



Potentielle stemme- rettigheder som del af koncern- begrebet

1. Indledning

Emnet for denne korte fremstilling er det skatteretlige koncernbegreb, herunder konkret betydningen af potentielle stemmerettigheder i forbindelse med koncernbegrebet, som det defineres i sambeskatningsreglerne.

Siden 2009 har det været muligt i dansk ret at medregne visse potentielle stemmerettigheder ved opgørelsen af en koncernforbindelse. Dette spørgsmål blev behandlet i SKM 2024.383 SR, som er anledningen til dette indlæg.



LFF nr. 171 af 25. marts 2009

2. Retsgrundlaget

Det følger af SEL § 31, at danske koncernforbundne selskaber og foreninger m.v. samt faste driftssteder og fast ejendom i Danmark skal sambeskattes (national sambeskatning). Ved koncernforbundne selskaber og foreninger m.v. forstås selskaber og foreninger m.v., der på noget tidspunkt i indkomståret tilhører samme koncern, jf. den skattemæssige koncernforbindelse i SEL § 31 C.

Koncerndefinitionen i årsregnskabsloven, selskabsloven og selskabsskatteloven (sambeskatning) er tiltænkt at være materielt identiske med IAS 27 (IFRS 10). Ordlyden er ikke på alle områder den samme som i IAS 27, hvilket udelukkende skyldes, at ordlyden er tilpasset strukturen i de danske virksomheder. Der er ikke tiltænkt materielle forskelle.

Det følger af SEL § 31 C, at 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. Bestemmende indflydelse er defineret som beføjelsen til at styre et datterselskabs økonomiske og driftsmæssige beslutninger.

Det fremgår samtidig af SEL § 31 C, stk. 3, at 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.

Det skal således først afgøres, om et selskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne.

Hvis dette er tilfældet, må det herefter vurderes, om der består et særligt tilfælde, hvor det klart kan påvises, at der alligevel ikke består bestemmende indflydelse. Der gælder således en formodningsregel om, at hvis et selskab ejer mere end halvdelen af stemmerettighederne, foreligger der bestemmende indflydelse, medmindre det modsatte altså klart kan bevises.

Hvis det ikke er tilfældet, at selskabets formelle ejerskab udgør mere end halvdelen af stemmerettighederne, foreligger der bestemmende indflydelse, hvis moderselskabet har (i) råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne i kraft af en aftale med andre investorer, (ii) beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i et selskab i henhold til en vedtægt eller aftale, (iii) beføjelsen til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan, og dette organ besidder den bestemmende indflydelse på selskabet eller (iv) råderet over det faktiske flertal af stemmerne på generalforsamlingen eller i et tilsvarende organ og derved besidder den faktiske bestemmende indflydelse over selskabet.

Det følger af SEL § 31 C, stk. 5, at der udover de formelt direkte og indirekte ejede stemmerettigheder også skal medregnes *eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, ved vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse.*

Dette medfører ifølge lovbemærkningerne, at potentielle stemmerettigheder skal medtælles, også selvom de ikke er materialiseret, hvis den manglende materialisering alene beror på en ensidig beslutning om ikke at udløse disse. Det er kun stemmerettigheder, der er betinget af endnu ikke indtrufne forhold, der ikke skal medregnes. Det følger uddybende af bemærkningerne til LFF nr. 171 af 25. marts 2009, at:

”En virksomhed kan besidde aktie-warrants, call-optioner på aktier, gælds- eller egenkapitalinstrumenter, som kan konverteres til ordinære aktier, eller tilsvarende instrumenter, som ved udnyttelse eller konvertering kan give virksomheden stemmerettigheder eller reducere en anden parts stemmerettigheder vedrørende en anden virksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Dette betegnes i IAS 27 som potentielle stemmerettigheder. Eksistensen og virkningen af potentielle stemmerettigheder, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, herunder potentielle stemmerettigheder, som besiddes af en anden virksomhed, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om en virksomhed har beføjelse til at styre en anden virksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger. Potentielle stemmerettigheder kan ikke aktuelt udnyttes eller konverteres, når de eksempelvis først kan udnyttes eller konverteres på et fremtidigt tidspunkt eller ved en fremtidig begivenheds indtræden. En virksomhed skal i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt potentielle stemmerettigheder bidrager til bestemmende indflydelse, undersøge alle forhold og omstændigheder, herunder vilkårene for udnyttelsen af de potentielle stemmerettigheder og andre kontraktlige forpligtelser, samlet eller hver for sig, som påvirker de potentielle stemmerettigheder, bortset fra ledelsens hensigt og den økonomiske evne til at udnytte eller konvertere rettighederne.

Det væsentlige er, at hvis en virksomhed frit kan vælge at udvide sin indflydelse og derigennem opnå bestemmende indflydelse i en anden virksomhed, så vil der foreligge et koncernforhold. Her vil modervirksomheden til enhver tid kunne gennemtvinge sine ønsker ved at udnytte de potentielle stemmerettigheder.”

Potentielle stemmerettigheder, der ikke er materialiseret, skal derfor medtælles i vurderingen af, om et selskab har bestemmende indflydelse i et andet selskab, hvis den manglende materialisering alene beror på en ensidig beslutning om ikke at udløse disse. Det væsentlige er, at hvis en virksomhed frit kan vælge at udvide sin indflydelse og derigennem opnå bestemmende indflydelse i en anden virksomhed, så vil der foreligge et koncernforhold. Det er kun stemmerettigheder, der er betinget af endnu ikke indtrufne forhold, der ikke skal medregnes. Dette sikrer, at det er det reelle bilde af ejerkredsen, der udgør grundlaget for vurderingen af moder-dattervirksomhed.

Det er ikke nødvendigvis en let vurdering, om potentielle stemmerettigheder skal medregnes eller ej. I sagen SKM 2024.383 SR volder vurderingen dog ikke store problemer, men sagen ikke desto mindre egnet til belysning af kriteriet.

Potentielle stemmerettigheder kan føre til, at en koncernforbindelse anses for at foreligge ved en samlet stemmeandel på mere end 50 %. Samtidig kan en samlet vurdering om eksistensen af mere end 50 % af stemmerne afmonteres gennem eksistensen af konkrete vetorettigheder, som medfører, at moderselskabet ikke kan siges at kunne udøve bestemmende indflydelse.

3. Praksis

Muligheden for at medregne potentielle stemmerettigheder har alene givet anledning til begrænset offentliggjort praksis.

SKM 2015.5357 BR vedrørte en potentiel sambeskatning som følge af en køberet til anparter. Landsskatteretten fandt (som tilsluttet af byretten), at eksistensen af de potentielle stemmerettigheder ikke skulle tages i betragtning ved vurderingen af, om køberselskabet havde bestemmende indflydelse i target-selskabet, da det efter det oplyste ikke på tidspunktet for aftalens indgåelse eller i den efter-

følgende periode var fastlagt, hvem der skulle udnytte køberetten til anparterne i target, og dermed hvem de potentielle stemmerettigheder entydigt skulle henføres til. På denne baggrund kunne køber således alene anses for at have ejet 50 % af stemmerettighederne i target i perioden fra aftalens indgåelse og til den faktiske overdragelse af anparterne. Landsretten fandt ligeledes af de grunde, som var anført af Landsskatteretten, at køber besad halvdelen af stemmerettighederne i target i perioden fra aftalens indgåelse, mens der for den anden halvdel af stemmerettighederne ikke forelå nogen endelig afklaring af, hvorledes der skulle forholdes med disse, idet disse i henhold til overdragelsesaftalen kunne komme til endeligt at tilhøre ”ApS A” eller ”C ApS” eller ”D” m.v. Idet det således ikke på det skatterelevante tidspunkt, som klageren henviser til, var afklaret, hvem disse rettigheder præcist ville tilhøre, forelå der herefter ikke det til sambeskatning nødvendige grundlag for medregning af de potentielle stemmerettigheder.

