



ADVISORY[®]

INDEPENDENT TAX CONSULTING



Kontrol i skatteretten – Med særligt henblik på fælles aftale om udøvelse om bestemmende indflydelse

Danmarks Skatteadvokater 19. Maj 2017

Overblik

- Det skattemæssige kontrolbegreb i dansk ret er vidt forgrenet, komplekst og uklart.
- Gælder ikke mindst de tilfælde, hvor der kan statueres kontrol gennem såkaldt fælles aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse.
- Kontrol/koncern/bestemmende indflydelse?
- Indlægget vil belyse kontrolbegrebet, med særligt fokus på fælles aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse.

Selskabsret og regnskabsret

- **Selskabslovens § 6**
 - Et moderselskab udgør sammen med en eller flere dattervirksomheder en koncern...
- **Selskabslovens § 7**
 - Stk. 1: Bestemmende indflydelse er beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger.
 - Stk. 2: Bestemmende indflydelse i forhold til en dattervirksomhed foreligger, når moderselskabet direkte eller indirekte gennem en dattervirksomhed ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne i en virksomhed, medmindre det i særlige tilfælde klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse.

Skatteret - overblik

- **Formål?**
 - Konstatning af tilstrækkelig grad af integration til at fordele eller ulemper kan udløses.
 - Konstatning af koncernforbindelse ophæver ikke det enkelte selskabs selvstændige skattesubjektivitet.
- **Flere koncern/kontrolbegreber anvendes forskellige steder i lovgivningen.**
- **Et relationsbegreb, hvor indholdet afhænger af den konkrete regel.**
 - Bestemmende indflydelse (harmoniseret i 2004 – bestemmende indflydelse, kontrol og væsentlig indflydelse).
 - Eksempler:
 - KGL § 4, stk. 2, ABL §§ 4 A og 4 B, LL § 2 (og SKL § 3 B), SEL § 31 C,
 - OECD MDBO artikel 9: associated enterprises.

Skatteret - overblik

- Fokus på bestemmende indflydelse i LL § 2 og SKL § 3 B:
- Yderligere betydning for:
 - Koncernintern udlejning af afskrivningsberettiget aktiver (LL § 5 G, stk. 2),
 - Kildeskat på koncerninterne renter og kapitalgevinster (SEL § 2, stk. 1, litra d og h),
 - CFC beskatning (SEL § 32),
 - Transparente selskaber (SEL § 2 A),
 - Tynd kapitalisering (SEL § 11) samt
 - Koncerninterne forsikringselskaber (captive insurance) (SEL § 11 A).
 - LL § 16 A.
 - LL § 16 B.
 - FUSL § 15.
 - Kildeskat på udbytter (SEL § 2, stk. 1(c))

Skatteret - overblik

- Skattepligtige,
 - hvorover fysiske eller juridiske personer udøver en bestemmende indflydelse.
 - Der udøver en bestemmende indflydelse over juridiske personer.
 - Der er koncernforbundne med en juridisk person.
- Ved bestemmende indflydelse forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne.

