

INDHOLD

Hvornår kan ansættelse af medarbejdere fra en anden virksomhed medføre virkninger efter virksomhedsoverdragelses-reglerne?

 Af Lone L. Hansen

s. 2

Erhvervsdrivende fonde – nye lovkrav skal opfyldes nu

 Af Erik Werlauff

s. 4

Familiefondes uddeling til modtagere i udlandet

 Af Erik Werlauff

s. 6

'Reelle ejere' af selskaber, fonde mv. skal fremtidigt registreres

 Af Erik Werlauff

Hvornår kan ansættelse af medarbejdere fra en anden virksomhed medføre virkninger efter virksomhedsoverdragelses-reglerne?

- om virksomhedsbegrebet i lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse

Af adjunkt, ph.d. Lone L. Hansen, Aalborg Universitet

Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse finder anvendelse, når en virksomhed, en offentlig myndighed eller anden form for retsenhed overtager noget, der i lovens forstand kan betragtes som ”en virksomhed eller en del heraf”.

Lovens grundprincip er, at man som erhverver af en virksomhed eller en del heraf umiddelbart overtager samtlige forpligtelser og rettigheder, der knytter sig til de ansættelsesforhold, der var bestående på overtagelsestidspunktet – dvs. at for medarbejdere, hvis ansættelse ikke er definitivt afbrudt, skal alle løn- og ansættelsesvilkår, herunder de ansattes anciennitet, respekteres og videreføres af erhververen, der ligeledes overtager hæftelsen for eventuelle løn- og feriepengetilgodehavender.

Kun for så vidt angår kollektive overenskomster er der i reglerne en mulighed for, at erhververen ved at følge en bestemt procedure kan undgå at indtræde i overenskomsten som overenskomstpart, således at kun overenskomstvilkårene skal opretholdes i en nærmere afgrænset periode.

Hvornår der i lovens forstand overtages ”en virksomhed eller en del heraf”, er ikke defineret i loven. Da loven er styret af et bagved liggende EU-direktiv, skal danske domstole ved deres afgørelser følge den fortolkning af virksomhedsbegrebet, som EU-Domstolen løbende fastlægger.

Det centrale kriterium efter direktivet er, at der skal være tale om ”en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk”.

Der skal ikke meget til for at opfylde kravet om, at der skal foreligge en økonomisk enhed, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet. Næsten enhver form for aktivitet vil opfylde dette kriterium, og det er uden betydning, om der er tale om en hoved- eller bifunktion i en virksomhed.

Virksomhedsbegrebet giver ikke længere anledning til væsentlige problemer i de tilfælde, hvor der indgås en aftale mellem en overdrager og en erhverver om overdragelse af aktiver (bygninger, driftsmateriel, varelager, kundekartotek mv.) og overtagelse af medarbejdere med henblik på en umiddelbar videreførelse af den pågældende virksomhed. I disse tilfælde er der utvivlsomt tale om en virksomhed i lovens forstand.

I de senere år er problemet med afgrænsning af virksomhedsbegrebet navnlig opstået i de situationer, hvor der ikke er tale om en traditionel overdragelsessituation med en ”sælger” og en ”køber”, men en udbudssituation, hvor en bestemt funktion eller aktivitet, eventuelt efter et offentligt udbud, overgår til en ny virksomhed eller anden form for retsenhed...

...der ansætter nogle af medarbejderne fra den hidtidige udøver, uden at der overdrages nogen aktiver.

Der sker i disse tilfælde en videreførelse af den samme aktivitet – hvilket er en grundlæggende betingelse for, at der i lovens forstand kan foreligge en virksomhed eller en del heraf, der har bevaret sin identitet.

Videreførelse af den samme aktivitet er dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der er tale om en virksomhed i lovens forstand. Hvis der hverken overtages aktiver eller lønmodtagere, vil en fortsættelse af en bestemt aktivitet ikke være omfattet af loven. Er der fx tale om overtagelse af en rengøringsfunktion på et gymnasium, som gymnasiet først har overladt til én kontraktpart, og som det efter en periode overlader til en ny kontraktpart, er der ikke tale om en virksomhedsoverdragelse omfattet af loven, hvis der hverken overtages aktiver eller personale. Det er ikke tilstrækkeligt, at det er den samme tjenesteydelse, og i den skitserede situation er der derfor blot tale om, at kontraktthaver nr. 1 har mistet en kunde (gymnasiet), som er gået til kontraktthaver nr. 2 (Süzen, C-13/95).

Hvad der yderligere kræves, for at der kan foreligge en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand, afhænger af, hvilken branche der er tale om.

