

Skatteret & civilret

Jakob Bundgaard

Skatteret & civilret

Et bidrag om skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer til videreudvikling af skatterettens almindelige del

FORLAGET THOMSON



TM

Jakob Bundgaard
Skatteret & civilret
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2006

ISBN 10: 87-619-1524-6
ISBN 13: 978-87-619-1524-5

Omslag: Helle Melberg, København
Sats: BookPartnerMedia, København
Tryk: Nørhaven Book, Viborg

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Forord

Foreliggende afhandling vedrører samspillet mellem skatteret og civilret i dansk ret. Afhandlingen har været under udarbejdelse i årene 1999-2004. Udviklingen i den forløbne periode har bekræftet, at emnet udgør en central del af skatterettens almindelige del.

Det har haft særlig betydning for arbejdet, at jeg stedse har haft føling med det praktiske retsliv. Det er således et privilegium at blive konfronteret med praktiske problemstillinger samtidig med, at man forsøger at fordybe sig. Iboende i dette privilegium er dog også en vanskelig balancegang, idet afhandlingsarbejdet i længere perioder træder i baggrunden. Jeg udtrykker min taknemmelighed overfor ledelsen hos Deloitte, herunder særligt i Skatteafdelingen, der ved en usædvanlig fleksibilitet tillod mig gunstige arbejdsvilkår under afhandlingens tilblivelse.

I de senere år er begrebet »Eminence Building« i rådgivningsbranchen blevet tydeliggjort som konkurrenceparameter. Som et element heri må nødvendigvis affødes et samspil mellem forskning og erhvervsvirksomhed. Jeg ser denne tendens som en bekræftelse af mit valg.

Et begreb der har fulgt mig, er Piet Hein's gruk TTT. I engelsk oversættelse har denne »lille« hverdagsfilosofiske betragtning fulgt mig fra en foreskrevet synlig plads på mit kontor: *»Put up on a place, where it is easy to see, the cryptic admonishment TTT. Whenever you feel how depressingly slowly you climb, it's well to remember that things take time«*. Endnu mere rammende er den omformulering heraf, som Bodil Jönsson har foretaget i sin tankevækkende lille bog »Ti tanker om tid«, 2000, s. 65 ff, nemlig til: »tanker tager tid«.

Jeg bringer en kærlig tak til min far, Jens Bundgaard, for udholdenhed med korrekturlæsning.

Afhandlingen tilegnes mine kæreste: Cathrine, Elias og Cecilie. Også I har måttet lide afsagn i de forløbne år.

Kgs. Lyngby, februar 2006

Jakob Bundgaard

Indholdsoversigt

DEL I –	Emne og metode	
Kapitel 1	Afhandlingens emne og målsætning	29
Kapitel 2	Afhandlingens tværdisciplinære forankring	39
Kapitel 3	Afgrænsning af afhandlingens genstand	46
Kapitel 4	Metodeovervejelser	49
DEL II –	Almindelig del – udviklingslinier og grundbetragtninger	
Kapitel 5	Generelt om forholdet mellem skatteret og civilret i dansk teori og praksis	62
Kapitel 6	Introduktion til værdigrundlag og grundhensyn i skatte- og civilretten	136
Kapitel 7	Grundbetragtninger	154
Kapitel 8	Tilgrænsede juridiske discipliner og skatterettens forhold hertil	226
Kapitel 9	Sammenfatning og vurdering	282
DEL III –	Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning	
Kapitel 10	Internationalt overblik	289
Kapitel 11	Tysk ret	297
Kapitel 12	Schweizisk ret	356
Kapitel 13	Svensk ret	375
Kapitel 14	Norsk ret	383
Kapitel 15	Internationale aspekter	390
Kapitel 16	Sammenfatning og udledninger	395
DEL IV –	Konfrontation	
Kapitel 17	Privatautonomiens civilretlige og skatteretlige betydning	401
Kapitel 18	Retssubjektivitet og skattesubjektivitet	564
Kapitel 19	Selskabsstiftelse	817
Kapitel 20	Selskabers hjemsted	838
Kapitel 21	Finansieringsdispositioner	882
DEL V –	Syntese	

Indholdsfortegnelse

Forord	5
DEL I – Emne og metode	
Kapitel 1 Afhandlingens emne og målsætning	29
§ 1 Emnet og dets relevans	29
§ 2 Målsætning	33
Kapitel 2 Afhandlingens tværdisciplinære forankring	39
§ 1 Generelt om tværdisciplinær forskning, herunder på retsvidenskabens område	39
§ 2 Dikotomien offentlig ret – privatret	41
§ 3 Det konkrete udslag: skatteret og civilret	44
Kapitel 3 Afgrænsning af afhandlingens genstand	46
Kapitel 4 Metodeovervejelser	49
§ 1 Generelle metodeovervejelser	49
§ 2 Komparative metodeovervejelser	54
§ 3 Disposition	57
DEL II – Almindelig del – udviklingslinier og grundbetragtninger	
Indledning	61
Kapitel 5 Generelt om forholdet mellem skatteret og civilret i dansk teori og praksis	62
§ 1 Offentlige udredninger og domstolsskabt doktrin	62
1.1. Offentlige udredninger og administrative retningslinier	62
1.2. Retspraksis – varierende signaler	67
§ 2 Akademisk doktrin	82
2.1. Indledning	82
2.2. Relativ binding – civilrettens styrende funktion – kongruens ..	83
2.2.1. Opfattelsen hos Thøger Nielsen	83
2.2.2. Opfattelsen hos E. Polack og Aage Michelsen	87
2.2.3. Opfattelsen hos Jan Pedersen	89
2.2.4. Øvrige traditionelle bidrag	97