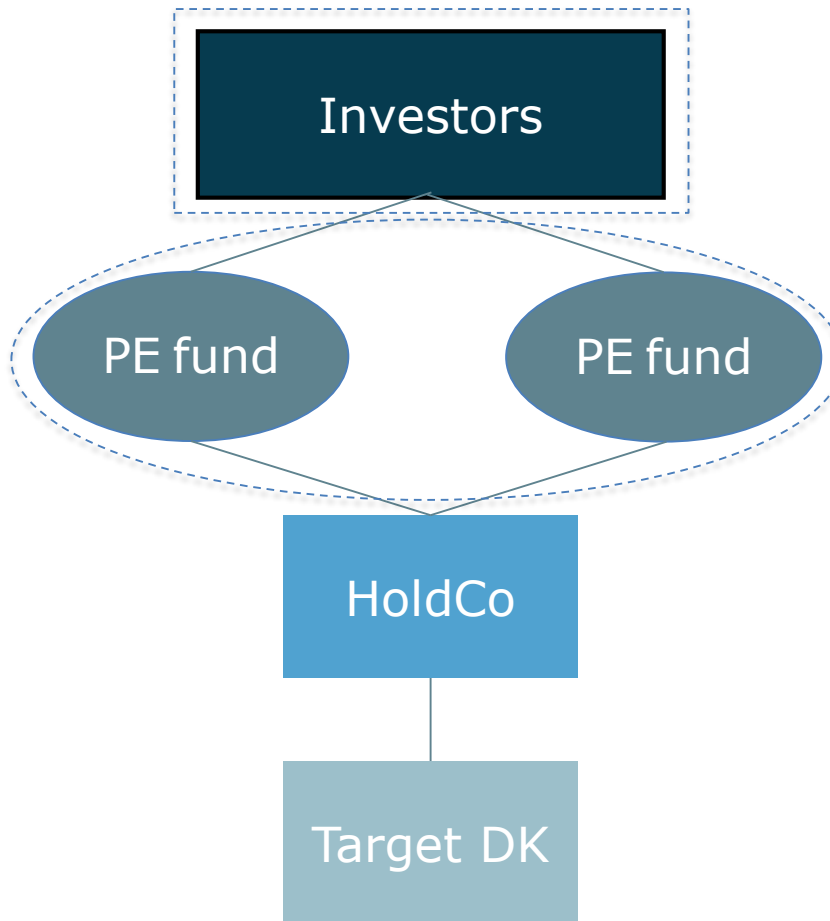
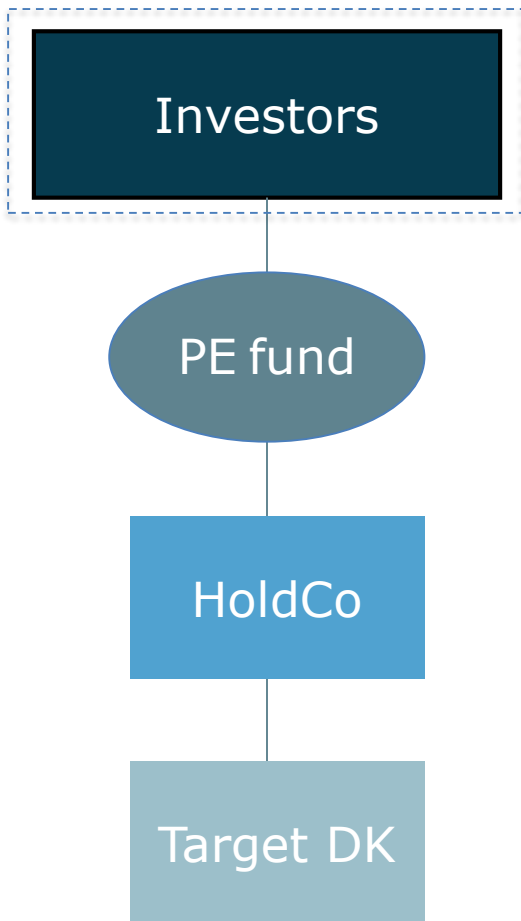
Skatteret - overblik

- Medregnes:
 - Aktier og stemmer som indehaves af koncernforbundne selskaber, personlige aktionærer og deres nærtstående eller fond/trust stiftet af disse.
 - Ejerandele og stemmer som indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem der er en aftale om fælles udøvelse af bestemmende indflydelse ("kontrol" i SEL § 32).
- Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller hvor der er fælles ledelse.

Udvidet kontrolbegreb

- Lov nr. 308 af 19.4.2006 (L116).
- Baggrund
 - Private Equity Funds – juridiske personer?
 - Men betydeligt større anvendelsesområde.
- I hovedtræk
 - Udvidelse af begrebet "bestemmende indflydelse" og koncernbegrebet.

L116 - illustration



Aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse

Aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse

- Medregning af aktier/stemmer fra selskabsdeltagere med aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse.
- Gælder ikke kun transparente enheder, men generelt og omfatter aftaler mellem alle typer af selskabsdeltagere.
- De facto kontrol i fx 50/50 tilfælde - indtil da alene de jure kontrol.
- Oprindeligt lovforslag hvilede på en forudsætning om, at der var hjemmel i oprindeligt forslag (bilag 4 til L 116). – Ændringsforslag (bilag 8 og betænkningen i bilag 12).
- Kildeværdi af oprindelige bemærkninger?

Aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse

- Hvornår foreligger en sådan aftale?
 - Konkret vurdering.
 - Fælles råden over flertal af stemmer.
 - Fælles udnævnelse eller afsættelse af flertal af medlemmerne i øverste ledelsesorgan.
 - Fælles bestemmende indflydelse over driftsmæssige og finansielle ledelse.
 - Konkrete vilkår vedrørende kapitalfonde:
 - Krav til minimumsinvestering/ejerandel og eventuelt om deltagelse i fremtidige kapitalforhøjelser for at finansiere yderligere opkøb.
 - Ret til at kunne kræve at sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær og pligt til at skulle sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (tag along & drag along).
 - Enighed om den fælles strategi med investeringen (investeringshorisont, eventuel foretrukken exit-måde).
 - Aftale om fælles udpegning af bestyrelsesmedlemmer og bestyrelsens virke (bestemmelser som typisk forekommer i bestyrelsens forretningsorden om møder, quorum, flertalsregler, krav til kvalificerede flertal i visse beslutninger, m.v.).
 - Retningslinier for strategien for den opkøbte virksomhed.

Aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse

- Såvel direkte som indirekte selskabsdeltagere vil blive anset for at have bestemmende indflydelse i det fællesejede selskab.
 - Ikke muligt at undgå at blive omfattet af bestemmelsen ved at indskyde mellemliggende holdingselskaber.
 - Finder anvendelse på såvel kapitalfondene som mellemholdingselskaberne, når to kapitalfonde med hvert sit mellemholdingselskab har aftalt udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.
 - Uanset, om aftalen er indgået mellem kapitalfonde eller mellem holdingselskaberne.

Aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse

- *Aktionæroverenskomst (ejerftaler)?*
- *Bestemmelser om forkøbsret ved salg og begrænsninger i pantsætningsadgangen?*
- **Deltagere i transparente enheder**
 - Skatteministeren: (L 84 2010 - bilag 6 og bilag 20):
 - *“Det kan bekræftes, at når en transparent enhed har bestemmende indflydelse, skal de enkelte deltagere anses for at have del i denne. En deltager i et LP skal derfor behandles som havende bestemmende indflydelse, når partnership’et samlet set har bestemmende indflydelse.”*

Praksis

- SKM 2009.2856 SR
 - 50/50 ejet selskab.
 - Stemmemfordelingen fulgte ejerskabet.
 - Aktionæroverenskomst mellem ejerselskaber.
 - Konkret vurdering – ikke aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse mellem parterne.
 - Betydning,
 - at aktionæroverenskomsten ikke indeholdt en fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets bestyrelse og direktion,
 - at de to ejere hver især udpeger sine egne kandidater til bestyrelsen, at udpegningen afspejler den foreliggende ejerstruktur,
 - at punkterne i aktionæroverenskomsten på sædvanlig vis fastlægger hvilke aftaler, der gælder i almindeligt forekommende situationer med en ejerstruktur som den foreliggende,
 - at punkterne i aktionæroverenskomsten hovedsageligt regulerer forhold, der vedrører aktionærernes rettigheder og ikke forhold vedrørende den finansielle og driftsmæssige ledelse af selskabet.
 - Ikke afgørende, at bestemmelser om selskabets udbyttepolitik, fastsat exithorisont samt om at aktionærerne er enige om til stadighed at udøve deres indflydelse på selskabet i overensstemmelse med indholdet af aktionæroverenskomsten med henblik på at fremme de fælles interesser for selskabet og aktionærerne.