Er der tale om udbud inden for en materieltransportbranche som for eksempel buskørsel, vil videreførelse af aktiviteten med brug af medarbejdere fra den hidtidige udøver af virksomheden ikke i sig selv kunne udløse virkninger efter virksomhedsoverdragelsesloven. Her vil der kun kunne foreligge en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand, hvis der overtages ”en væsentlig del af de fysiske aktiver”, der er nødvendige til udførelse af driften (Liikenne, C-172/99).

EU-Domstolen har dog opstillet den betingelse, at der overtages ”en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som før overdragelsen udførte arbejdet” (Süzen, C-13/95).

Domstolen har i senere sager om udlicitering af hjemmehjælp og bevogtningsopgaver for forsvaret præciseret, at ”en organiseret helhed af lønmodtagere, som specielt og i længere tid udfører opgaver i fællesskab, kan udgøre en økonomisk enhed, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer (Hidalgo, Zieman m.fl., C-173/96 og 247/96).

Det selskab mv., der efter et udbud i en arbejdskrafttransportbranche får overladt en bestemt aktivitet og som til udførelsen af denne aktivitet overtager en betydelig del af de medarbejdere, der hidtil har udført arbejdet som ansatte hos den hidtidige udøver, må derfor være forberedt på, at virksomhedsoverdragelsesreglerne finder anvendelse for disse medarbejdere.

Som et eksempel fra dansk praksis om en arbejdskrafttransportbranche kan nævnes UfR 2007.620 V, hvor der ikke mindre end tre gange blev overført en gruppe medarbejdere fra én virksomhed til en anden. Alle de involverede (i alt fire) virksomheder udførte privat hjemmehjælp for den samme kommune, og virksomhederne havde stort set de samme ansatte og udførte de samme opgaver for de samme borgere. Der fandtes at være tale om tre overførsler omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, idet gruppen af ansatte udgjorde en økonomisk enhed, hvis aktivitet blev videreført. Da en lønmodtager blev opsagt efter den sidste overførelse, skulle den pågældendes anciennitet derfor regnes fra den oprindelige ansættelse i den første virksomhed.

Som et yderligere eksempel kan nævnes UfR 2015.2670 V, hvor en kommune, der havde haft en aftale med et sprogcenter om varetagelse af danskundervisning for flygtninge/indvandrere, sendte danskundervisningen i udbud ved aftalens udløb. Licitationen blev vundet af Dansk Flygtningehjælp, der herefter videreførte undervisningen og ansatte 9 ud af de 14 lærere, der hidtil havde forestået undervisningen hos sprogcenteret. Noget af undervisningen foregik i de samme lokaler som hidtil, og lærernes udstrakte frihed til tilrettelæggelse af undervisningen blev bibeholdt. Overtagelsen af sprogcenterets aktiviteter var omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, og to medarbejdere, der ved ansættelsen hos Dansk Flygtningehjælp havde givet afkald på at få videreført deres anciennitet, havde krav på beregning af anciennitet fra deres oprindelige ansættelse hos sprogcenteret.

Når det fra EU-Domstolens side er forudsat, at der skal være tale om overtagelse af ”en betydelig del af den arbejdsstyrke, som før overdragelsen udførte arbejdet”, hhv. ”en organiseret helhed af lønmodtagere”, for at overtagelse af medarbejdere og videreførelse af en aktivitet kan udgøre en virksomhedsoverdragelse i lovens forstand, indebærer dette, at der i disse tilfælde gælder én eller anden mindstegrænse, for at man kan tale om en virksomhed eller en del heraf, der har bevaret sin identitet. Denne mindstegrænse, der endnu ikke er nærmere fastlagt af EU-Domstolen, vedrører både det antal medarbejdere, der overtages, og den andel, som de udgør af den hidtidige udøvers personale, dvs. både et absolut og et relativt kriterium.

I den omtalte afgørelse om sprogcenteret havde Dansk Flygtningehjælp overtaget 9 ud af 14 lærere fra Dansk Sprogcenter, hvilket var tilstrækkeligt til, at virksomhedsoverdragelsesreglerne fandt anvendelse. Havde man alene overtaget fx 4 lærere, er det mere tvivlsomt, om der i så fald ville have været tale om ”en betydelig del af den arbejdsstyrke, som før overdragelsen udførte arbejdet”, hvorimod der næppe er tvivl om, at 4 medarbejdere her opfylder kriteriet om at udgøre ”en organiseret helhed af lønmodtagere”.

At selve videreførelsen af en aktivitet kan føre til en anvendelse af virksomhedsoverdragelsesreglerne, når man gør brug af en betydelig del af medarbejderne fra den tidligere udøver af aktiviteten, giver anledning til særlige problemer i praksis, når der er tale om lovbundne aktiviteter som fx hjemmepleje, og den private virksomhed, der udfører opgaven, ikke kan opfylde kontrakten i hele kontraktperioden på grund af økonomisk sammenbrud.

