

Artikler

351

Tynd kapitalisering og kontrolleret gæld

af ph.d., Michael Tell, Juridisk Institut, CBS, og CORIT Advisory P/S

Artiklen omhandler begrebet **kontrolleret gæld**, som er indeholdt i reglerne om tynd kapitalisering. I artiklen analyseres begrebet **kontrolleret gæld**, og derved i hvilke tilfælde gældsforhold potentielt anses for ikke at være markedskonforme, således at renteudgifter og kurstab herved fradragsbeskæres. Heri indeholdes også en analyse af **kontrolleret gæld opstået som følge af sikkerhedsstillelse**, som Skatteministeren synes at tolke videre end ordlyden, samt **kontrolleret gæld i forhold til faste driftssteder**.

1. Indledning

Ved lov nr. 432 af 26/6 1998 indførtes regler om tynd kapitalisering i selskabsskattelovens (SEL) § 11, der skal hindre udflytning af skattetilsvaret ved ikke-markedskonform gældsætning.¹ SEL § 11 indførtes sammen med ligningslovens (LL) § 2, og de skal sammen sikre, at koncerner ikke opnår utilsigtede koncernfordele ved afvigelser fra markedskonformiteten af såvel gældsforholdet (SEL § 11) som vilkårene heri (LL § 2).²

Centralt for tynd kapitaliseringsreguleringen er identifikation af såkaldt *kontrolleret gæld*, der potentielt fraviger markedskonformiteten. Det følger af SEL § 11, at såfremt et selskab har kontrolleret gæld og selskabets gæld i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1, så kan renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke fradrages. Det følger samtidig af SEL § 11, stk. 1, 5. pkt., at fradragsbeskæringen reduceres, såfremt skatteyderen godtgør, at lignende finansiering kan

opnås mellem uafhængige parter (markedskonformiteten).

I denne artikel analyseres begrebet **kontrolleret gæld**, og derved i hvilke tilfælde gældsforhold risikerer at blive anset for ikke at være markedskonforme, således at renteudgifter og kurstab fradragsbeskæres. Heri indeholdes også en analyse af **kontrolleret gæld opstået som følge af sikkerhedsstillelse** efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., som skatteministeren synes at tolke videre end ordlyden, samt **kontrolleret gæld i forhold til faste driftssteder**.

2. Kontrolleret gæld

Ikke-markedskonform gæld forudsætter et gældsforhold mellem interesseforbundne parter, således at der potentielt kan ske en fravigelse af, hvad der ville være aftalt uden interessefællesskabet. SEL § 11 søger at afdække disse gældsforhold ved definitionen af kontrolleret gæld.

Kontrolleret gæld³ defineres i henholdsvis SEL § 11, stk. 1, nr. 2 og SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. samt SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. Det følger heraf, at kontrolleret gæld omfatter:

- Gæld til juridiske personer, som nævnt i LL § 2, stk. 1
- Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld
- Lån fra tredjemand anses som kontrolleret gæld, når hovedkontoret hæfter for lånet (i relation til faste driftssteder)

3. SEL § 11, stk. 1, nr. 2 – gæld til juridiske personer, som nævnt i LL § 2, stk. 1

Kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2 henviser til LL § 2, stk. 1 og omfatter gældsforhold i følgende interessefællesskaber:

- Gæld til *juridiske personer*, herunder transparente enheder omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., der udøver *bestemmende indflydelse*⁴ over låntager
- Gæld til *juridiske personer*, som låntager udøver *bestemmende indflydelse* over
- Gæld til *koncernforbundne* juridiske personer
- Gæld til ikke-hjemmehørende *juridiske personer*, hvor gælden er allokert til disses *faste driftssted i Danmark*⁵

3.1. Juridiske personer

Det følger af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, nr. 2, at långiver skal være en såkaldt juridisk person.⁶ Der henvises oprindeligt til både *fysiske* og *juridiske* personer, men fysiske personer udgik ved lov nr. 221 af 31/4 2004. Gæld til juridiske personer omfatter derved modsætningsvis ikke gæld til fysiske personer, men det er fortsat ikke klart, hvad begrebet juridiske personer indeholder. Begrebet anvendes tilsvarende i LL § 2 og SKL § 3 B, men kan ikke anses som et skatteretligt begreb. Derimod udgør dette et uafklaret almenretligt begreb.⁷

Følgende definition er fremlagt af *Bundgaard*⁸:

“Det juridiske personlighedsbegreb dækker således efter min opfattelse over enheder, der repræsenterer en formue der er udskilt eller henlagt til opnåelse af et bestemt formål, og som er retssubjekt i alle henseender. Herved ses det, at det juridiske personlighedsbegreb dækker over mere end begrebet retssubjektivitet ligesom begrebet retssubjektivitet ikke kun er begrænset til juridiske personer.”

Selvstændige skattesubjekter må i overensstemmelse hermed, som altovervejende hovedregel, anses som selvstændige retssubjekter, og derved som juridiske personer. Problematikken i forhold til SEL § 11 må anføres at være, om selvstændige retssubjekter i denne sammenhæng omfatter

subjekter, der ikke anses som selvstændige skattesubjekter, dvs. transparente enheder.⁹

I TfS 1999, 976 fandt Ligningsrådet ikke, at der ikke var hjemmel til at anse et interessentskab som værende en juridisk person efter SKL § 3 B, til hvilken SEL § 11 oprindeligt henviste. Det lagdes til grund, at interessentskaber efter dansk skatteret ikke er undergivet selvstændig skattepligt, og at der på den baggrund ikke er hjemmel til at anse interessentskabet som værende en juridisk person efter SKL § 3 B. Samme konklusion nåedes i TfS 2003, 44, der ligeledes involverede et interessentskab. Ligningsrådet baserede deres besvarelser direkte på den skatteretlige subjektivitet. Det understøttes tillige af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., hvoraf det følger, at ikke-selvstændige skattesubjekter i visse tilfælde sidestilles med juridiske personer, hvilket modsætningsvis kan tolkes som, at disse ikke i sig selv i denne sammenhæng udgør juridiske personer.¹⁰

Det må på baggrund heraf antages, at transparente enheder ikke generelt omfattes af begrebet *juridisk person* som affattet i SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Ligeledes må det antages at begrebet *juridiske personer* i denne sammenhæng henviser til en vurdering efter principperne i SEL § 1 og FBL § 1.¹¹

Det skal dog bemærkes, at i forhold til LL § 2, stk. 1, nr. 1, kan kreditor bestå af et selskab eller foreninger m.v., der efter danske skatteregler ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt, men hvis forhold er reguleret af selskabsretlige regler, en selskabsaftale eller en foreningsvedtægt, og som sidestilles med en juridisk person efter LL § 2, stk. 1, 2. pkt.¹² Det omfatter den vertikale situation, hvor den transparente enhed udøver bestemmende indflydelse. Gæld til en transparent enhed omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt. anses dog ikke som kontrolleret gæld for den del af den allokerede gæld, hvor den eller de bagvedliggende selskabsdeltagere og derved långivere udgør fysiske personer.¹³ Den resterende del udgør fortsat kontrolleret gæld.¹⁴ Samtidigt følger det af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., at disse transparente enheder også i forhold til LL § 2, stk. 3, hvorefter koncernforbundne juridiske personer defineres, sidestilles med juridiske personer. Det har udelukkende betydning i forhold til den horisontale

situation, hvorved disse kan etablere koncernforbindelse mellem juridiske personer, og derved udelukkende i forholdet mellem andre subjekter.