Med SKM 2024.383 SR ser vi for første gang en klar sag, hvor kriteriet spiller en afgørende rolle.

Sagen udgør en anmodning om bindende svar til Skatterådet. Anmodningen indeholder to spørgsmål, hvor det ene vedrører, hvorvidt køberetter (call-optioner) indgaaet i en særlig aktieaftale mellem et selskab (H1) og de øvrige anparthavere medfører en koncernforbindelse, idet køberetterne betyder, at H1 havde bestemmende indflydelse. Det andet spørgsmål vedrører, hvorvidt særlige bestemmelser i ejerftalen kan siges at bryde en koncernforbindelse (hvis spørgsmål 1 blev besvaret bekræftende) – altså spørgsmålet om vetoret.¹ Jeg skal alene fokusere på det første spørgsmål.

Skatterådet bekræftede spørgsmålet.

Faktum vedrørte det danske anpartsselskab, H2. Ejerstrukturen var medio 2023 således: A

13 %, B 7 %, G2 4 %, G3 35 %, H3 (overdraget fra H1 i 2023) 41 %. Direktøren i H2 er personen C, der er den ultimative ejer af H1.

Der var i 2021 indgået en ejerftale (tillæg til oprindelig ejerftale) vedrørende H2, som tillægger det danske anpartsselskab, H1, køberetter til de øvrige aktionærers aktier i H2. Der var i 2022 indgået en ny ejerftale (tillæg den til oprindelige) vedrørende H2. Det fremgår af denne ejerftale, at der er følgende fem ejere på tidspunktet for underskrift af ejerftalen: A ejer 13 %, B ejer 7 %, H1 ejer 41 %, G2 ejer 4 %, G3 ejer 35 %.

I 2022-aftalens afsnit 11 er H1's køberet omtalt. Heraf fremgår:

”11 Køberet – H1

11.1 H1 har køberet til A's, B's og G2's kapitalandele i H2 (Selskabet), svarende til, i det omfang det er muligt, op til i alt 25 % af kapitalandelene i Selskabet på tidspunktet for køberettens udnyttelse, uanset hvornår dette måtte være og uanset om ejerforholdene fremadrettet måtte blive ændret.

11.2 På tidspunktet for underskrivelse af Ejerftalen svarer en fuld udnyttelse af køberetten til erhvervelse af følgende af A's, B's og G2's kapitalandele i Selskabet.

A: 9,30 % af kapitalandelene i Selskabet.

B: 9,30 % af kapitalandelene i Selskabet. Kapitalandelene er på tidspunktet for underskrift af nærværende tillæg noteret i Selskabets ejerbog [udeladt af offentlighedsloven].



SKM 2024.383 SR

G2: 4,65 % af kapitalandelene i Selskabet. Kapitalandelene er på tidspunktet for underskrift af nærværende tillæg noteret i Selskabets ejerbog som [udeladt af offentliggørelsesteksten].

11.3 Bestemmelse om H1's køberet er indført i selskabets vedtægter og noteres i Selskabets ejerbog. Parterne forpligter sig til, i forbindelse med enhver ændring i Selskabets kapital, herunder ved fremtidige kapitalforhøjelser, at medvirke til opdateringen af Selskabets ejerbog, så H1's køberet, til enhver tid – i videst muligt omfang – svarer til i alt 25 % af kapitalandelene i Selskabet. 11.4 Købesummen for de overdragne kapitalandele udgør deres forholdsmæssige andel af Selskabets samlede værdi, baseret på en værdiansættelse på i alt kr. [beløb udeladt], uanset tidspunktet for køberettens udnyttelse.