Indholdsfortegnelse

2.3. Ny udvikling i teorien – civilrettens primat	101
2.3.1. Præsentation og kritik	101
2.3.2. Øvrige reaktioner	118
2.4. Skatterettens autonomi	121
2.4.1. Opfattelsen hos I. A. Strobel	121
2.4.2. Øvrige bidrag	128
§ 3 Kan der konstateres en stigende emancipation eller koordination? .	128
§ 4 Retsvidenskabelig forskningskarakteristik – behovet for en generel analyse af forholdet mellem civilret og skatteret	129
 Kapitel 6 Introduktion til værdigrundlag og grundhensyn i skatte- og civilretten	136
§ 1 Indledning	136
§ 2 Civilretten	136
§ 3 Skatteretten	140
3.1. Generelt	140
3.2. Grundlovmæssige hindringer for udøvelsen af en autonom skatteret eller påbud om en kongruent retstilstand?	141
3.3. Elementer af den skatteretlige fortolkningslære der har betydning for forholdet mellem skatteret og civilret.	142
3.4. Særlige skatteretlige grundprincipper af betydning for forholdet mellem skatteret og civilret	143
3.4.1. Indledning	143
3.4.2. Evneprincippet	144
3.4.3. Legalitetsprincippet	144
3.4.3.1. Alment om indholdet	144
3.4.3.2. Kravet om lovhjemmel	146
3.4.3.3. Retssikkerhedsprincippet	146
3.4.3.4. Objektivitet – lighedsprincippet	147
3.4.4. Neutralitetsprincippet	148
3.4.4.1. Alment om indholdet	148
3.4.4.2. Er en konkret udbygning mulig og hensigtsmæssig?	150
§ 4 Fælles koblingspunkter mellem skatteret og civilret.	151
 Kapitel 7 Grundbetragtninger	154
§ 1 Indledning og målsætning	154
§ 2 Første grundbetragtning: Det ideelle forhold mellem skatteret og civilret	155
2.1. Koordinationstankegangen	155
2.1.1. Generelt	155
2.1.2. Udgangspunktet – autonomi	157

2.1.3. Modifikation og praktisk hovedregel: koordinations- og/eller retskildebestemt kongruens.....	158
2.1.3.1. Indhold	158
2.1.3.2. Om varians i kongruenskravenes og -behovenes styrke, terminologi og tyngden af teoriens anbringender	163
2.1.3.3. Forudsætninger for kongruens	167
A) Meningssammenhæng	167
B) Civilretlig stillingtagen	168
2.1.3.4. Hjemmelskrav?	169
2.1.4. Nødvendige fravigelser – særlige skatteretlige hensyn ...	172
2.2. Formodningsregel: Civilretlig begrebsdannelse bliver afgørende, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale	173
2.3. Udstrækningen af relationslærens forklaringsværdi?	177
§ 3 Anden grundbetragtning: Retstekniske aspekter	184
3.1. Generelt	184
3.2. Opståelsesmuligheder – forskellige typer af samspil mellem skatteret og civilret	185
3.2.1. Alment	185
3.2.2. Civilrettens betydning ved frembringelsen af det skatteretlige faktum – anerkendelsesspørgsmål og fravigelse af kontraktsfriheden	187
3.2.3. Civilrettens betydning for den skatteretlige fastlæggelse af retsfaktum og subsumption – Anvendelse og fortolkning af civilretlige begreber	190
3.2.4. Anvendelse af selvstændige skatteretlige begreber	194
3.2.5. Opståen af en selvstændig skatteretlig civilret	195
3.2.6. Koordinationsvanskeligheder – modgående lovgivning eller praksis	195
3.2.7. Skatterettens afsmittende effekt	196
3.2.8. Anvendelse af udenlandsk civilret i dansk skatteret	197
3.3. Begrundelser for skatteretlige fravigelser fra civilretten	198
3.3.1. Legitimitetsanalyser – retstilstandens implikationer	198
3.3.2. Tentativt katalog over fravigelsesbegrundelser	198
§ 4 Præsentation af en generel evalueringsmodel	204
4.1. Verbal præsentation.	204
4.2. Grafisk præsentation	208
§ 5 Argumenter pro et contra koordinationsstankegangen samt forholdet til andre teorier om samspillet mellem skatteret og civilret	209
5.1. Generelt	209

Indholdsfortegnelse

5.2. Forsøg på opgør med koordinationstankegangen	221
§ 6 Koordinationstankegangen som retsprincip	224
Kapitel 8 Tilgrænsede juridiske discipliner og skatterettens forhold hertil.	226
§ 1 Indledning	226
§ 2 Skatteret og selskabsret	226
2.1. Generelt	226
2.2. Digression om skatterettens forhold til corporate governance systemer	229
§ 3 Skatteret og regnskabsret – herunder om regnskabsrettens funktion ved den skatteretlige faktumfrembringelse	231
3.1. Indledning	231
3.2. Karakteristik af regnskabsretten	233
3.3. Hensyn bag lovgivningen – mål og midler	234
3.4. Samspil mellem regnskabsret og (øvrig) civilret	235
3.4.1. Årsregnskabs balance	237
3.4.1.1. Aktiver	238
A) Generelt	238
B) Anlægsaktiver	245
C) Omsætningsaktiver	246
3.4.1.2. Forpligtelser	248
A) Generelt	248
B) Hensatte forpligtelser	249
C) Gældsforpligtelser	250
3.4.2. Årsregnskabs resultatopgørelse	251
3.4.2.1. Generelt	251
3.4.2.2. Indtægter	252
3.4.2.3. Udgifter og omkostninger	254
3.4.3. Sammenfatning	256
3.5. Samspil mellem skatteret og regnskabsret	256
3.5.1. Internationalt overblik	256
3.5.2. Regnskabet som skatteretligt faktum – grundlag for indkomstopgørelse	259
3.5.2.1. Alment	259
3.5.2.2. Indtægtskriterier og omkostningskriterier, herunder om den tidsmæssige placering (periodisering)	263
3.5.2.3. Indtægter	267
3.5.2.4. Udgifter	268
3.5.2.5. Afskrivninger	270
3.5.2.6. Balance	270