3.2 Bestemmende indflydelse

Ved bestemmende indflydelse forstås direkte eller indirekte ejerskab over mere end 50 pct. af aktiekapitalen eller rådighed over mere end 50 pct. af stemmerettigheder.¹⁵ Opgørelserne sker ved indkomstårets udløb.

Der skal først og fremmest sondres mellem ejerskab over aktiekapitalen og rådighed over stemmerettigheder og herunder direkte og indirekte ejerskab/rådighed, da opgørelsen af ejerandelen og opgørelsen af stemmerettigheder foretages separat. Derimod opgøres direkte og indirekte ejerskab samlet, ligesom direkte og indirekte rådighed over stemmerettigheder opgøres samlet.¹⁶

Ved ejerskab henvises til det civilretlige ejendomsbegreb og den nominelle ejerandel, eksempelvis aktiekapitalen eller anpartskapitalen.¹⁷ Ved direkte ejerskab forstås eksempelvis moderselskabets ejerandel af den nominelle aktiekapital i et driftsselskab. Ved indirekte ejerskab forstås moderselskabets ejerandel af den nominelle aktiekapital i et driftsselskab gennem ejerandel af den nominelle aktiekapital i et eller flere mellemliggende selskaber. Såfremt moderselskabet ikke ejer hele aktiekapitalen i det eller de mellemliggende selskaber, så medregnes kun denne forholdsmæssige del af det mellemliggende selskabs ejerandel af driftsselskabet. Det vil sige, at hvor et moderselskab ejer 80 pct. af aktiekapitalen i et mellemliggende selskab, og det mellemliggende selskab ejer 80 pct. af aktiekapitalen i et driftsselskab, så anses moderselskabet for at eje 64 pct. (80 pct. af 80 pct.) af aktiekapitalen i driftsselskabet.¹⁸ Der skal samtidigt alene tages hensyn til den del af driftsselskabets aktiekapital, som driftsselskabet ikke selv ejer ved egne aktier, hvorfor der bortses fra driftsselskabets egne aktier, herunder indirekte ejede egne aktier.¹⁹ Der foretages en samlet opgørelse af både direkte og indirekte ejerandele, hvorved den totale ejerandel af aktiekapitalen er afgørende.

Bestemmende indflydelse kan tilsvarende statueres ved rådighed over mere end 50 pct. af

stemmerettighederne. Det er ikke afklaret, hvad der nærmere forstås ved *rådighed*. Det konkluderes af *Wittendorff*²⁰, at der ikke i forhold til LL § 2 findes grundlag for kun at medregne stemmerettigheder, der rådes over på grundlag af ejendomsretten til aktiekapitalen. Rådighed kan derimod være af anden retlig karakter, således at eksempelvis en fuldmagt udgør rådighed over stemmerettigheder, hvilket må tiltrædes. Det må forudsættes, at fuldmagtshaver også faktisk har ret til selv at udnytte stemmerettighederne, i modsætning til en dikteret udnyttelse fra eksempelvis fuldmagtsgiver, således at rådigheden er reel og ikke kun formel. Ejendomsretten udgør formentlig udgangspunktet, hvor anden rådighed ikke dokumenteres.

I opgørelsen indgår, som nævnt, både direkte og indirekte rådighed over stemmerettigheder, og opgørelsen foretages samlet. Ved direkte rådighed forstås et moderselskabs rådighed over stemmerettigheder i et driftsselskab. Ved indirekte rådighed over stemmerettigheder i et driftsselskab forstås moderselskabets rådighed herover gennem rådighed over stemmerettigheder i et eller flere mellemliggende selskaber. I opgørelsen af indirekte rådighed er det afgørende, om moderselskabet råder over mere end 50 pct. af stemmerettighederne i det mellemliggende selskab. I så fald medregnes alle stemmerettigheder, som det mellemliggende selskab råder over i driftsselskabet, ved bedømmelsen af, om moderselskabet udøver bestemmende indflydelse over driftsselskabet (datter-datterselskab). Der er således tale om en "alt-eller-intet"-medregning, i modsætning til aktiekapitalen, der indregnes forholdsmæssigt.²¹ Såfremt et moderselskab råder over 80 pct. af stemmerettighederne i et mellemliggende selskab, og det mellemliggende selskab råder over 80 pct. af stemmerettighederne i et driftsselskab, så har moderselskabet bestemmende indflydelse i driftsselskabet på baggrund af stemmerettighederne (80 pct.).

I opgørelsen af stemmerettighederne indgår udelukkende aktive stemmer, der kan udnyttes på selskabets generalforsamling. Det følger af cirkulære nr. 82 af 29/5 1997,²² at der ved kontrol på baggrund af stemmer skal tages hensyn til eventuelle begrænsninger i andre aktionærers ad-

gang til at anvende stemmerettighederne, eksempelvis aktionæroverenskomster og suspendede stemmerettigheder. Der skal derfor tages hensyn til stemmebegrænsninger, eksempelvis i lovgivning, vedtægter og aktionærindkomster, herunder også begrænsninger opstået på baggrund af udenlandsk ret.²³

Der skal ved opgørelsen af bestemmende indflydelse medregnes aktier og stemmerettigheder, der indehaves af koncernforbundne selskaber.²⁴ Hertil kommer også aktier og stemmerettigheder, der indehaves af personlige aktionærer og nærtstående hertil, jf. LL § 16 H, stk. 6,²⁵ samt fonde og trusts stiftet af moderselskabet selv,²⁶ koncernforbundne selskaber eller nærstående.²⁷ Det er hensigten at hindre omgåelse ved spredning af ejerandele og stemmerettigheder inden for et interessefællesskab, hvorfor ejerandele og stemmerettigheder hos førnævnte medregnes i opgørelsen af en eventuel bestemmende indflydelse efter LL § 2 hos de enkelte skattesubjekter.