Her vil den kommune, der har udbudt opgaven, være forpligtet til at sikre, at den pågældende opgave, som fx hjemmehjælp, straks fortsættes, enten af en anden aktør eller af kommunen selv.

Hvis den nye aktør på opgaven (enten en ny kontrakt-haver eller kommunen selv) i denne situation ansætter nogle af de medarbejdere, der hos den tidligere aktør hidtil har udført opgaven, risikerer den nye aktør at skulle betale ubetalte løn- og feriepengekrav for de overtagne medarbejdere vedrørende tiden hos den tidligere aktør.

Uanset om den nye aktør er en ny privat aktør eller kommunen selv, vil sådanne løn- og feriepengekrav fra den tidligere periode ende hos kommunen selv. En ny privat aktør vil naturligvis ikke påtage sig risikoen for gamle lønkrav mv., men selvom forholdet ikke måtte blive reguleret i aftalen mellem kommunen og den nye private aktør, vil der under alle omstændigheder være et refusionskrav mod kommunen.

EU-Domstolen fastslog i en dom fra 1995 (Strø Mølle, C-48/94), at en overdragelse af en entreprise, der alene sker med henblik på færdiggørelse af denne, ikke udgør en virksomhedsoverdragelse i direktivets forstand. I den pågældende sag kunne en entreprenør ikke fortsætte sin entreprise på grund af økonomisk sammenbrud, og en anden entreprenørs færdiggørelse af entreprisen med overtagelse af 3 medarbejdere og nogle materialer var ikke omfattet af virksomhedsoverdragelsesreglerne.

Der foreligger ingen afgørelser om overdragelse eller tilbagetagelse af arbejdet med henblik på ”færdiggørelse” i en udbudssituation. Hvis der i en situation som skitseret ovenfor alene er tale om, at en anden privat aktør eller kommunen selv overtager den pågældende aktivitet med dele af den hidtidige medarbejdergruppe med henblik på opretholdelse af funktionen, indtil opgaven atter kan sendes i udbud, falder en sådan situation muligvis uden for virksomhedsoverdragelsesreglerne.

Der foreligger ingen afgørelser om overdragelse eller tilbagetagelse af arbejdet med henblik på ”færdiggørelse” i en udbudssituation. Hvis der i en situation som skitseret ovenfor alene er tale om, at en anden privat aktør

eller kommunen selv overtager den pågældende aktivitet med dele af den hidtidige medarbejdergruppe med henblik på opretholdelse af funktionen, indtil opgaven atter kan sendes i udbud, falder en sådan situation muligvis uden for virksomhedsoverdragelsesreglerne.

Indtil der foreligger en afklaring fra domstolene, er realiteten imidlertid, at den pågældende kommune vil blive mødt med krav om betaling af løn- og feriepengetilgodehavender hidrørende fra de ansatte, der umiddelbart fortsatte deres ansættelse hos kommunen eller efter kommunens mellemkomst hos en ny privat aktør.

Hvis aftalen om ansættelsen af medarbejderne er indgået forud for en konkurs, vil Lønmodtagernes Garantifond (LG) afvise at dække ethvert krav vedrørende de overtagne medarbejdere. I en p.t. verserende sag ved danske domstole har LG endda afvist at dække krav vedrørende medarbejdere, der ikke blev ansat af kommunen. Selv hvis aftalen om ansættelse af medarbejdere først indgås efter konkursen, er det usikkert, om LG vil dække løn- og feriepengekrav vedrørende tiden frem til selve konkursdekretet, således som der tidligere har været praksis for.

Indtil der foreligger en endelig domstolsafgørelse om spørgsmålet, vil en kommune i en situation som den nævnte (hvor der ikke i forbindelse med udbuddet er krævet sikkerhedsstillelse til dækning af krav i en økonomisk sammenbrudssituation), alene kunne være sikker på at undgå at overtage hæftelsen for gamle krav ved fuldstændigt at undlade at gøre brug af personale fra den tidligere udøver af aktiviteten.

Ud fra den nævnte praksis fra EU-Domstolen vil ansættelse af nogle få medarbejdere ikke føre til anvendelse af virksomhedsoverdragelsesreglerne. Der er imidlertid en reel risiko for, at LG selv i en sådan situation vil afvise dækning i forhold til de (få) overtagne medarbejdere, og derfor vil en nærliggende holdning fra kommunen i en sådan situation være, at man ikke tør overtage én eneste lønmodtager – hvorved den lov, der skulle beskytte lønmodtagerne, reelt bliver til hinder for ansættelse dem.