A) Alment	270
B) Andre oplysninger i regnskabet: hensættelser og eventualforpligtelser	272
3.5.2.7. Værdiansættelse	273
3.5.2.8. Samlet vurdering	274
3.5.3. Formodningsregel: Regnskabsmateriale bliver afgørende, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale	278
Kapitel 9 Sammenfatning og vurdering	282
 DEL III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning	
Indledning	287
 Kapitel 10 Internationalt overblik	289
§ 1 Generelt	289
§ 2 Oversigt over indstillingen i den vestlige verden	290
 Kapitel 11 Tysk ret	297
§ 1 Indledning	297
§ 2 Første fase: Das Zivilrecht als »Mutterrecht« – skatteret som annex- eller følgeret	298
§ 3 Anden fase: Isolations – eller emancipationsfasen – Das Steuerrecht als »autonomes« Rechtsgebiet	302
3.1. Indledning	302
3.2. Baggrunden for selvstændiggørelsen	302
3.3. Die Reichabgabenordnung af 1919	303
3.4. Indstillingen i tysk teori	307
3.5. Den teoretiske mellemgruppe	309
§ 4 Tredje fase: Postulatet om forstærket tilpasning mellem skatteret og civilret	310
4.1. Indledning	310
4.2. Indstillingen i litteraturen	311
4.2.1. Arnold Liebischs studier	311
4.2.2. Werner Flumes studier	313
4.2.3. Digression: Maaßens studier	315
4.3. Reaktionen i retspraksis	316
§ 5 Fjerde fase: Den aktuelle opfattelse	318
5.1. Den almindelige opfattelse	318
5.1.1. Generelt	318

Indholdsfortegnelse

5.1.2. Opfattelsen hos Klaus Tipke	319
5.1.2.1. Generelt	319
5.1.2.2. Civilrettens præjudice – »Vorherigkeit« (Präzedenz) des Zivilrechts	319
5.1.2.3. Ingen forrang (»prævalens«) for civilretten	320
5.1.2.4. Ingen værdiforrang for civilretten	322
5.1.2.5. Ingen terminologisk afhængighed af civilretten ..	323
5.1.2.6. Skatteret og rettens enhed – »Einheit der Rechtsordnung«	324
5.1.3. Opfattelsen hos Rainer Walz	326
5.1.4. Øvrige	328
5.2. Den afvigende opfattelse hos Georg Crezelius	332
5.3. Principiel stillingtagen i »Bundesverfassungsgericht«	336
§ 6 Særligt om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«	338
6.1. Indledning	338
6.2. Historik – udviklingsfaser	340
6.3. Indføring – »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« som teleologisk fortolkningsmetode i nutidig tysk skatteret	343
§ 7 Om skatteret og selskabsret	345
7.1. Generelt	345
7.2. Særligt om koncernretten og skatteretten	348
§ 8 Om skatteret og regnskabsret	351
§ 9 Den skatteretlige udfordring for civilretten herunder særligt i forholdet mellem skatteret og selskabsret	353
Kapitel 12 Schweizisk ret	356
§ 1 Generelt	356
1.1. Udviklingen i teorien	357
1.2. Udviklingen i retspraksis	360
1.2.1. Opbygningsfasen – en autonomifase?	360
1.2.2. Den moderate integrationsfase	361
1.2.3. Den nye emancipationsfase	361
§ 2 Den seneste udvikling	362
2.1. Thomas Kollers studier	362
2.1.1. Frigørelse fra tidligere betragtningsmåder	362
2.1.2. Grundhensyn – værdielementer	365
2.1.3. Om afvejning af koordinationsrelevante værdielementer .	366
2.1.4. Grundtræk af skatterettens hensynstagen til civilretlige værdier	370
2.1.5. Hensynstagen til den civilretlige reguleringsstruktur (»ordnungsstruktur«) i skatteretten	370
2.2. Praksis og teori siden Kollers arbejder	372

2.2.1. Praksis vedrørende fortolkning af civilretlige begreber ..	373
2.2.2. Opfattelsen hos Ernst Höhn & Robert Waldburger	373
2.2.3. Opfattelsen hos Ernst Blumenstein & Peter Locher	374
Kapitel 13 Svensk ret	375
§ 1 Indledning	375
§ 2 Svensk teori	375
2.1. Ældre teori	375
2.2. Nyere teori – navnlig om Sture Bergströms studier	377
2.3. Seneste udvikling i teori og praksis	381
Kapitel 14 Norsk ret	383
§ 1 Indledning	383
§ 2 Norsk teori	384
2.1. Frederik Zimmers opfattelse	384
2.2. Særligt om skattereglernes betydning i civilretlig sammenhæng	388
Kapitel 15 Internationale aspekter	390
§ 1 Indledning	390
§ 2 National udlandsskatteret og civilretten	390
§ 3 Udenlandsk udlandsskatteret og national civil- og skatteret	391
§ 4 National civilret og dobbeltbeskatningsoverenskomsten	391
§ 5 Forholdet mellem civilret og skatteret i EU-retten, samt EU-rettens betydning for forholdet mellem skatteret og civilret ...	393
Kapitel 16 Sammenfatning og udledninger	395
§ 1 Inspiration til dansk ret	395
§ 2 Forholdet mellem skatteret og civilret – et udtømt tema?	395
 DEL IV – Konfrontation	
Indledning	399
Kapitel 17 Privatautonomiens civilretlige og skatteretlige betydning	401
§ 1 Indledning	401
§ 2 Privatautonomien som civilretlig grundsten	402
2.1. Almindelige betragtninger	402
2.2. Om retsmisbrug	409
§ 3 Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1 ...	414
§ 4 Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	415