Derudover medregnes ejerandele og stemmerettigheder, som direkte eller indirekte²⁸ indehaves af andre selskabsdeltagere, med hvem selskabsdeltageren har en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse.²⁹ Det fremgår eksplicit af lovbemærkningerne, at det ikke medfører, at selskabsdeltagerne indbyrdes er koncernforbundne, men alene at selskabsdeltagerne anses for at have bestemmende indflydelse i det fællesjede selskab. Der skal foretages en konkret vurdering af, om der foreligger en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse, hvori følgende kan indgå:³⁰

- Fælles råden over flertallet af stemmerettigheder
- Fælles udnævnelse eller afsættelse af et flertal af medlemmerne i selskabets øverste ledelsesorgan
- Fælles bestemmende indflydelse over selskabets driftsmæssige og finansielle ledelse

Kravet er todelt, således at der skal foreligge (i) en aftale samt (ii) bestå fælles bestemmende indflydelse. Det fremgår, at en indgået aktionæroverenskomst ikke i sig selv er tilstrækkelig til at fastslå, at der er indgået en aftale om udøvelse

af fælles bestemmende indflydelse. Det fremgår tillige, at bestemmelser om forkøbsret i forbindelse med salg og bestemmelser om begrænsning af pantsætningsadgang ikke i sig selv medfører, at der udøves fælles bestemmende indflydelse. Det fremhæves, at hvor kapitalfonde foretager en fælles investering, vil der i forbindelse med den fælles investering typisk aftales fælles bestemmende indflydelse. Der må dog foretages en konkret vurdering, uanset om en kapitalfond deltager eller ej. Der fremhæves følgende retningslinjer:

- Krav til minimumsinvestering/ejerandel og eventuelt om deltagelse i fremtidige kapitalforhøjelser for at finansiere yderligere opkøb
- Ret til at sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (tag-along) og pligt til at skulle sælge på samme vilkår som en sælgende aktionær (drag-along)
- Enighed om den fælles strategi med investeringen (investeringshorisont, foretrukket exit-måde)
- Aftale om fælles udpegning af bestyrelsesmedlemmer og bestyrelsens virke (bestemmelser³¹ om møder, quorum, flertalsregler, krav til kvalificerede flertal i visse beslutninger, m.v.)
- Retningslinjer for strategien for den købte virksomhed³²

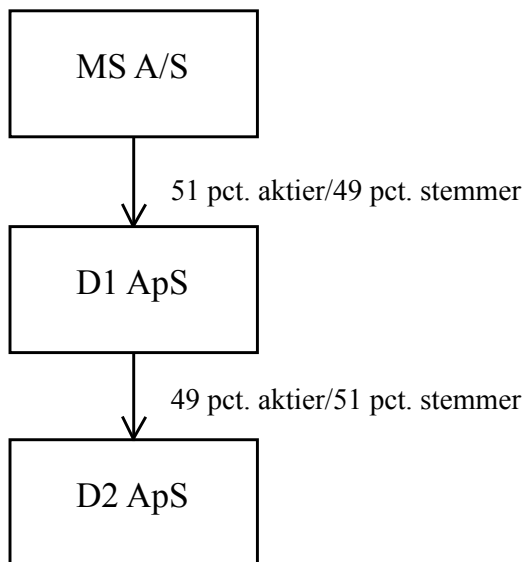
Disse synes reelt blot at udgøre en række eksempler og ikke en konkret definition af begrebet. Begrebet er fortsat uprøvet og undefineret.³³ Der skal under alle omstændigheder sondres mellem selskabsdeltagere, der i fællesskab udøver bestemmende indflydelse, og selskabsdeltagere, der udøver en fælles bestemmende indflydelse over et selskab. I førstnævnte situation udøver de enkelte selskabsdeltagere blot deres individuelle rettigheder, som kan være begrænset ved en aktionæroverenskomst, men uden at der foreligger en aftale om fælles udøvelse af kontrol, hvilket ikke omfattes.

3.3 Bestemmende indflydelse på baggrund af ejerandel i kombination med stemmer

Det følger af ordlyden og lovbemærkningerne

hertil, at disse er alternativer til hinanden dvs. ejerskab *eller* rådighed.³⁴ Det er dog fremført i litteraturen, at der for hvert led i en vertikal kæde af selskaber skal foretages en selvstændig vurdering, således at kontrolformen kan skifte karakter.³⁵ Problemstillingen illustreres i følgende eksempel.

Moderselskabet MS A/S ejer 51 pct. af anpartskapitalen i datterselskabet D1 ApS, men råder udelukkende over 49 pct. af stemmerettighederne i D1 ApS. D1 ApS ejer 49 pct. af anpartskapitalen i driftsselskabet D2 ApS og råder over 51 pct. af stemmerettighederne i D2 ApS, som det ses i følgende figur:



Spørgsmålet er, om MS A/S udøver bestemmende indflydelse over D2 ApS. Der består hverken direkte ejerskab eller direkte rådighed over stemmerettigheder i forholdet mellem MS A/S og D2 ApS. Ligeledes råder MS A/S ikke indirekte over stemmerettigheder i D2 ApS, da MS A/S ikke på baggrund af stemmerettigheder udøver bestemmende indflydelse over D1 ApS. Derimod ejer MS A/S indirekte ca. 25 pct. af anpartskapitalen i D2 ApS (51 pct. x 49 pct.) gennem D1 ApS, hvilket dog ikke statuerer bestemmende indflydelse. Der er dog ingen tvivl om, at MS A/S udøver bestemmende indflydelse over D1 ApS på baggrund af den direkte ejerandel (51 pct.), ligesom D1 ApS udøver bestemmende indflydelse over D2 ApS på baggrund af rådighed over stemmerettigheder (51 pct.).

*Dam*³⁶ har argumenteret for, at opgørelserne

(ejerandel/stemmerettigheder) skal opgøres for hvert led i den vertikale kæde, dvs. i eksemplet mellem MS A/S og D1 ApS og i forholdet mellem D1 ApS og D2 ApS, således at MS A/S udøver bestemmende indflydelse over D2 ApS. Det fremgår, at hvor to eller flere på hinanden følgende led i kæden af selskaber kontrolleres på samme baggrund, dvs. enten ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, anvendes samme metode i opgørelsen af bestemmende indflydelse. I det eller de led af kæden, hvor den bestemmende indflydelse ændrer karakter, må det i stedet undersøges, om dette sidste led i kæden efter en opgørelse af ejerandele udøver bestemmende indflydelse over næste selskab i kæden.³⁷ Denne fortolkning må tiltrædes, men er ikke prøvet ved domstolene, hvorfor der er usikkerhed herom.

3.4 Koncernforbundne juridiske personer

Kontrolleret gæld opstår ikke udelukkende i den vertikale relation, men tillige i den horisontale relation. Det følger, at koncernforbundne juridiske personer tillige omfattes af LL § 2, stk. 1 og derved SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Begrebet *koncernforbundne juridiske personer* omfatter juridiske personer:

- (i) hvor samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse, eller
- (ii) hvor der er fælles ledelse

Det skal erindres, at det er et krav, at subjekterne udgør juridiske personer, og at en transparent enhed ikke sidestilles med en juridisk person efter LL § 2, stk. 1, nr. 3.³⁸ Derimod skal transparente enheder anses som juridiske personer ved vurderingen af koncernforbindelse mellem to juridiske personer efter LL § 2, stk. 3.

3.4.1 Samme kreds af selskabsdeltagere har bestemmende indflydelse

Af den oprindelige ordlyd af LL § 2, stk. 3 fremgik "*samme kreds af aktionærer*". Det følger af lovbemærkningerne³⁹, at ændringen til "*samme kreds af selskabsdeltagere*" svarer til den dagældende bestemmelse i LL § 2, stk. 3. Dette har to væsentlige konsekvenser.