Mens det foregående vedrørte den arbejdskrafttunge branche, skal det afslutningsvis om den materieltunge branche anføres, at den aktør, der efter et udbud i en sådan branche får overladt en aktivitet, derimod risikofrit vil kunne ansætte medarbejdere fra den tidligere aktør, når der ikke samtidig overtages væsentlige dele af de fysiske aktiver.

//

VALG AF VIRKSOMHEDSFORM - ny bog ude nu!



VALG AF VIRKSOMHEDSFORM er et nyttigt redskab for rådgivere, virksomhedsejere, studerende og undervisere, der har behov for viden om fordele og ulemper ved den enkelte virksomhedsform.

Bogen gennemgår 17 forskellige virksomhedsformer og efterprøver for hver af dem 11 forskellige hensyn (indskud, hæftelse, regnskab, skat, medejere, skift af form etc. etc.), hvorved at det gøres nemmere at vælge den bedst egnede virksomhedsform i den enkelte situation.

Køb den hos Werlauff Publishing på nedenstående link
<http://werlauff-publishing.com/valg-af-virksomhedsform.html>

Erhvervsdrivende fonde – nye lovkrav skal opfyldes nu

Af professor, dr. jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet

Hvis du har tilknytning til en erhvervsdrivende fond, er det på høje tid, at du går i gang med opfyldelsen af de nye krav til fonde, der følger af den nye lov om erhvervsdrivende fonde (erhvervsfondsloven, EFL).

Den 1. januar 2015 trådte den nye EFL i kraft. Dette ses ikke af loven selv, men af bekendtgørelse nr. 1386 af 10. december 2014. Dette får i hovedtræk tre konsekvenser for eksisterende erhvervsdrivende fond:

Vedtægtsændringer, der skal foretages. For det første skal en erhvervsdrivende fond i princippet allerede have foretaget de vedtægtsændringer, der er nødvendige efter ikrafttrædelsen af EFL. Dette skulle i princippet være sket på det første møde i fondens bestyrelse efter den 1. januar 2015. Når jeg skriver ”i princippet”, skyldes det, at det næppe i praksis kræves af samtlige fonde, at de straks gennemgår alle bestemmelser i deres vedtægter og ajourfører disse. Noget sådant kan være et meget betydeligt arbejde, som fonden og dens rådgiver ofte må bruge lidt mere tid og overvejelse på.

Forretningsordenen nu lovpligtig. For det andet skal enhver erhvervsdrivende fond nu have en forretningsorden. Dette var ikke tidligere et lovkrav, men nu skal det altså være. En rigtig god, grundig og jordnær forretningsorden vil indeholde ”pædagogiske” forskrifter, der stille og roligt indarbejder de vigtigste nye lovkrav til fondene – via bestemmelser i forretningsordenen. En sådan måde at ”lege” de nye regler ind på overflødig gør selvfølgelig ikke, at fondens vedtægter ajourføres, men en gennemarbejdet forretningsorden er dog en god begyndelse. Til sidst i artiklen vil du se, hvordan du gratis kan komme i gang med forretningsordenen for din fond.

Stillingtagen til ’god fondsledelse’ nu lovpligtig. For det tredje skal enhver erhvervsdrivende fond nu forholde sig til anbefalingerne for god fondsledelse. Dette skal ske i forbindelse med aflæggelsen af årsrapporten for det regnskabsår, der begynder 1. januar 2015 eller senere. Kort sagt skal de fleste fonde nu til at forholde sig til disse anbefalinger. Nøgleordet er følg-eller forklar, dvs. enten skal fonden følge den enkelte anbefaling, eller også skal den oplyse, at den ikke gør det, samt tilføje, hvorfor den ikke gør det, og hvad den gør i stedet. Det lyder næsten uoverkommeligt, og rigtigt er det da også, at der kræves en diskussion af den enkelte fonds bestyrelse, men så er det altså heller ikke sværere. Til sidst i artiklen vil du se, hvordan du gratis kan komme godt i gang med den lovpligtige stillingtagen hos din fond til anbefalingerne for god fondsledelse.

Nærmere om anbefalingerne.

- Fondens bestyrelse skal ifølge loven redegøre for, hvordan bestyrelsen forholder sig til de anbefalinger for god fondsledelse, der til enhver tid er udarbejdet af Komitéen for god Fondsledelse (EFL § 60, stk. 1).

