gælden er nedsat, se Ligningsloven § 15 stk. 4 og 5.

Underskudsbeholdningen kan undgås, hvis indfrielsen af gælden først sker, efter at de skattemæssige underskud er anvendt til modregning, eller hvis kapitalindskuddet anvendes til indfrielse af andre gældsposter end indskyderens - eller hvis kapitalindskyderen forinden er blevet indfriet, så kapitalindskyderen ikke længere er kreditor på indbetalingstidspunktet.

Anpartshaverens anskaffelsessum for de nytegnede anpart er nedsættes med det samme beløb, som underskuddet begrænses med.

5. Kapitalindskud af ny investor så mere end 50% af kapitalen skifter ejer – og eventuel samtidig køb af fordring

Ved overdragelse af mere end 50% af kapitalen eller stemmевærdien i et selskab med skattemæssigt underskud, kan underskuddet ikke nedbringe den skattepligtige indkomst til et beløb mindre end selskabets positive nettokapitalindtægter, dvs. en del af det skattemæssige underskud kan gå tabt, se Ligningsloven § 15 stk. 7.

Når man sælger/køber et kriseramts selskab, der i en periode har givet underskud, forekommer det ofte, at man samtidig med salget/købet af aktierne/anparterne i selskabet også overdrager det tilgodehavende, som de hidtidige ejere har i selskabet. Et sådant tilgodehavende vil typisk have en meget lav værdi på overtagelsestidspunktet og vil derfor typisk kunne overtages til en kursværdi, som ligger væsentligt under kurs 100.

Ideen med overtagelsen af et kriseramts selskab vil som oftest være at retablere en fornuftig kapital med henblik på at få selskabet til at give overskud. Hvis det lykkes, vil der så igen være mulighed for, at debitorselskabet bliver i stand til at afdrage eller indfri sin gæld. Den nye ejer kan f.eks. have overtaget fordringen til kurs 10, men får den nu afdraget eller indfriet til kurs 100. Hvordan behandles sådan en fordring skattemæssigt?

Skatterådet har i 2009 i et bindende svar (SKM2009.22.SR) slået fast, at bedømmelsen ikke afhænger af, om den nye ejer af fordringen er en person eller et selskab, og har præciseret grænserne for, hvornår der skal ske udlodningsbeskatning og hvornår der skal ske kursgevinstbeskatning.

Hvis der gennemføres dispositioner, som har som hovedformål at sikre en forudsigelig kursgevinst på fordringen for ejeren af B A/S, og dette sker alene i kraft af ejerforholdet til B A/S, så anses gevinsten på gælden som udbytte, der er skattefrit for moderselskaber og skattepligtigt for personer. Ved vurderingen af, om dette er tilfældet, vil SKAT lægge vægt på følgende forhold:

1. Om erhvervelsen af fordringen er betinget af, at den nye ejer får eller har fuld kontrol over debitorselskabet.
2. Om fordringen er helt eller delvis værdiløs ved erhvervelsen.
3. Om debitorselskabets evne til efterfølgende at indfri fordringen til kurs 100 alene skyldes, at den nye ejer har indskudt kapital eller overskudsgivende aktiviteter.
4. Om fordringen kun er erhvervet, fordi den hidtidige ejer også var hovedaktionær i debitorselskabet.
5. Om debitorselskabet under normale omstændigheder ville have haft mulighed for at få gælden akkorderet.

På den baggrund var det Skatterådets opfattelse, at efterfølgende afdrag på B A/S's gæld til kurs 100 skattemæssigt skulle anses som maskeret udlodning, dvs. som udbytte, der er skattefrit for moderselskaber og skattepligtigt for personer - og ikke som kursgevinster på gælden, der er skattepligtigt for selskaber og skattefrit for personer.

6. Andre kapitalindskud

6.1. Hvis der ikke er tale om en samlet ordning, eller hvis gælden nedskrives til et lavere beløb end værdien heraf, kan der blive tale om direkte indkomstbeskatning i selskabet, da beløbet kan blive anset som en gave.

Der sker ingen begrænsning i fradragsretten for underskud.

6.2. Foretager de nuværende anpartshavere "almindelige" kapitalforhøjelser, medfører det hverken begrænsning i fradragsretten for underskud eller indkomstbeskatning i selskabet.

Kreditors fradrag for sit tab hos selskabet

Kreditors fradragsret afhænger af en række konkrete forhold. Navnlig fradragsbegrænsningen for tab på koncerninterne fordringer i Kursgevinstloven § 6 b kan få betydning.

Flere oplysninger:

Advokat Wivi H. Larsen el. advokat Torben From
whl@ret-raad.dk, tfr@ret-raad.dk eller
telefon 70 26 70 30