Først og fremmest må der med selskabsdelta-

gere fortsat forstås aktionærer.⁴⁰ Selskabsdeltagerkredsen omfatter grundlæggende en hvilken som helst gruppe af personer, der tilsammen udøver bestemmende indflydelse i begge selskaber, uanset den indbyrdes fordeling i herimellem.⁴¹ Det er ikke en betingelse, at der udøves fælles bestemmende indflydelse, men derimod blot, at disse tilsammen udøver en bestemmende indflydelse.

Herudover har det væsentlig betydning for anvendelsen af begrebet *bestemmende indflydelse*, som anvendt i LL § 2, stk. 3. Der henvises oprindeligt til principperne i KGL § 4, stk. 2.⁴² Ved lov nr. 458 af 9/6 2004 indsattes en direkte henvisning til KGL § 4, stk. 2, men denne udgik ved lov nr. 408 af 1/6 2005, hvor koncerndefinitionen selvstændigt nedfældedes i LL § 2, stk. 3 uden en tilsigtet materiel ændring heraf. Koncerndefinitionen i LL § 2, stk. 3 må således fortolkes i overensstemmelse hermed. Det konkluderes ligeledes af *Wittendorff*⁴³, at koncernbegrebet i LL § 2, stk. 3, første led, har samme indhold som KGL § 4, stk. 2 på tidspunktet for fremsættelsen af L 101 1997/1998. Den fremførte konklusion af *Wittendorff* må tiltrædes.⁴⁴ Konsekvensen er, at begrebet *bestemmende indflydelse* ikke er fuldstændig identisk med begrebet som anvendt i LL § 2, stk. 2.

Der skal bl.a. ved opgørelsen af en potentiel bestemmende indflydelse bortses fra stemmerettigheder, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed.⁴⁵ Ydermere skal indirekte ejerandele ikke opgøres forholdsmæssigt som i LL § 2, stk. 2. Der skal i stedet kun medregnes ejerandele i mellemliggende selskaber, såfremt der ejes mere end 50 pct. af aktiekapitalen (alt-eller-intet). Slutteligt må der henses til aktionærer som nævnt i den dagældende ABL § 11, stk. 3, da disse ved bedømmelsen af aktionærkredsen anses som én og samme aktionær.⁴⁶

3.4.2 Fælles ledelse

Ved koncernforbundne juridiske personer forstås tillige juridiske personer, der har fælles ledelse. Det kan derved hævdes, at LL § 2, stk. 3, 2. led udgør et *de facto* kontrol- eller koncernbegreb. To selskaber anses for koncernforbundne, såfremt de administreres af samme ledelse, eller

hvis der er væsentlige personsammenfald i de to selskabers ledelse. Ledelsesbegrebet må formentlig dække over selskabets ledelsesorganer, dvs. bestyrelsen og/eller direktionen, men dette fremgår ikke direkte af lovbemærkningerne.⁴⁷ Det må påpeges, at der forudsættes et *væsentligt* personsammenfald, hvilket må forudsætte en relativ flerhed, hvorved *personsammenfaldet* kontrollerer hele eller væsentlige dele af begge selskaber.

Tilføjelsen om fælles ledelse begrundedes med kapitalfondes opkøb af selskaber, hvor ét managementselskab (typisk komplementaren) har ledelses- og beslutningsretten, mens kun meget væsentlige og indgribende beslutninger godkendes af kommanditisterne.⁴⁸ Såfremt samme komplementar indgår i flere kommanditselskaber, vil disse have fælles ledelse og anses for koncernforbundne. Det gælder også, hvor en enhed administreres af forskellige administratorer, såfremt administratorerne har indgået en aftale om fælles ledelse. Tilføjelsen er uprøvet og udefineret.⁴⁹

3.5 Fast driftssted i Danmark

Det følger slutteligt, at gæld allokeret til faste driftssteder i Danmark, hvor "hovedkontoret" er *långiver*, tilsvarende udgør kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Dette følger af samspillet med LL § 2, stk. 1, nr. 5. Gæld til andre end "hovedkontoret" skal derimod ikke henføres til LL § 2, stk. 1, nr. 5.

Det følger af praksis, at et fast driftssted som udgangspunkt ikke er berettiget til at fratække renteudgifter på gæld til dets udenlandske hovedkontor. Disse overførsler sker inden for samme juridiske enhed, og mellemværendet kan derfor oftest ikke sidestilles med et sædvanligt juridisk forpligtende gældsforhold, medmindre lånet vedrører det faste driftssteds drift.⁵⁰ Det er bekræftet af Ligningsrådet, at der ved opgørelsen af indkomsten for et fast driftssted som udgangspunkt ses bort fra interne rentebetalingen samt kursgevinster og tab på fordringer mellem et udenlandsk hovedkontor og et fast driftssted i Danmark med henvisning til TfS 1993, 7, og at det i overensstemmelse hermed antages, at der ved opgørelsen af gæld og egenkapital efter SEL §

11 som udgangspunkt bortses fra interne fordringer mellem et udenlandsk hovedkontor og et fast driftssted i Danmark.⁵¹ Det fremførtes ligeledes under det lovforberedende arbejde⁵², at ”*man kan ikke tænke sig fradrag for skattemæssig rente uden at der også er tale om skattemæssig gæld*”, hvilket er i overensstemmelse den skattemæssige med rentedefinition.

Det har betydning i forholdet mellem hovedkontoret og det faste driftssted, da indskud af kapital i de fleste tilfælde ikke betragtes som gæld.⁵³ Såfremt indskud fra hovedkontoret anses som gæld, vil det udgøre kontrolleret gæld.

4. SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. – sikkerhedsstillelse

Kontrolleret gæld kan ikke blot forekomme i gældsforhold mellem koncernselskaber, men ligeledes ved gæld til tredjemand i situationer, hvor koncernforbundne selskaber m.v. har haft betydning for gældsforholdet. Formålet er at sikre mod omgåelse, således at lån, der er ydet af tredjemand, behandles på samme måde som koncernintern gæld, såfremt lånet alene er ydet som følge af den kontrollerende indflydelse.⁵⁴ Det følger således af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., at:

“Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld.”

SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. nødvendiggør en nærmere uddybning af, hvad der forstås ved “den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber” samt “direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for”. Dette analyseres i de følgende afsnit.

4.1 Den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber

Der henvises i ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. til “den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber”. Der foreligger ikke en uddybning heraf i bemærkningerne til L 101 1997/1998, og formuleringen genfindes i øvrigt ikke i LL § 2. Henset til anvendelsen af begrebet “kontrolleret gæld” i SEL § 11, stk. 1, nr. 2, hvortil SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. udgør en

værnsregel, må det antages, at kontrolbegrebet i SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. skal forstås i overensstemmelse hermed. Det synes derved nærliggende at fortolke begrebet i overensstemmelse med enten SEL § 11, stk. 1, nr. 2 eller LL § 2, som SEL § 11, stk. 1, nr. 2 henviser til. Det behandles i det følgende.