- I redegørelsen skal bestyrelsen oplyse, om fonden følger de enkelte anbefalinger, eller om den fraviger én eller flere anbefalinger, og i givet fald hvilke. Hvis bestyrelsen fraviger en anbefaling, skal grundene hertil angives, ligesom det skal angives, hvordan fondens bestyrelse i stedet har indrettet sig (EFL § 60, stk. 1).

-Fravigelse af en anbefaling kan eksempelvis være begrundet i modsatrettede vedtægsbestemmelser.

- Bestyrelsens redegørelse skal medtages i fondens årsrapport (årsregnskabslovens § 77 a, stk. 1). Hvis bestyrelsen udarbejder en ledelsesberetning, kan redegørelsen placeres i denne.

- Ifølge loven kan Erhvervsstyrelsen bestemme, at redegørelsen fra fonden ikke behøver at medtages i ledelsesberetningen eller i noterne til årsrapporten (årsregnskabslovens § 77 a, stk. 2). I så fald skal ledelsesberetningen eller noterne henvise til hjemmeside for fonden, hvor redegørelsen om god fondsskik da skal offentliggøres.

Sådan kommer du helt konkret videre.

Herefter skal jeg anbefale dig, hvordan du straks kan gå videre med at opfylde kravene til din fond, nemlig således:

- **Lovpligtig forretningsorden**, gratis paradigma. Hvis du gratis vil have et paradigma i Wordformat til, hvordan du skriver en forretningsorden (med åbne punkter markeret med xx eller xxx), kan du som abonnent på din§jura finde benytte dig af dette link, hvor du finder en juradatabase, hvori paradigmaet er blandt de forskellige filer, som er gratis til rådighed.
- **De nye krav til 'god fondsledelse'**, gratis e-lynkursus på 12 minutter. Hvis du har Power Point på din PC eller Mac, kan du gratis få mit lynkursus i kravene til god fondsledelse, og hvordan fonden tager stilling til dem.

Du kan se og høre disse anbefalinger på ca. 45 minutter. Du anvender funktionen 'Start diasshow' og kobler lyden til, så kører e-foredraget. Hvis du ønsker dette lynkursus tilsendt pr. e-mail, kan du ligeledes finde det på dinjura.dk's juradatabase som abonnent. Denne gratis service til dig forudsætter, at du er abonnent på din§jura. Er du ikke allerede abonnent, går du til www.dinjura.dk og tilmelder dig (gratis) som abonnent. Du kan til enhver tid framelde dig igen. – Det står dig frit for at bruge lynkurset som grundlag for din egen redegørelse til "din" fond – men du må som abonnent på din!§jura også gerne afspille lynkurset i "din" fondsbestyrelse.

- Udkast til "din" fonds stillingtagen til god fondsledelse. Her er en henvisning til en fond, der helt jordnært har taget stilling til anbefalingerne for god fondsledelse punkt for punkt, herunder til de punkter, som fonden ikke kan eller vil opfylde <http://www.csfond.dk/da/fondsledelse.aspx>
- Hurtigt overblik over samtlige nye lovkrav. Her er et overblik over de nye regler, der skal iagttages, med Erhvervsstyrelsens forklaring til hvert enkelt punkt
NYE REGLER
- Vedtægtsændringer efter den nye lov. Hvis du senere i 2016 har brug for at gennemgå hele "din" fonds vedtægt, så bør du hente Erhvervsstyrelsens paradigma på en standardvedtægt med styrelsens kommentarer og forslag. Det sker HER
//

Familiefondes uddeling til modtagere i udlandet

- det manglende fradrag er EU-stridigt

Af professor, dr. jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet

Det er velkendt, at der ved opgørelsen af både erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende fondes fradragsret for vedtægtshjemlede uddelinger skal foretages en sontring i to henseender.

For det første skal der sondres mellem, hvorvidt uddelingen er almennyttig eller ej. Hvis uddelingen er almennyttig, er den fradragsberettiget for fonden uden hensyn til modtagerens domicil i ind- eller udland, jf. fondsbeskatningslovens (FBL) § 4, stk. 1.

For det andet skal der, hvis der ikke er tale om en almennyttig uddeling, sondres mellem, om modtageren af uddelingen er skattepligtig til Danmark eller ej, jf. fondsbeskatningslovens § 4, stk. 2. Foreligger der en sådan skattepligt hos modtageren, har fonden fradrag. Er modtageren ikke skattepligtig til Danmark af uddelingen, har fonden derimod intet fradrag for denne uddeling.

Denne fradragsafskæring for ikke-almennyttige uddelinger til modtagere, der ikke er skattepligtige til Danmark, indgår nødvendigvis i fondens skattemæssige budgettering (skatteplanlægning, om man vil), idet fradragsberettigede udlodninger kan medvirke til at gøre fonden konkret ”skattefri”.