Indholdsfortegnelse

§ 5 Privatautonomiens skatteretlige betydning – evaluerings-	
processens trin 3	421
5.1. Det skatteretlige udgangspunkt: accept	421
5.2. Den skatteretlige undtagelse: indholds- og eksistenskorrektur ..	423
5.2.1. Alment	423
5.2.2. Om skatteretsmisbrug i almindelighed	429
5.2.3. Omkvalifikation	430
5.2.3.1. Indledning	430
5.2.3.2. Sondringen vilkårskorrektion-	
dispositionskorrektur	431
A) Alment	431
B) Grænsespørgsmål	436
C) Vurdering	439
5.2.3.3. Hvilken betydning har det for den skatteretlige	
lovfortolkning, at transaktioner er foretaget	
udelukkende eller hovedsageligt i skatte-	
besparelsesøjemed – herunder omgåelses-	
og misbrugsbegrebernes skatteretlige betydning .	447
A) Indledning	447
B) Udgangspunktet – skatteyderens hensigt er	
beskatningen uvedkommende	447
C) Omdrejningspunktet – udelukkende eller i det	
væsentlige skattemæssigt begrundet	449
D) Praxis viser, at skattebesparelsesmotivet ikke	
alene er afgørende	449
E) Situationer hvor skattebesparelsesmotivet i sig	
selv har spillet en rolle	453
F) Kravet om »forretningsmæssig begrundelse«	455
G) Skattebesparelseshensigt skærper realitetsprøvelsen	
og udgør samtidig en forudsætning for	
dispositionskorrektur	458
H) Skattebesparelseshensigt skaber formodning for	
skatteudnyttelse	459
I) Omgåelse – findes der en omgåelsesklasul?	460
J) Misbrug	467
K) Hvilken grad af skattebesparelseshensigt skal	
være til stede	469
L) Sammenfattende om udviklingen i domspraksis .	469
5.2.4. Præsentation af »Læren om rette indkomstmodtager«	472
5.2.5. Vilårskorrekationer de lege lata	478
5.2.5.1. Indledning	478
5.2.5.2. Armslængdeprincippet	478

5.2.5.3. Vilkårskorrektionshjemmel og rækkevidde	480
A) Indledning	480
B) Generelle interessefællesskaber	480
i) Almindelige betragtninger om anvendelses-	
området for LL § 2	480
ii) Korrektionshjemmel uden for LL § 2	485
iii) Læren om rette indkomstmodtager og	
vilkårskorrekationer – kritik og kontekstuel	
reformulering	499
C) Konkrete interessefællesskaber	507
5.2.5.4. Vurdering – evalueringsprocessens trin 3-4	515
5.2.6. Dispositionskorrektioner de lege lata	520
5.2.6.1. Generelt	521
5.2.6.2. Læren om rette indkomstmodtager og	
dispositionskorrektioner	522
A) Indledning	522
B) Om praksis vedrørende forholdet mellem læren	
om rette indkomstmodtager og realitets-	
grundsætningen	523
i) Generelt	523
ii) Praksis, hvor indkomsten har passeret skatte-	
yderens økonomi	526
iii) Praksis, hvor en realitetsfortolkning har spillet	
en rolle ved afgørelsen	530
C) Karakteren af rette indkomstmodtager-	
korrektioner – dispositionskorrektioner?	536
D) Kontekstuel reformulering	537
5.2.6.3. Realitetsgrundsætningen – en realitet?	538
A) Skitsering af indhold	538
B) Kritik og forsvar	543
C) Tydeliggørelse i nyere domspraksis	548
D) Sammenfatning af gældende ret	554
E) Særligt om tilsidesættelse af selskabsretlige	
dispositioner	555
5.2.6.4. Sammenholdelse – sameksistens?	558
5.2.6.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	559
§ 6 Sammenfatning	561
Kapitel 18 Retssubjektivitet og skattesubjektivitet	564
§ 1 Indledning	564
§ 2 Juridiske personer og skattesubjektivitet	565
2.1. Generelt	565

Indholdsfortegnelse

2.2. Begrebsafklaring: Juridiske personer og retssubjektivitet	568
2.3. Anvendelse af begrebet juridisk person som relationsbegreb eller samlebegreb?	573
2.3.1. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1	573
2.3.2. Kongruenskrav og -behov ved anvendelsen af det juridiske personlighedsbegreb – evalueringsprocessens trin 2	575
2.3.3. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3	577
2.3.4. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	584
§ 3 Juridiske personer i selskabsretten – selskabsformer og aftalefrihed	587
§ 4 Selskabsretlig og skatteretlig subjekt kvalifikation	594
4.1. Subjekt kvalifikation i selskabsretten	594
4.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1 .	596
4.3. Principper for den skatteretlige subjekt kvalifikation	599
4.3.1. Indledning og negativ afgrænsning (transparensprincippet)	599
4.3.2. Generelt om de skatteretlige retsevne kriterier	601
4.3.3. Vedtægter	603
4.3.4. Parternes benævnelse	604
4.3.5. Offentlig registrering eller anden form for anerkendelse .	604
4.3.6. Kapitalgrundlag	605
4.3.6.1. Generelt	605
4.3.6.2. Indskud ved etablering	606
4.3.6.3. Krav ved udtræden	607
4.3.7. Hæftelse	610
4.3.8. Deltagerkredsen og momenter, der står i forbindelse hermed	619
4.3.8.1. Generelt	619
4.3.8.2. Deltagerantal og kredsens uforanderlighed (udskiftning)	619
4.3.8.3. Indtræden og udtræden	621
4.3.9. Organisatoriske forhold	622
4.3.10. Beslutningsprocedure	623
4.3.11. Aktivitetsform, virkeområde og formål	624
4.3.12. Principperne for indkomstanvendelsen	624
4.3.13. Fordeling af likvidationsprovenu	625
4.3.14. Betydningen af regnskabsmæssig selvstændighed	625
4.4. Sammenfattende betragtninger om skatteretsevne kriteriernes oprindelse, begrundelse og samspil med selskabsretten	626