FSR udbad under det lovforberedende arbejde med L 119 2003/2004 det præciseret, at sikkerhedsstillelse fra fysiske personer ikke længere omfattes af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.,⁵⁵ da disse udgik af SEL § 11, stk. 1, nr. 2. Skatteministeren fandt dog en sådan præcisering overflødig og henviste til, at:

“Med den foreslåede affattelse af § 11, stk. 1, nr. 2, er den kontrollerende ejerkreds juridiske personer som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1. Det vil sige, at § 11, stk. 1, 3. pkt.,⁵⁶ omhandler lån, som juridiske personer som nævnt i ligningslovens § 2, stk. 1, eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte stiller sikkerhed for.”⁵⁷

FSR og skatteministeren tolkede derved begrebet som en henvisning til SEL § 11, stk. 1, nr. 2 (juridiske personer). En sådan henvisning følger dog ikke eksplicit af ordlyden, men henset til den nære sammenhæng mellem SEL § 11, stk. 1, nr. 2 og SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. (værnsregel hertil) og formålet med denne, må det anses for korrekt.⁵⁸ Det fremgår dog ikke klart af bestemmelsen, hvorved det er glædeligt at retstilstanden må anses for afklaret.⁵⁹

SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. omfatter således kun sikkerhedsstillelse fra juridiske personer omfattet af SEL § 11, stk. 1, nr. 2, hvorved sikkerhedsstillelse udelukkende statuerer kontrolleret gæld, såfremt et direkte lån fra subjektet ville udgøre kontrolleret gæld efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2.

4.2 Direkte eller indirekte sikkerhed

Det forudsættes, at de nævnte juridiske personer direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for tredjemandsgælden, for at der efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. består kontrolleret gæld.⁶⁰ Det følger af lovbemærkningerne, at:

“Direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde,

hvor f.eks. moderselskabet har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Der kan typisk være tale om en bank, der indskydes som formel kreditor. Udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse dækker de såkaldte back-to-back lån, hvor moderselskabet f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at moderselskabet yder et lån til tredjemand. Et back-to-back lån foreligger f.eks. også, hvor moderselskabets bank yder et lån til datterselskabet, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank.⁶¹

Det følger af lovbemærkningerne, at direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskabet har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet.⁶² Det følger tillige, at foreligger der en direkte modregningsadgang, vil der utvivlsomt være tale om sikkerhedsstillelse.⁶³ Derved synes direkte sikkerhed synonymt med garanti, hvor der juridisk indestås for låntagers betalingsforpligtelse.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at indirekte sikkerhedsstillelse dækker back-to-back-lån, hvor eksempelvis moderselskabet aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at moderselskabet yder et tilsvarende lån til tredjemanden eller eksempelvis indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank.⁶⁴ Ved indirekte sikkerhedsstillelse består derved en ikke nærmere defineret sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, hvorved disse er indbyrdes forbundne.⁶⁵

Men spørgsmålet er, om det overhovedet er muligt at sondre mellem direkte og indirekte sikkerhedsstillelse, da det må fastholdes, at der ifølge ordlyden skal bestå sikkerhed for lånet. Det synes at forudsætte en juridisk forpligtelse, hvorved hensigtserklæringer m.v. udelukkes. Det afvistes dog af Skatteministeriet i forbindelse med henvendelse fra BDO SKAT, hvori det forespurgtes, om moderselskabets hensigtserklæringer og "letters of intent" om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandelspartnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører m.v. anses for kontrolleret gæld.⁶⁶

Skatteministeren svarede, at:

"I relation til koncernintern sikkerhedsstillelse for lån fra tredjemand er det afgørende for, om der vil være tale om at sidestille sikkerhedsstillelsen med kontrolleret gæld, om der foreligger en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne. Dette må antages at være tilfældet i de af BDO SKAT beskrevne situationer, hvor moderselskabet afgiver hensigtserklæringer eller letters of intent om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandelspartnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører m.v."⁶⁷

Skatteministeren anså derved ikke-juridisk bindende hensigtserklæringer for omfattet af begrebet sikkerhedsstillelse, grundet sammenhængen mellem lånet og hensigtserklæringerne.

FSR anførte tillige under det lovforberedende arbejde, at indirekte sikkerhedsstillelse kun kan eksistere, hvor der foreligger en modregningsadgang,⁶⁸ da det forudsættes, at der også i civilretlig forstand består sikkerhed.⁶⁹ Skatteministeren fremførte, at hvis der foreligger en direkte modregningsadgang, vil der ikke være nogen tvivl om, at der er tale om en sikkerhedsstillelse, mens det ikke vil være tilfældet, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser. Herefter anførtes det, at der ved indirekte sikkerhedsstillelse foreligger en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne,⁷⁰ hvilket igen synes at fravige det civilretlige udgangspunkt om sikkerhedsstillelse.

Der er derved divergerende opfattelser af fortolkningen af "*direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for*". Skatteministeren synes at fortolke begrebet "*indirekte sikkerhed*" som sikkerhed, der ikke nødvendigvis civilretligt udgør sikkerhed, men blot har en nær sammenhæng med låneoptagelsen.

Henset til ordlyden og lovbemærkningerne hertil synes betingelsen todelt.

Det må antages, at ordlyden udelukkende omfatter sikkerhedsstillelse med et civilretligt juridisk forpligtende indhold, da der ellers ikke kan anses for at være stillet *sikkerhed*. Det må antages, at støtteerklæringer skal have et juridisk forpligtende indhold, således at støtteerklæringer

efter en konkret vurdering kan være omfattet af begrebet, men at sammenhængen mellem lånet og støtteerklæringen ikke i sig selv er nok. Støtteerklæringen kan utvivlsomt have kautionslignende karakter og være juridisk bindende, men det må afgøres ud fra indholdet af den konkrete støtteerklæring.⁷¹ Der findes ikke støtte i ordlyden og lovbemærkningerne hertil for generelt at betragte hensigtserklæringer som *sikkerhed for*, uanset sammenhængen med lånet.

Hertil kommer, at der ikke blot skal være tale om sikkerhedsstillelse, men *sikkerhed for gælden*, hvorved der netop må betinges en direkte eller indirekte sammenhæng med lånet. Derved må direkte og indirekte antages at henvise til sammenhængen med lånet, og ikke indholdet af sikkerhedsstillelsen. Skatteministerens fortolkning synes ufuldstændig, da sammenhængen ikke alene er nok, ligesom konstateringen af sikkerhedsstillelse ej heller er nok, da denne skal have en direkte eller indirekte sammenhæng med gælden. Derved synes FSR og Skatteministeriet at berøre hvert sit element.