Sontringen har betydning, uanset om fonden er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde (erhvervsfondsloven, EFL) eller af den almindelige fondslov (lov om fonde og visse foreninger, FL), idet begge kategorier af fonde er omfattet af beskatningsordningen efter fondsbeskatningsloven (FBL).

Det er indlysende, at den forskelsbehandling, som FBL § 4, stk. 2, er udtryk for mellem en i Danmark bosiddende og en uden for Danmark bosiddende legatmodtager mv., har sin hovedbegrundelse i ønsket om en vis symmetri i skattesystemet. Det er imidlertid lige så indlysende, at et sådant hensyn i hvert fald i EU-retlig sammenhæng ikke accepteres som en gyldig grund til at gøre indgreb i grundlæggende rettigheder efter EU-retten.

Den grundlæggende rettighed, der herved er tale om, er retten til frie kapitalbevægelser hen over landegrænserne. Denne rettighed er sikret gennem artikel 63 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), før TEUF gennem artikel 56 i EF-traktaten (EF).

FBL § 4, stk. 2, hører til de nationale skatteregler, som man har kendt og gengivet og fortolket gennem årtier, altid med en vis fornemmelse af, at der er ”noget galt” med reglen, men samtidig altid med en resignation med hensyn til at ”gøre noget ved det”.

Nu er der imidlertid ”nogen”, der har gjort noget ved det, eller rettere: gjort noget ved de omtrent tilsvarende skatteregler i østrigsk skattelovgivning. Således har en østrigsk familiefond, F. E. Familienprivatstiftung Eisenstadt, Wien, besluttet sig for, at man ikke vil finde sig i fradragsafskæringen i den tilsvarende østrigske skatteregel.

Da den østrigske familiefond på sin selvangivelse afprøvede spørgsmålet ved at forlange fradrag ikke blot for sine uddelinger til legatmodtagere med bopæl i Østrig, men også fradrag for legatmodtagere med bopæl i et andet EU-land, traf de østrigske skattemyndigheder helt som forventet en afgørelse imod fonden.

Denne afgørelse indbragte familiefonden herefter for domstolene, og da sagen nåede til den øverste østrigske forvaltningsdomstol (Verwaltungsgerichtshof), blev forvaltningsdomstolen så betænkelig ved den østrigske skatteregel, at domstolen forelagde præjudicielle spørgsmål herom for EU-Domstolen efter artikel 267 TEUF om præjudicielle spørgsmål.

EU-Domstolen (Domstolen) har nu besvaret spørgsmålet, nemlig ved dom af 17. september 2015 i sag C-589/13, F. E. Familienprivatstiftung Eisenstadt mod de østrigske skattemyndigheder.

Det skal siges med det samme, at Domstolens dom er et utvetydigt nederlag for de østrigske skattemyndigheder og den østrigske skatteregel, og dermed tilsvarende et forvarsel om en tilsvarende bedømmelse af den danske FBL § 4, stk. 2, i dens nuværende skikkelse.

Er det en hindring (i EU-sproget: en restriktion) for kapitalens frie bevægelighed, hvis der ikke er fradrag hos fonden for en uddeling til en modtager i udlandet, mens der er fradrag for en i øvrigt helt tilsvarende uddeling til en modtager i Danmark?

Svaret er ja – det er en hindring. For at en forskelsbehandling kan godkendes, skal der enten a) være tale om to forskellige situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller b) der skal foreligge ”tvingende almene hensyn” (et meget stærkt krav efter EU-retten).

Hvad a) angår (objektiv sammenlignelighed), kommer Domstolen frem til, at de to situationer er objektivt sammenlignelige: Det er objektivt sammenligneligt, om man a-1) udbetaler til en modtager i samme land eller a-2) udbetaler til en modtager i et andet land. I begge tilfælde drejer det sig om støttebeløb, der er udbetalt ud fra fondens formue hhv. fra forøgelser i fondens formue, som er realiseret gennem investering af fondens formue (dommens præmis nr. 63).

Hvad b) angår (tvingende almene hensyn), når Domstolen frem til, at der dermed er tale om kompensere for den manglende mulighed for at beskatte én skattepligtig [modtageren i udlandet] ved at underlægge en anden skattepligtig [familiefonden] en skat, og at et sådant princip om ”enhedsbeskatning” ikke kan anerkendes af Domstolen (dommens præmis nr. 73).

Helt sammenfattende udtaler Domstolen, at hensynet for en stat til at undgå tab af skatteindtægter ikke hører til de tvingende almene hensyn, der kan begrunde en hindring (restriktion) for en grundlæggende EU-rettighed (præmis 76, 2. led).