§ 5 Kvalifikation af udenlandske selskaber og fonde mv.	628
5.1. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1.	628
5.2. Problemstillingen.	630
5.3. Den valgte løsning i dansk skatteret	630
5.4. Opfattelsen i tysk skatteret.	633
5.5. Belysning af kriteriernes anvendelse i praksis	635
5.6. Særligt om udenlandske fonde og trusts	638
5.7. Sammenfattende betragtninger om den skatteretlige kvalifikation af udenlandske selskaber og fonde mv.	641
§ 6 Indledende bemærkninger om konkrete skattesubjekter og forskellige beskatningsformer.	642
§ 7 Aktie- og anpartsselskaber	645
7.1. Oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse	645
7.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1.	651
7.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	651
7.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3 ..	655
7.4.1. Kravet om erhvervmæssig virksomhed	655
7.4.2. Identifikation	658
7.4.2.1. Identifikationsbegrebet	658
7.4.2.2. Frivillig identifikation	663
7.4.2.3. Ufrivillig identifikation	667
A) Alment om ufrivillig identifikation.	667
B) Særligt om retspraksis vedrørende koncerninterne aktietab	668
C) Særligt om afsmitning og afvaskning	671
D) Identifikation vedrørende fri adgang til aktionærskifte	679
E) Modvirkning af misbrug af aktionærindflydelse .	680
F) Særligt om identifikation vedrørende hæftelse for skattefordringen	682
G) Ufrivillig identifikation i øvrigt og sammen- fatning	686
7.4.3. Om nullitetsbetragtninger.	688
7.4.3.1. Generelt	688
7.4.3.2. Registreringskriteriets generelle forrang	690
7.4.3.3. Substitutionsgrundsætningen.	691
7.4.4. Tvangsmæssig afvigelse mellem retssubjektivitet og skattesubjektivitet – SEL § 2 A	700
7.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	704
§ 8 Andre selskaber med begrænset hæftelse	707
8.1. Oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse – Selskabet med begrænset hæftelse (S.m.b.a.)	707

Indholdsfortegnelse

8.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsmodellens trin 1 .	710
8.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	711
8.4. Den skatteretlige behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse – SEL § 1, stk. 1, nr. 2 – evalueringsprocessens trin 3	712
8.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	720
§ 9 Fonde (fonde, stiftelser og legater og andre selvejende institutioner)	723
9.1. Oversigt over den fondsretlige begrebsdannelse	723
9.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1.	726
9.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	726
9.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – fonde og visse foreninger – evalueringsprocessens trin 3	727
9.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	729
§ 10 Foreninger herunder andelsvirksomhed	730
10.1. Oversigt over den foreningsretlige begrebsdannelse	730
10.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsmodellens trin 1	734
10.3. Skatteretlig begrebsdannelse	735
10.3.1. Erhvervskooperativer – SEL § 1, stk. 1, nr. 3, 3a og 4 .	735
10.3.1.1. Generelt	735
10.3.1.2. Andelsforeninger – SEL § 1, stk. 1, nr. 3 (andelsbeskatning)	737
10.3.1.3. Andre foreninger – SEL § 1, stk. 1, nr. 4 (aktieselskabsbeskatning)	739
10.3.2. Andre foreninger, korporationer, stiftelser, legater og selvejende institutioner (fonde) – SEL § 1, stk. 1, nr. 6 (institutionsbeskatning)	739
10.4. Anvendelsen af foreningsbegrebet som juridisk relationsbegreb – evaluering af retstilstanden	742
§ 11 Omkvalifikation af selskaber	747
11.1. Indledning	747
11.2. Oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse vedrørende personselskaber	747
11.2.1. Generelt	747
11.2.2. Interessentskabet	748
11.2.3. Kommanditselskabet	749
11.3. Selskabsretlig omkvalifikation	751
11.4. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1	754
11.5. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	754

11.6. Skatteretlig begrebsanvendelse og omkvalifikation – evalueringsprocessens trin 3	756
11.7. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4.....	766
§ 12 Koncernforhold	767
12.1. Indledning	767
12.2. Koncernbegrebet	768
12.2.1. Generelt	768
12.2.2. Det selskabs- og regnskabsretlige koncernbegreb	769
12.2.3. Anvendelsen af koncernbegrebet som juridisk relationsbegreb – vurdering af retstilstanden	772
12.2.4. Skatterettens koncernbegreb	776
12.2.4.1. Alment	776
12.2.4.2. Koncernbegrebets varianter	778
A) Strengt formaliseret koncernbegreb – kriteriet om ejerskab	778
B) Kriteriet om »bestemmende indflydelse«	780
C) Kriteriet om »kontrol«	785
D) Skatterettens egentlige koncerndefinition – KGL § 4, stk. 2?	788
12.2.4.3. Sammenfatning	790
12.3. Den skatteretlige behandling af koncerner	792
12.3.1. Det civilretlige udgangspunkt – »Trennungstheorie«	792
12.3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsmodellens trin 1	794
12.3.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsmodellens trin 2	796
12.3.4. Neutralitetspostulat og enhedsteori – evalueringsmodellens trin 3	797
12.3.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	799
§ 13 Filialer	803
13.1. Indledning	803
13.2. Filialbegrebet	803
13.2.1. Det civilretlige filialbegreb	803
13.2.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1	805
13.2.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	805
13.2.4. Skatterettens filialbegreb – evalueringsprocessens trin 3.	805
13.3. Filialbeskatning	806
13.3.1. Det civilretlige udgangspunkt	806
13.3.2. Den direkte metode og selvstændighedsfiktionen – evalueringsprocessens trin 3	807