11.5 Købesummen berigtiges kontant af H1 ved gennemførelsen af overdragelsen af Kapitalandelene, senest 5 hverdage efter H1's meddelelse om udnyttelse af Køberetten, dog tidligst når H1 ubetinget har erhvervet kapitalandelene og har fået sin adkomst noteret i Selskabets ejerbog.

11.6 Køberetten kan udnyttes individuelt og ad flere omgange. Det er således ikke et krav for H1's udnyttelse af køberetten, at den samlede kapitalpost i alt p.t. nom. kr. [beløb udeladt], svarende til 24 %, erhverves.

11.7 H1's køberet hviler på kapitalandelene. Køberetten består derfor uagtet om de pågældende kapitalandele overdrages til

en eller flere af de øvrige Parter, eller til en tredjemand.

11.8 H1 har derudover en køberet til de af G3 ejede kapitalandele i Selskabet. Køberetten kan udnyttes i perioden fra underskrivelsen af Ejeraftalen. Køberetten kan ikke udnyttes delvist. Følgende vilkår skal gælde for fastsættelse af købesummen:

11.8.1 Ved udnyttelse af Køberetten til de af G3 ejede Kapitalandele inden 24 måneder fra underskrivelsen af Ejeraftalen udgør købesummen for Kapitalandelene et beløb svarende til den pågældende Parts forholdsmæssige andel af en samlet værdiansættelse af Selskabet (Equity Value) på DKK [beløb udeladt]. Købesummen berigtiges kontant af H1 ved gennemførelsen af overdragelsen af Kapitalandelene mod samtidig notering i Selskabets ejerbog af H1's adkomst til Kapitalandelene senest 5 hverdage efter H1's meddelelse om udnyttelse af Køberetten.

11.8.2 Ved udnyttelse af Køberetten til de af G3 ejede Kapitalandele efter 24 måneder fra underskrivelsen af Ejeraftalen udgør købesummen for Kapitalandelene et beløb svarende til den pågældende Parts forholdsmæssige andel af en samlet værdiansættelse af Selskabet (Equity Value) på DKK [beløb udeladt] tillagt et beløb svarende til summen af DKK [beløb udeladt] pr. hele kalendermåned, der er forløbet fra 24 måneder efter underskrivelsen af Ejeraftalen (DKK [beløb udeladt] pr. år) og DKK [beløb udeladt] pr. registreret, aktive bruger på H2 i de seneste 6 måneder forinden køberettens udnyttelse. Købesummen

berigtiges kontant af H1 ved gennemførelsen af overdragelsen af Kapitalandelene mod samtidig notering i Selskabets ejerbog af H1's adkomst til Kapitalandelene senest 5 hverdage efter H1's meddelelse om udnyttelse af Køberetten.

11.9 Såfremt køberetten til de af G3 ejede Kapitalandele udnyttes, jf. pkt. 11.8, skal G3 i tillæg til afståelsessummen have andel af en eventuelt realiseret meravance ved H1's efterfølgende videresalg af G3's Kapitalandele til en uafhængig tredjepart. Tillægget beregnes efter følgende regler:

11.9.1 Videresalg til en uafhængig tredjepart mellem 0-6 måneder efter foranstående overtagelse af Kapitalandelene. I dette tilfælde beregnes tillægget som 100 % af den forholdsmæssige meravance.

11.9.2 Videresalg til en uafhængig tredjepart mellem 6-12 måneder efter foranstående overtagelse af Kapitalandelene. I dette tilfælde beregnes tillægget som 50 % af den forholdsmæssige meravance.

11.9.3 Ved videresalg efter 12 måneder beregnes der ikke et tillæg. Ved videresalg til en lavere pris finder ingen regulering sted.

11.10 Den eller de Parter, overfor hvem Køberetten gøres gældende, er forpligtede til at overdrage kapitalandelene til H1 frie og ubehæftede.