Derfor blev det samlede facit i sagen om den østrigske familiefond, at artikel 63 TEUF er til hinder for en national skatteregel, hvorefter en privat fond a) har ret til at fratække de støttebeløb, der er udbetalt til modtagere i fondens hjemstedsstat, og som disse beskattes af, mens b) et sådant fradrag er udelukket, hvis modtageren bor i en anden medlemsstat og er fritaget for beskatning.

Det er derfor min samlede konklusion, at fondsbeskatningslovens § 4, stk. 2, er EU-stridig, og at fradragsafskæringen hos danske fonde for ikke-almennyttige uddelinger til modtagere, der ikke er skattepligtige til Danmark, derfor må ophæves.

Der er herefter afslutningsvis kun yderligere tre observationer at gøre, nemlig følgende:

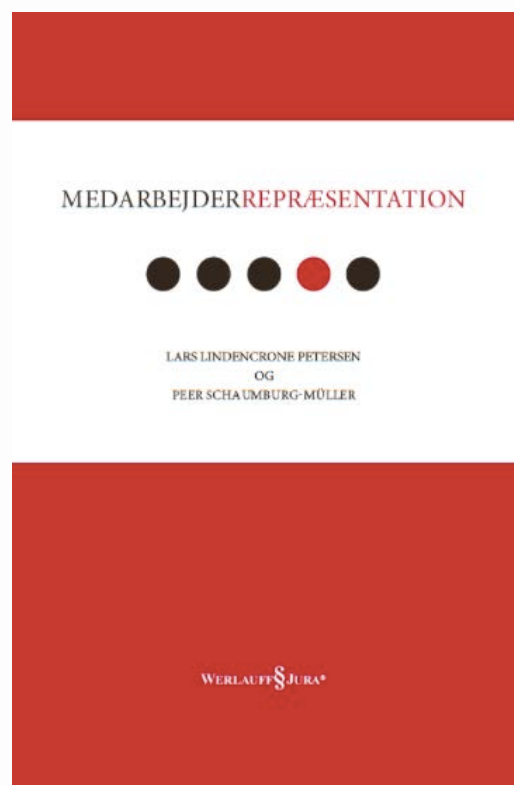
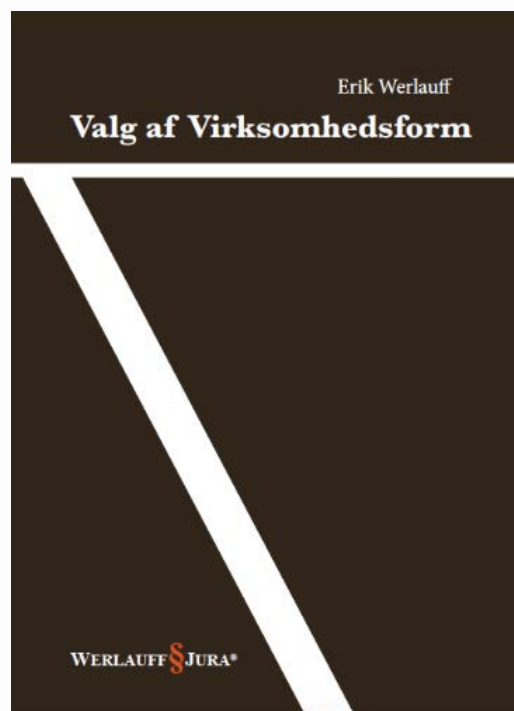
For det første gælder det som nævnt om artikel 63 TEUF om kapitalens frie bevægelighed, at denne grundrettighed i modsætning til fx etableringsretten og varernes og tjenesteydelsernes frie bevægelighed ikke blot beskytter bevægelser mellem EU-lande (og i kraft af EØS-traktatens tilsvarende bestemmelser også beskytter bevægelser mellem EØS-lande samt mellem EU- og EØS-lande). Forskrifterne om kapitalens frie bevægelighed har den særlige egenskab, at de også beskytter den frie bevægelighed mellem et EU-land (her: Danmark) og et ikke-EU-land ("tredjeland").

For det andet bemærkes det, at virkningerne af artikel 63 TEUF ikke er afhængige af en lovændring her i landet. EU's grundlæggende rettigheder kræver direkte virkning (med et ældre udtryk: de er umiddelbart anvendelige) og har derfor forrang for modstående danske lovregler. Allerede nu skal FBL § 4, stk. 2, derfor undergives en fortolkning, der respekterer artikel 63 TEUF, således som denne regel nu er blevet fortolket af Domstolen.

For det tredje kan de uretmæssigt nægtede fradrag opnås med en vis tilbagevirkende kraft, omfattende også tidligere indkomstår hos fonden.