Indholdsfortegnelse

13.3.3. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	809
§ 14 Sammenfatning og samlet vurdering af samspillet mellem skatteret og civilret vedrørende skattesubjektivitetsspørgsmålet ..	810
Kapitel 19 Selskabsstiftelse	817
§ 1 Indledning	817
§ 2 Generelt om selskabsstiftelse – stiftelsesprocedure	817
§ 3 Registreringskriteriet	818
3.1. Selskabsretlig oversigt	818
3.1.1. Generelt	818
3.1.2. Virksomhed inden registrering	818
3.1.3. Stiftelsestidspunkt	820
3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1.	820
3.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	821
3.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3 ..	822
3.4.1. Registreringskriteriets generelle forrang ved urigtig registrering	822
3.4.2. Virksomhed inden registrering	822
3.4.3. Stiftelsestidspunkt – selskabsstiftelse med tilbagevirkende kraft	824
3.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	828
§ 4 Indskud af aktiver – apportindskud	830
4.1. Selskabsretlig oversigt	829
4.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1.	831
4.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	832
4.4. Skatteretlig behandling af forkert værdiansættelse ved apportindskud – evalueringsprocessens trin 3	833
4.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	835
Kapitel 20 Selskabers hjemsted.	838
§ 1 Indledning	838
§ 2 Selskabsretlige hjemstedskrav	838
§ 3 Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1 ...	848
§ 4 Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	849
§ 5 Skatteretligt hjemsted – evalueringsprocessens trin 3	852
5.1. Er registreringskriteriet afgørende for skattepligtiskonstateringen?	852
5.2. Hjemmehørende – ledelsens sæde	865
§ 6 Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	879
Kapitel 21 Finansieringsdispositioner	882
§ 1 Alment om virksomheders finansiering	882

§ 2 Kapitalkrav og solvenskrav herunder underkapitalisering	883
2.1. Indledning	883
2.2. Kapitalkrav og underkapitalisering i selskabsretten	884
2.3. Skatteretlige regler til modvirkning af tynd kapitalisering	886
2.3.1. Generelt	886
2.3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1	889
2.3.3. Konfrontation ad de enkelte samspil	890
2.3.3.1. Aftalefrihed ved valg af kapitalstruktur og finansieringsform	890
A) Kongruenskrav og -behov – evaluerings- processens trin 2	890
B) De skatteretlige retsvirkninger af tynd kapitalisering – evalueringsprocessens trin 3	890
C) Vurdering og afvejning – evaluerings- processens trin 4	891
2.3.3.2. Koncernenhedsbetragtningen	892
A) Kongruenskrav og -behov – evaluerings- processens trin 2	892
B) Den skatteretlige retstilstand – evaluerings- processens trin 3	893
C) Vurdering og afvejning – evalueringsprocessens trin 4	893
2.3.3.3. Direkte og indirekte sikkerhedsstillelse	894
A) Kongruenskrav og -behov – evaluerings- processens trin 2	894
B) Den skatteretlige retsstilling – evaluerings- processens trin 3	895
C) Vurdering og afvejning – evalueringsprocessens trin 4	899
2.3.3.4. Koordinationsproblemer – modvirkning af anden lovgivning – solvensforhold i den finansielle sektor	901
2.3.3.5. Afsmitning på civilretten	902
§ 3 Egenkapital og fremmedkapital (ejendomsret ctr. fordringsret)	903
3.1. Almindelig begrebsdannelse – regnskabsret og civilret	903
3.1.1. Generelt	903
3.1.2. Hvor har sondringen relevans?	906
3.2. Egenkapital og fremmedkapital i skatteretten	908
3.2.1. Generelt	908
3.2.2. Hvor har sondringen skatteretlig relevans?	909
3.2.3. Behov for generelle skatteretlige begreber?	915

Indholdsfortegnelse

3.3. Enkelte egenkapitalposter og -dispositioner – Indskud i	
skatteretlig belysning	917
3.3.1. Indledning	917
3.3.2. Deltagelse i kapitalselskaber – aktionærbegrebet	917
3.3.2.1. Indledning	917
3.3.2.2. Det civilretlige aktionærbegreb	918
A) Generelt	918
B) Opsplitning af aktionærbeføjelser	922
C) Om registrering af aktionærforhold herunder	
aktiebogens betydning	925
D) Eksempler på opsplitning af aktionærbeføjelser –	
nominees og depositary receipts	926
3.3.2.3. Aktionærbegrebet ved ejerskifte	930
3.3.2.4. Aktionærbegrebets skatteretlige relevans	931
3.3.2.5. Opståelsesmuligheder og censur – evaluerings-	
processens trin 1	932
3.3.2.6. Kongruenskrav og -behov – evaluerings-	
processens trin 2	932
3.3.2.7. Skatteretlig begrebsanvendelse – evaluerings-	
processens trin 3	933
A) Ophør og indtræden af aktionærforholdet	933
B) Aktionærforholdet som forudsætning for	
udbytteudlodninger	948
C) Aktionærbegrebet og omstrukturering	957
D) Øvrige situationer	959
3.3.2.8. Sammenfatning og vurdering –	
evalueringsprocessens trin 3-4	960
3.3.3. Overkurs ved stiftelse og emission	961
3.3.3.1. Selskabsretlig begrebsdannelse	961
3.3.3.2. Opståelsesmuligheder og censur –	
evalueringsprocessens trin 1	962
3.3.3.3. Kongruenskrav og -behov – evaluerings-	
processens trin 2	962
3.3.3.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – evaluerings-	
processens trin 3	964
3.3.3.5. Afvejning af hensyn og vurdering – evaluerings-	
processens trin 3-4	972
3.4. Afgrænsning af egenkapital overfor fremmedkapital?	974
3.4.1. Indledning	974
3.4.2. Personsselskabsdeltagelse	976
3.4.2.1. Den civilretlige afgrænsning af deltagelse i	
personsselskaber	976