Det er derfor umiddelbart tvivlsomt, om back-to-back-lån omfattes af ordlyden, hvor der ikke foreligger en juridisk modregningsadgang.⁷² Henvisningen i lovbemærkningerne til, at udtrykket indirekte sikkerhedsstillelse dækker de såkaldte back-to-back-lån, understøtter dog, at indirekte sikkerhed altid indeholder back-to-back-lån.

Det skal slutteligt bemærkes, at der ikke er anført nærmere om tidspunktet for vurderingen efter SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., men det må antages, at udløbet af indkomståret er afgørende, hvilket ligeledes anvendes ved opgørelsen af den kontrollerede gæld og solvenskravet i SEL § 11, stk. 1, nr. 2 og 3 samt armslængdeundtagelsen i SEL § 11, stk. 1, 5. pkt. Sikkerhedsstillelsens sammenhæng med lånet må tilsvarende vurderes ved indkomstårets udløb.

5. SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. – fast driftssted i Danmark og sikkerhedsstillelse

Der skal ved tredjemandsgæld allokeret til faste driftssteder henses til SEL § 11, stk. 5, 3. pkt., hvoraf det følger, at lån fra tredjemand anses som

kontrolleret gæld, såfremt hovedkontoret hæfter for lånet. Det må erindres, at der i udgangspunktet i ordlyden af SEL § 11, stk. 5 henvises til skattesubjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, hvilket udgør det udenlandske selskab m.v. (hovedkontoret inkl. det faste driftssted).

SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. indsattes som en præcisering ved lov nr. 308 af 19/4 2006.⁷³ Det er dog noget omdiskuteret i litteraturen, om det udgjorde en præcisering.⁷⁴ Det antoges i litteraturen, at afgørende var, om moderselskabet eller andre koncernforbundne selskaber havde stillet sikkerhed m.v. for gælden, da der ved et hovedkontor og et fast driftssted er tale om et subjekt og ikke to subjekter. En sådan fortolkning må tiltrædes og understøttes tilsvarende af Landsskatterettens afgørelse i TfS 2010, 569,⁷⁵ hvori Landsskatteretten fandt, at et fast driftssted (en filial) ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt i forhold til hovedkontoret i forhold til SEL § 11. Det synes dermed umådeligt svært at omfatte hovedkontorets sikkerhedsstillelse, der udgør samme subjekt som filialen, af ordlyden af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt., herunder særligt at anse hovedkontoret som "*kontrollerende ejerkreds*" i forhold til det faste driftssted.

Der er dog ikke længere tvivl om, at gæld til tredjemand udgør kontrolleret gæld, hvor hovedkontoret hæfter for gælden, jf. SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. Hæftelse og sikkerhedsstillelse er særligt problematisk, da det bagvedliggende subjekt, herunder hovedkontoret, normalt altid civilretligt hæfter for det faste driftssteds gæld til tredjemand, medmindre det faste driftssted er opstået som følge af SEL § 2 A. Ved gæld til tredjemand vil det faste driftssteds gæld til tredjemand som hovedregel udgøre kontrolleret gæld, hvilket må siges at være vidtgående.

Følgende gældsforhold udgør derved kontrolleret gæld i forhold til faste driftssteder:

- Gæld til hovedkontoret
- Gæld til selskaber m.v., der udøver bestemmende indflydelse over subjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a
- Gæld til selskaber m.v., som subjektet omfattet af SEL § 2, stk. 1, litra a, udøver bestemmende indflydelse over

- Gæld til koncernforbundne selskaber m.v.
- Gæld til tredjemand allokeret til det faste driftssted, hvor hovedkontoret hæfter for gælden⁷⁶

Adskillelsen af gælden fra hæftelsen ved allokeringen af gælden til et fast driftssted umuliggør en fuldstændig ligestilling af datterselskaber og faste driftssteder, da faste driftssteder hviler på hele subjektets kapitalberedskab og ikke kun det faste driftssteds kapitalberedskab, hvilket bevirker, at långiver har en øget sikkerhed. Denne sammenhæng og derigennem øgede sikkerhed medfører, at gælden i forhold til SEL § 11 skal anses som kontrolleret gæld.

6. Konklusion

Regler om tynd kapitalisering indeholdes i SEL § 11, og skal hindre udflytning af skattetilsvaret ved ikke-markedskonform gældsætning. Centralt for tynd kapitaliseringsreguleringen er identifikation af *kontrolleret gæld*, der potentielt fraviger markedskonformiteten. Dette reguleres af SEL § 11, stk. 1, nr. 2, SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. og SEL § 11, stk. 5, 3. pkt.

Ved kontrolleret gæld forstås følgende:

- *SEL § 11, stk. 1, nr. 2* – gæld til juridiske personer, som nævnt i LL § 2, stk. 1, herunder
 - Juridiske personer og transparente enheder omfattet af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., der udøver bestemmende indflydelse over låntager
 - Juridiske personer, som låntager udøver bestemmende indflydelse over
 - Gæld til koncernforbundne juridiske personer
 - Gæld til ikke-hjemmehørende juridiske personer, hvor gælden er allokeret til disses faste driftssted i Danmark
- *SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.* - lån fra tredjemand, som førnævnte eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for
- *SEL § 11, stk. 5, 3. pkt.* - lån fra tredjemand, når hovedkontoret hæfter for lånet (i relation til faste driftssteder)

Der er i forhold til kontrolleret gæld omfattet af SEL § 11, stk. 1, nr. 2 sammenfald med LL

§ 2, således at markedskonformiteten af disse gældsforhold er sikret ved SEL § 11 samt disses vilkår ved LL § 2. Hertil kommer gældsforhold omfattet af SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. (sikkerhedsstillelse), hvorefter også lån fra tredjemand anses for kontrolleret gæld, såfremt der er stillet sikkerhed fra juridiske personer, hvortil gæld ville være omfattet af SEL § 11, stk. 1, nr. 2. SEL § 11, stk. 1, 4. pkt. er todelt og omfatter udelukkende sikkerhedsstillelse med et juridisk forpligtende indhold, ligesom der skal være tale om sikkerhed for gælden, hvorved der betinges en direkte eller indirekte sammenhæng med lånet. Slutteligt anses efter SEL § 11, stk. 5, 3. pkt. lån fra tredjemand allokeret til et fast driftssted i Danmark som kontrolleret gæld, såfremt hovedkontoret hæfter for lånet. Generelt anses gæld allokeret til faste driftssteder i Danmark med stor sandsynlighed for kontrolleret gæld efter SEL § 11, som vist i denne artikel.

Gældsforhold, der udgør kontrolleret gæld, bærer en risiko for at blive anset for ikke-markedskonform, således at renter og kurstab herved fradragsbeskæres. Denne artikel har forhåbentligt bibragt større klarhed over, hvilke situationer gældsforhold bærer denne risiko.