Udgangspunktet er en 3-års regel, nemlig med ændringsvarsel afsendt inden 1. maj i det 4. år efter indkomstårets udløb, jf. § 34, men med talrige undtagelser for både skatteyderens og SKATs muligheder for senere genoptagelse.

//



'Reelle ejere' af selskaber, fonde mv. – skal fremtidigt registreres

Af professor, dr. jur. Erik Werlauff, Aalborg Universitet

Her er en juridisk nyhed, som vil koste meget fremtidigt arbejde (også forklaringsarbejde) i næsten alle typer af juridiske personer: aktie- og anpartsselskaber, andelsselskaber, erhvervsdrivende foreninger, brancheforeninger, erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende fonde etc.

Når erhvervs- og vækstministeren har sat loven i kraft (efter at de tekniske systemer er oprettet), vil næsten alle typer af juridiske personer skulle skaffe oplysninger om samt registrere, hvem der er de 'reelle ejere' af selskabet, foreninger, fonden mv.

Det fremgår af et lovforslag fra december 2015, L 94 af 16. december 2015 fremsat af erhvervs- og vækstministeren. Da lovforslaget i vid udstrækning gennemfører et EU-direktiv (om forebyggelse af hvidvask og finansiering af terrorisme), må lovforslaget forventes vedtaget, omtrent som det foreligger.

Kort fortalt skal ethvert ApS, IVS, A/S etc. indhente oplysninger om, hvem der er selskabets reelle ejer(e), og dette skal selskabet registrere i Erhvervsstyrelsens it-system, som gør oplysningerne offentligt tilgængelige. En reel ejer er en fysisk person, der i sidste ende kontrollerer selskabet. Dette kan ske direkte eller indirekte. Det kan ske i kraft af en tilstrækkelig andel af kapital og/eller stemmer, eller det kan være en kontrol, der udøves ved hjælp af andre midler. Kun børsnoterede selskaber er undtaget.

Hvis selskabet ikke kan identificere nogen 'reel ejer', skal de registrerede medlemmer af selskabets direktion registreres som de 'reelle ejere'. Se nærmere den nye regel i selskabslovens § 58 a.

Man skulle ikke tro, at et andelsselskab, en brancheforening eller en erhvervsdrivende forening kan have en 'reel ejer', men her gælder reglerne også. Kan man ikke finde en 'reel ejer', skal den daglige ledelse her registreres som 'reel ejer'. Er der ikke registreret nogen daglig ledelse (hvilket der jo ikke behøver at være i et A.m.b.a., en F.m.b.a. mv.), så skal der alligevel registreres en daglig ledelse, således at der herved kan ske registrering af 'reelle ejere'. Se nærmere ny § 15 g i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

I en fond bliver det endnu mere akavet, og det gælder både erhvervsdrivende og ikke erhvervsdrivende fonde. Her skal man tænke i 4 tempi: (1) Er der én eller flere fysiske personer, som i sidste ende direkte eller indirekte kontrollerer fonden eller på anden måde har ejerskabslignende beføjelser? Så skal han, hun eller de registreres.

(2) I hvert fald skal fondens bestyrelse registreres som 'reelle ejere'. (3) Endelig skal man som 'reelle ejere' registrere fondens 'særligt begunstigede personer'.

(4) Hvis fonden endnu ikke kender de enkeltpersoner, der nyder godt af fondens uddelinger, skal 'den gruppe personer, i hvis hovedinteresse fonden er oprettet eller fungerer', registreres som 'reelle ejere'. Se nærmere fondslovens § 5 og erhvervsfondslovens § 21 b. Der bliver ikke blot en betydelig arbejdsopgave at udføre som følge af de nye regler, men i høj grad også en forklaringsopgave over for bestyrelser, direktioner, begunstigede, legatarer og mange andre (der næppe umiddelbart vil opleve sig som 'reelle ejere').

Vil du have et lynkursus (power Point med indtaling) om de nye krav, og er du abonnent på din§jura (gratis e-tidsskrift), så står lynkurset til rådighed for dig (ligeledes gratis) på din§jura.

//

**din§jura udgives af:
Werlauff Publishing
CVR-nr: 28699123
www.dinjura.com
kontakt@dinjura.com**

**For at finde det nævnte materiale i denne udgivelse, besøg
www.dinjura.dk/juradatabase.html**

din§jura

FORSIDE

INDHOLD >

BLIV ABONNENT

ABONNENTSIDEN >

KONTAKT >

UDGIVELSER

JURADATABASE

ET JURIDISK ONLINE-TIDSSKRIFT TIL DINE BEHØV