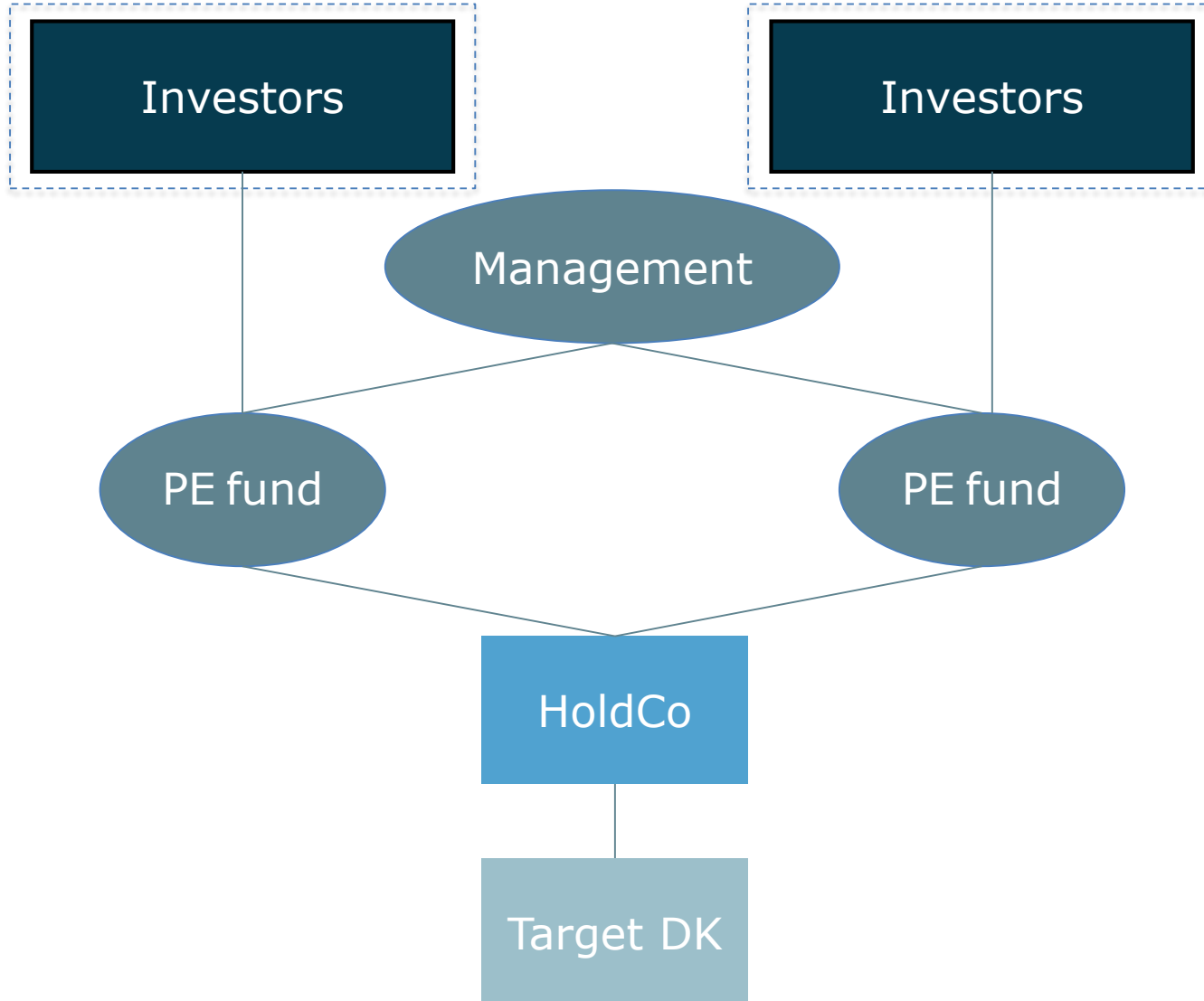
Praksis

- **SKM 2014.657 LSR**
 - Anpartshaveroverenskomst (benævnt sameje) kunne ikke anses som en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse
 - Idet det ikke af anpartshaveroverenskomsten entydigt fremgår, at der mellem parterne er tale om en "aftale om udøvelse af bestemmende indflydelse".
 - Ses de facto heller ikke at have givet sig udtryk, herunder overfor omverdenen.
 - Aftaler om krydshæftelser og lejlighedserhvervelser kan ikke føre til andet resultatet.
 - (Ikke mulighed for betalingskorrektion).
- **SKM 2014.153 SR**
 - 50/50 ejet selskab af to fætre.
 - Ingen ejerftale.
 - Ikke bestemmende indflydelse.

Fælles ledelse

- "Fælles ledelse"
 - Fremkom i 1. udkast vedrørende transparente enheder
 - Vedtaget som ændring til koncernbegrebet
 - Hvad er fælles ledelse?
 - Ingen reel vejledning i bemærkningerne
 - Tog sigte på transparente kapitalfonde i K/S-formen
 - Vedtagen lov har andet anvendelsesområde og bestemmelsen er indsat et helt andet sted
 - Derfor: Tvivlsomt om de oprindelige bemærkninger kan inddrages
- Det indførte kriterium har betydning langt ud over kapitalfondenes forhold.

L116 - illustration



Fælles ledelse

- *Hvornår* der foreligger fælles ledelse, og *hvor stor grad af personsammenfald?*
- Af bemærkningerne fremgår, at der skal ses på, om administrationen foretages af samme ledelse, eller hvis der er væsentlige personsammenfald i selskabernes ledelse.
 - Som ledelse må formentlig forstås de almindelige ledelsesorganer (bestyrelse, direktion) alt afhængigt af, hvilken selskabstype der konkret er tale om.



ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

Ny bog i CORIT bogserien





ADVISORY®

INDEPENDENT TAX CONSULTING

JAKOB BUNDGAARD

MANAGING DIRECTOR
HONORARY PROFESSOR, M.SC., PH.D.

CORIT ADVISORY P/S
LYNGBY HOVEDGADE 17, 2. SAL
2800 KONGENS LYNGBY
DENMARK

WWW.CORIT-ADVISORY.COM

P: +45 40 42 22 84
E: JB@CORIT.DK