11.11 Bestemmelserne om forkøbsret i pkt. 12 finder ikke anvendelse i tilfælde af de i pkt. 11 tildelte Køberettens udnyttelse."

Note

1 Skatterådet bekræftede, at bestemmelserne i ejeraftalen dateret 2022 omkring væsentlige beslutninger ikke ændrer på, at H1 har den bestemmende indflydelse, forudsat at der svares ja til spørgsmål 1 (se nedenfor). Det var Skatterådets opfattelse, at selvom ejeraftalen af 2022 indeholder en vetoet for G3 vedrørende væsentlige beslutninger, ændrer dette ikke ved, at H1 og H2 fortsat er koncernforbundne, jf. selskabsskattelovens § 31 C, og at selskaberne derfor fortsat efter 2022 indgår i national sambeskatning efter selskabsskattelovens § 31. Skattestyrelsen lægger herved vægt på, at H1 i tilfælde af uenighed mellem parterne til enhver tid kan udøve sin køberet til de af G3 ejede kapitalandele. I forhold til at bryde formodningen om bestemmende indflydelse udtalte Skatterådet i SKM2010.209. SR, at det i SEL § 31 C, stk. 3, er fastslået, at ejerskab til flertallet af stemmerne i et selskab ikke fører til koncernforbindelse, hvis det klart kan påvises, at et sådant ejerforhold ikke udgør bestemmende indflydelse. I SKM2011.42. SR bekræftede Skatterådet derimod, at der var koncernforbindelse mellem to selskaber, da et selskab opnåede 51 % af stemmerettighederne. En ejeraftale indeholdende vetorettigheder ændrede ikke på, at selskabet havde den bestemmende indflydelse. Vetorettighederne blev ikke anset for at indskrænke ledelsens kompetence til at lede og træffe beslutninger, hvorved selskabets reelle indflydelse på de økonomiske og driftsmæssige beslutninger ikke blev væsentligt begrænset. Ligeledes fandt Skatterådet i TfS 2012, 114 SR, at vetoet blandt bestyrelsesmedlemmerne på visse områder ikke var nok til at bryde formodningen om bestemmende indflydelse.

Det fremgår heraf, at H1 har ret til at erhverve de kapitalandele, som A, B og G2 ejer (samlet 24 %). Køberetten kan til enhver tid gøres gældende af H1 til en konkret fastsat værdi af selskabet, og uafhængigt af om aktierne er overdraget til 3. mand. Køberetten kan udnyttes successivt.

Det fremgår videre heraf, at H1 har ret til at erhverve de kapitalandele, G3 ejer (samlet 35 %). Køberetten kan til enhver tid gøres gældende af H1 til en fastsat værdi af selskabet (efter 24 måneder til en højere værdi). Køberetten kan ikke udnyttes successivt.

Skattestyrelsen og Skatterådet lagde på baggrund af det oplyste for besvarelsen til grund, at H1 frit kunne have udnyttet køberetterne til yderligere 30 pct. af stemmerne i H2 og derigennem have opnået bestemmende indflydelse. Den manglende materialisering af køberetterne beroede alene på en ensidig beslutning fra H1 om ikke at udløse disse, og køberetterne skulle derfor medtælles i vurderingen af, om H1 havde bestemmende indflydelse i H2 i perioden. Det var herefter Skattestyrelsens og Skatterådets opfattelse, at H1 og H2 er koncernforbundne fra 2021 til 2022, og at selskaberne derfor indgår i national sambeskatning i den pågældende periode.

4. Kommentar

Afgørelsen i SKM 2024.383 SR synes absolut korrekt. Det bekræftes, som forventet:

- At kontrolvurderingen er konkret og baseret på indhold af det samlede aftalegrundlag, herunder i ejeraftaler, optionsaftaler mv.
- Potentielle stemmerettigheder kan medregnes, hvis disse er konkrete og baseret på ensidig beslutning kan udnyttes.