Noter:

1. Lovgiver beskriver det i bemærkningerne til L 116 2005/2006: ”Reglerne om tynd kapitalisering er for så vidt et særtilfælde af princippet om, at økonomisk samkvem mellem koncernselskaber skal ske på markedsvilkår (*armslængdeprincippet*).” Se også de almindelige bemærkninger til L 101 1997/1998.
2. Dette skal ses i lyset af TfS 2012, 151 vedrørende en rentekorrektion af et gældsforhold mellem et dansk selskab og dets amerikanske holdingselskab, hvori Højesteret bemærkede, at: ”Efter bestemmelsen kan skattemyndighederne foretage korrektion af transaktioner mellem interesseforbundne parter, når en transaktion ikke er i overensstemmelse med, hvad der ville være opnåeligt mellem uafhængige parter. Korrektionsadgangen omfatter alle økonomiske elementer og øvrige vilkår af relevans for beskatningen, herunder også f.eks. forfaldstid, periodisering af renter og kurstab samt den retlige kvalifikation af transaktionen”. Sidstnævnte må anses for særdeles overraskende. Det er denne forfatters vurdering at det ikke kan udstrækkes til gældsforhold. En sådan korrektion må

- anses for (sær)reguleret ved SEL § 11, der indførtes sammen med LL § 2 ved lov nr. 432 af 26/6 1998. Ligeledes understøttes dette af skatteministerens kommentar i bilag 37 til L 119 2003/2004, hvori det anføres, at: “*Armslængde reglen i ligningslovens § 2 omfatter ikke lånets størrelse, alene de øvrige lånevilkår. Skulle man i stedet for selskabsskattelovens § 11 anvende armslængdereglen i ligningslovens § 2, skulle man ændre denne regel således, at den også kom til at omfatte lånets størrelse, og så er man jo lige vidt.*”
3. Ved gæld forstås gæld omfattet af kursgevinstloven, herunder konvertible obligationer, jf. SEL § 11, stk. 2.
 4. Ved lov nr. 458 af 9/6 2004 erstattede “*udøver bestemmende indflydelse*” den hidtidige formulering “*kontrollerer*” i LL § 2 uden en materiel ændring heraf. Se bemærkningerne til § 10, nr. 4 i L 126 2003/2004. Af samme grund kan cirkulære nr. 82 af 29/5 1997 fortsat være relevant, da LL § 2, stk. 2 tidligere henviste hertil.
 5. Det skal bemærkes, at LL § 2, stk. 1, nr. 4 og nr. 6 ikke har relevans i forhold til SEL § 11. LL § 2, stk. 1, nr. 4 vedrører et fast driftssted i udlandet, mens LL § 2, stk. 1, nr. 6 henviser til KULBR § 21, stk. 4, der omhandler selskaber, som ikke er omfattet af SEL § 1 eller § 2. SEL § 11 vedrører kun selskaber m.v. omfattet af SEL § 1 eller SEL § 2, stk. 1, litra a.
 6. Denne henvisning kritiseres i litteraturen, da der fortsat ikke er klarhed over, hvad sprogbrugen indebærer, og det end ikke er forsøgt uddybet i lovbemærkningerne. Se *Bundgaard* i Tynd kapitalisering (2000), p. 92 ff., og samme i SU 2004, 207.
 7. Se *Bundgaard* i Skatteret & Civilret (2006), p. 573 og 575, samt *Friis Hansen og Krenchel* i Dansk selskabsret 1(2010, 3. udg.), p. 68 ff.
 8. Se *Bundgaard* i Skatteret & Civilret (2006), p. 572, note 31.
 9. Se også *Wittendorff* i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 341.
 10. *Wittendorff* argumenterer i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 342 ff., tillige overbevisende for, at juridiske personer ikke omfatter transparente enheder, og at der ikke synes holdepunkter for den modsatte konklusion i forhold til LL § 2, hvortil SEL § 11, stk. 1, nr. 2 henviser.
 11. Se også *Bundgaard* i Skatteret & Civilret (2006), p. 584 ff.
 12. Det omfatter ikke den modsatte situation, hvor låntager udøver den bestemmende indflydelse, og den transparente enhed udgør den kontrollerede enhed. En sådan situation omfattes ikke af LL § 2, stk. 1, 2. pkt., da der heri ikke henvises til LL § 2, stk. 1, nr. 2, men udelukkende til LL § 2, stk. 1, nr. 1 og LL § 2, stk. 3.
 13. Det var ikke hensigten at udvide anvendelsesområdet for SEL § 11 til at omfatte gæld til fysiske personer. Se *Amby* i SU 2006, 4, og samme i SU 2006, 187 for mere om L 116 2005/2006.
 14. Jf. SEL § 11, stk. 1, 2. pkt.
 15. Jf. LL § 2, stk. 2. Der henvises til det relative ejerskab og den relative rådighed over stemmerettighederne.
 16. Se hertil pkt. 7.2.2.1 og 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29/5 1997.
 17. Se også *Wittendorff* i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 348 ff.
 18. Se pkt. 7.2.2.1 i cirkulære nr. 82 af 29/5 1997.
 19. Se hertil *Wittendorff* i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 350.
 20. Se *Wittendorff* i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 353.
 21. Hjemlen til anvendelsen af to forskellige opgørelsesprincipper kritiseres bl.a. af *Dam* i Rette indkomstmodtager – Allokering og fiksering (2005), p. 321. Denne kritik afvises dog af *Wittendorff* i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 356, som en logisk og rimelig udfyldning, og anses som en del af forarbejderne til LL § 2, da disse var kendt forud for L 101 1997/1998.
 22. Se pkt. 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29/5 1997.
 23. Se hertil pkt. 7.2.2.1 og 7.2.2.2 i cirkulære nr. 82 af 29/5 1997.
 24. Jf. LL § 2, stk. 2, 2. pkt. Koncernforbundne selskaber henviser til LL § 2, stk. 3. Se hertil *Wittendorff* i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret (2009), p. 357.
 25. Som nærtstående anses herefter den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer. Stedbarns- og adoptivforhold sidestilles med ægte slægtskabsforhold.
 26. Det må antages, at der med *moderselskabet selv* henvises til det pågældende subjekt, der potentielt udøver bestemmende indflydelse.
 27. Det omfatter ligeledes fonde og trusts stiftet af disse. Stifteren er afgørende for, om beholdningen skal medregnes i opgørelsen af et andet subjekts ejerandel eller stemmerettigheder.
 28. Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005/2006. Det følger heraf, at “*Såvel direkte som indirekte selskabsdeltagere vil blive anset for at have bestemmende*