A) Alment	976
B) Momenter ved grænsedragningen mellem långivning og selskabsdeltagelse	980
i) Formodning for lån	980
ii) Udgangspunkt i bidragsaftalen	981
iii) Deltagelse i overskud	981
iv) Deltagelse i tab	981
v) Medejendomsret	982
vi) Kontrolret og medindflydelse	983
vii) Den kontraktsmæssige etikette og parternes hensigt, herunder behandling på selvangivelse og i regnskab	983
viii) Markering overfor omverdenen	984
ix) Varighed	984
x) Fri omsættelighed	984
C) Sammenfatning	984
3.4.2.2. Opståelsesmuligheder og samspil – evaluerings- processens trin 1	985
3.4.2.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2	985
3.4.2.4. Den skatteretlige afgrænsning af deltagelse i personselskaber – evalueringsprocessens trin 3	985
3.4.2.5. Sammenfatning og vurdering – evaluerings- processens trin 3-4	995
§ 4 Den skatteretlige afgrænsning af tilskud og lån	997
4.1. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1	997
4.2. Kongruenskrav og eller -behov – evalueringsprocessens trin 2	998
4.3. Afgrænsning mellem lån og tilskud i skatteretlig praksis – evalueringsprocessens trin 3	999
4.4. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4	1004
§ 5 Perspektivering: Hybrid finansiering	1005
5.1. Generelt	1005
5.2. Samspil mellem skatteret og civilret	1007
5.3. Om den internationale afgrænsning af instrumenter og afkast	1008
5.4. Afgrænsning af hybride finansieringsinstrumenter og afkastet heraf i dansk ret – et udgangspunkt for den fremtidige retsudvikling	1016
5.5. Uddybende om konkrete hybride finansieringsinstrumenter	1024
5.5.1. Konvertible obligationer	1024
5.5.1.1. Indledning og begreb	1024
5.5.1.2. Oversigt over den civilretlige begrebsdannelse	1025
5.5.1.3. Den skatteretlige begrebsanvendelse	1026

Indholdsfortegnelse

5.5.1.4. Anvendelse af begrebet »konvertibel obligation« som juridisk relationsbegreb – evaluering af retstilstanden	1030
5.5.2. Udbyttegivende gældsbreve	1036
5.5.3. Anden lovreguleret hybrid kapital – perpetual loans...	1039
5.5.4. Andre ikke-lovregulerede hybride finansieringsformer ...	1043
 DEL V – Syntese	
§ 1 Alment	1049
§ 2 Om emne og målsætning	1049
§ 3 Udviklingslinier	1054
§ 4 Teoretiske resultater	1057
§ 5 Komparative observationer	1064
§ 6 Resultater opnået ved konfrontation	1067
§ 7 Særligt om afhandlingens værdi de lege lata	1079
§ 8 Særligt om afhandlingens værdi ved fremtidigt lovforberedende arbejde	1082
§ 9 Særligt om den kritiske selvrefleksion	1083
§ 10 Prøvede resultater – samlet vurdering, afslutning	1085
 Summary in english: Tax law & Private law – A contribution on interdisciplinary interaction between tax law and private law. . .	
Anvendte forkortelser	1103
Litteraturfortegnelse	1105
Domsregister	1135
Stikordsregister	1140

Del I – Emne og metode

Kapitel 1

Afhandlingens emne og målsætning

§ 1 Emnet og dets relevans

Emnet for foreliggende fremstilling er en analyse af de retlige relationer og samspil mellem skatteret og civilret. Der eksisterer i dansk og udenlandsk ret et stort antal af sådanne relationer og samspil, og stort set alle skatteretlige sagsområder, påvirkes i en eller anden målestok af civilretten hvad enten direkte eller indirekte.

Studier over skatte- og civilrettens retlige relationer og samspil gribes ofte an ud fra sort-hvide betragtningsmåder om autonomi, styring og/eller dominans. Ideologien bag førstnævnte synes at være, at skatteretten er og bør være sig selv nærmest. Ideologien bag sidstnævnte synes i stedet at være, at civilretten udgør en mere fornem juridisk disciplin, som grundet sin længere udviklingsperiode bør tillægges forrang for skatteretten. Dertil kommer løsningsmodeller i en mellemgruppe mellem de præsenterede yderpunkter.

Spørgsmålet er, om sådanne anskuelsesmåder fortsat er tidssvarende. Tiden synes i stedet moden til en alternativ ideologi, hvorefter såvel skatteretten som civilretten udgør delelementer af en helhed og skal ses i sammenhæng med det retlige systems øvrige bestanddele. Ud fra dette udgangspunkt bør der som et mindstemål sikres konsistens i begrebsanvendelsen og være kongruens og koordination mellem de enkelte retlige discipliner i bred forstand. Man kan i den forbindelse tale om rettens enhed. Ideelt set burde al retlig regulering kunne pådømmes efter fælles grundlæggende og universelle principper¹.

1. Nok modsat *Jan Hellner* i Festskrift til Alf Ross, 1969, s. 211 f, for så vidt angår forholdet mellem skatteret og civilret, idet forfatteren betoner afvigelsen i almene principper disciplinerne imellem som en hovedårsag til specialisters forskellige interessefokuser. Se ligeledes *Svend Gram Jensen: Skattemyndighedernes kompetence*, 1997, s. 11 og samme i *Ånd & Retten*, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, 1997, s. 493 ff.