- indflydelse i det fællesejede selskab. Det er således ikke muligt at undgå at blive omfattet af bestemmelsen ved at indskyde mellemliggende holdingselskab. Bestemmelsen vil således finde anvendelse på såvel kapitalfondene som mellemliggende holdingselskaber, når to kapitalfonde med hvert sit mellemliggende holdingselskab har aftalt udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Dette vil gælde, uanset om aftalen er indgået mellem kapitalfondene eller mellem mellemliggende holdingselskaberne.”*
29. Jf. LL § 2, stk. 2, 3. pkt. Bestemmelsen anvendes både ved vurderingen af fysiske og juridiske personers udøvelse af bestemmende indflydelse. Se mere herom i *Bundgaard i Kapitalfonde i dansk og international skatteret* (2010), p. 261 ff.
30. Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005/2006.
31. Disse angives ofte at følge af bestyrelsens forretningsorden.
32. Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005/2006.
33. I forbindelse med L 116 2005/2006 blev det fremført, at de diffuse begreber om fælles ledelse m.v. i LL § 2 forringer retssikkerheden for skatteyderen grundet manglende forudsigelighed i forhold til SEL § 11, se Advokatrådet i bilag 4 til L 2005/2006. Se også *Bundgaard i Kapitalfonde i dansk og international skatteret* (2010), p. 261 ff., samt *Werlauff i SR-Skat 2011*, 24, hvor der i sidstnævnte henvises til vejledning fra kartelretten. LL § 2, stk. 3, 3. pkt. er konkret behandlet i TfS 2009, 634, hvori Skatterådet foretog en konkret vurdering heraf i forhold til flere elementer i en aktionæroverenskomst, og fandt at der ikke forelå en aftale om udøvelse af fælles bestemmende indflydelse. Det vedrørte bl.a. tilføjelser i aktionæroverenskomsten i form af generelle hensigtserklæringer om udbyttepolitik, fremme af fælles aktionær- og selskabsinteresser samt et fremtidigt salg af aktier.
34. Se hertil *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 349 samt henvisningerne heri i note 464.
35. Se hertil *Dam i Rette indkomstmodtager – Allokering og fiksering* (2005), p. 212 ff., samt *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 353.
36. Se *Dam i Rette indkomstmodtager – Allokering og fiksering* (2005), p. 216.
37. Fortolkningen tiltrædes af *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 353.
38. Jf. LL § 2, stk. 1, 2. pkt. og LL § 2, stk. 1, nr. 3 modsætningsvis.
39. Se bemærkningerne til nr. 6 i bilag 8 til L 116 2005/2006.
40. Se tillige bemærkningerne til § 3, nr. 8 i L 110 2006/2007, hvoraf det fremgår, at “*Det foreslås, at ved bedømmelsen heraf skal en selskabsdeltager anses for at have været selskabsdeltager i det indskydende selskab fra det tidspunkt, hvor den pågældende har erhvervet aktierne.*” Det synes at støtte en fortolkning af selskabsdeltager som et ejerskabskrav. Der kan således ikke opstå bestemmende indflydelse udelukkende på baggrund af stemmerettigheder, da den bestemmende indflydelse skal udøves af én eller flere aktionærer.
41. Se også *Werlauff i SR-Skat 2011*, 24.
42. Se bemærkningerne til § 1 i L 101 1997/1998.
43. Se *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 366.
44. Der synes at bestå en mærkværdig begrebsanvendelse vedrørende kontrol og bestemmende indflydelse, som det ellers var tilsigtet at gøre op med ved lov nr. 458 af 9/6 2004. Anvendelse af begrebet *kontrolleret* i SEL § 11, stk. 1, nr. 2, som henviser til anvendelsen af begrebet *bestemmende indflydelse* i LL § 2, der har forskelligt indhold i henholdsvis LL § 2, stk. 2 og stk. 3, og samtidigt i øvrigt afviger betragteligt fra begrebet bestemmende indflydelse, som anvendt i SEL § 31 C, synes ikke at udgøre en ensartet begrebsanvendelse. Se også *Hougaard i TfS 2010*, 208.
45. Det bemærkes hertil af *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 366, at “*Der synes ikke at findes sikre holdepunkter for at bortfortolke denne regel i forhold til LL § 2.*”
46. Som eksempel nævnes en situation, hvor far og søn kontrollerer hvert sit selskab, hvor selskaberne da vil være koncernforbundne, se *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 369.
47. Det er uklart, om realitetsbetragtninger kan indgå i denne vurdering, men ordlyden synes ikke udvidet i lovbemærkningerne m.v. til at fravige det selskabsretlige ledelsesbegreb.
48. Se bemærkningerne til § 6, nr. 1 og 2 i L 116 2005/2006.
49. Se mere herom i *Wittendorff i Armslængdeprincippet i dansk og international skatteret* (2009), p. 370 ff., samt *Werlauff i SR-Skat 2011*, 24.
50. Se eksempelvis TfS 1993, 7 samt *Winther-Sørensen i Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomst-opgørelsen for et fast driftssted* (2000), p. 261 ff. og p. 294 ff.
51. Se TfS 2005, 314.
52. Se svar på spørgsmål 11 i bilag 11 til L 53 1998/1999.
53. Der henvises til indskud af kapital i bred forstand, herunder gældsfinansiering.

54. Se bilag 9 til L 101 1997/1998.
55. Se bilag 16 til L 119 2003/2004.
56. Nu SEL § 11, stk. 1, 4. pkt.
57. Se bilag 21 til L 119 2003/2004.
58. Se modsat *Bundgaard* i SU 2004, 207. Det understreges heri, at blot fordi fysiske personer undtages fra långiverkredsen efter SEL § 11, stk. 1, nr. 2 er det ikke ensbetydende med, at fysiske personer generelt undtages fra kontrolkredsen i henhold til LL § 2.
59. *Bundgaard* konkluderer i SU 2004, 207 på baggrund af, at skatteministerens svar under det lovforberedende arbejde har retskildeværdi, at skattemyndighederne ikke kan træffe afgørelser til skatteyderens ugunst på det grundlag, uagtet den "forkerte" fortolkning, og der er derved ikke uenighed om retstilstanden, men uenighed om retsgrundlaget herfor.
60. Begrebet sikkerhedsstillelse anvendes i lovbemærkningerne synonymt med *sikkerhed for*. Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997/1998.
61. Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997/1998.
62. Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997/1998.
63. Se bilag 8 til L 101 1997/1998.
64. Se bemærkningerne til § 2, nr. 1 i L 101 1997/1998.
65. Se bilag 8 til L 101 1997/1998.
66. Se bilag 7 og 9 til L 101 1997/1998.
67. Se bilag 9 til L 101 1997-1998.
68. En sådan modregningsadgang kan eksempelvis foreligge i cash pool-arrangementer, men også i kraft af krydskautioner. Se også *Bundgaard* i SU 2004, 207.
69. Se bilag 4 til L 101 1997/1998.
70. Se bilag 8 til L 101 1997/1998.
71. Se eksempelvis UfR 1999, 1289H og UfR 2009, 1512H.
72. Se *Bundgaard* i Tynd kapitalisering (2000), p. 131, *Hansen* i TfS 1998, 569, *Josephsen* i SU 1999, 7 samt *Bundgaard* i SR-Skat 2000, 228.
73. Se bemærkningerne til § 7, nr. 2 i L 116 2005/2006.
74. Se *Winther-Sørensen* i Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted (2000), p. 434, og *Josephsen* i SU 1999, 7.
75. Afgørelsen er behandlet af *Hansen* i TfS 2010, 564 samt af *Bundgaard og Tell* i TfS 2011, 104.
76. Jf. SEL § 11, stk. 5, 3. pkt.