Del I – Emne og metode

I forbindelse med emnevalget til foreliggende afhandling har følgende parametre spillet en afgørende rolle:

- at der skal være tale om et centralt skatteretligt emne,
- at emnet skal have stor teoretisk og praktisk relevans,
- at emnet ikke er endeligt afdækket i dansk ret,
- at emnet ikke er tidstypisk, og
- at emnet skal medvirke til at forankre skatteretten videnskabeligt.

Der er næppe tvivl om, at emnet udgør en *central problemstilling* i dansk skatteret². *Teoretisk* har emnet stor relevans, idet det omhandler skatterettens placering i retssystemet, og samtidig i vidt omfang vedrører spørgsmålet om skatteydernes retssikkerhed. Hertil kommer, at emnet ikke i dansk ret endnu har været behandlet tilstrækkeligt indgående, som tilfældet er det i flere andre lande³. I Danmark og i flere andre lande hænger beskatning uløseligt sammen med den civilretlige faktumbestemmelse, ligesom civilretlige begreber ofte udgør det skatteretlige retsfaktum. Forholdet er netop det, at man beskatter den økonomiske virksomhed, og at denne økonomiske virksomhed oftest bliver kvalificeret af den civilretlige terminologi. Selvom man således rent teoretisk kunne forstille sig et skattesystem, der ikke gjorde brug af civilretlige termer mv., ville man alligevel i et vist omfang hænge på civilretlige kvalifikationer, idet man tvinges til at tage udgangspunkt i de civilretligt kvalificerede transaktioner⁴. Hertil kommer, at en sådant system tillige ville blive unødigt kompliceret og upraktisk.

Ligeledes har det spillet en rolle, at emnet skulle have praktisk relevans, selvom det dog ikke direkte har været tilsigtet at opnå praktisk anvendelighed. Emnet har *praktisk relevans* for alle retsanvendere, herunder såvel myndigheder, domstole, skatteydere som rådgivere. Der skal således tages stilling til samspillene mellem skatteret og civilret, uanset hvilken retsanvender der er tale om, idet samtlige parter nødvendigvis må kende retstilstanden på givne områder. For den skattepraktiserende rådgiver er der særligt behov for tværdisciplinær indsigt,

2. Se karakteristikken af emnet hos *Hagen Kobor*: Die Auslegung im Erbschaftsteuergesetz – Die Erbschaftsteuer zwischen Zivilrecht und Ertragsteuerrecht, 2000, s. 19, som et af de mest sensible i skatteretsvideskaben.

3. Opblusningen i den teoretisk debat de seneste år vidner herom.

4. Jf. *Sture Bergström*: Skatter och civilrätt, 1979, s. 13.

idet dette forekommer som en forudsætning for at leve op til en målsætning om bedst mulig og helhedsorienteret rådgivning. Der stilles således krav om en faglig integration i moderne virksomhedsrådgivning⁵. På skatteretsområdet indebærer denne integration, at skatterådgivning skal integreres og afstemmes med revisions- og regnskabsrådgivning, økonomi- og almindelig forretningsrådgivning, civilrets- herunder selskabsretsrådgivning samt moms- told- og afgiftsrådgivning. Kendskab til specifikke problemers behandling på flere fagområder kan medføre en forbedret løsning af samme problemer. Manglende kendskab på tværs af disciplinerne og herunder forudsat ensartethed kan endda medføre mangelfuld og/eller erstatningsansvarspådragende rådgivning⁶.

Hertil kommer, at en gennemgang af skatteretspraksis viser, at skatteretten kan afvige fra et civilretligt udgangspunkt, hvilket praktikerer ganske enkelt må være bekendt med. Siden 1919 er der i dansk skatteret hyppigt foretaget fravigelser fra et civilretligt udgangspunkt⁷. Ligeledes er det væsentligt at have et kendskab til det nærmere indhold af skattelovgivningens brug af civilretlige termer. Samtidig er det væsentligt for lovgiver at være opmærksom på eventuelle problemer, der kan opstå i kølvandet på indførelsen af ny lovgivning, hvor der ikke tages behørigt hensyn til civilretten (og andre retlige discipliner).

-
5. Dog ses erhvervsudviklingen at bevæge sig diametralt modsatrettet, idet der sker en stigende grad af specialisering. Den komplette rådgivningsydelse bør derfor leveres af mere end én person.
 6. Se *Jesper Berning: Finansieringsret*, 1977, s. 21, *Erik Werlauff i TfS* 2001, 608 og *Ulrik Gorm Møller: Skatterådgivning – metode og teknik*, 1996, s. 134 f. Denne omstændighed lader også til at udgøre et af rationalerne bag de såkaldte »Multidisciplinary Partnerships« (MDP's). Den stigende internationalisering og kompleksitet i erhvervslivet medfører formentlig, at sådanne rådgivningssupermarkeder bliver den fremtidige løsning. *Søren Jensen* anfører dog i *Advokaten* 2003, s. 33, at denne måde at se tingene på har ændret sig dramatisk, og at de seneste erhvervsskandaler har ført til en forøget fokus på kontrolaspekter og på den uafhængighed, integritet og objektivitet, der opnås ved anvendelsen af ekstern juridisk bistand. Forfatteren anfører på denne baggrund, at de øjeblikkelige vinde ikke fører mod MDP'er eller mod konsultantsupermarkeder.
 7. I UfR 1919, 601 H A/S *Dansk Gardin – og Textil Fabrik* blev det således for første gang fastslået, at en given civilretlig aftale kunne tilsidesættes. Sagen vedrørte et aktieselskab, hvis direktør var ejer af så godt som hele aktiekapitalen. Selskabet udbetalte 75% af årets overskud i tantieme til direktøren, efter de foreskrevne afskrivninger havde fundet sted, og efter der var udbetalt 5% til aktionærerne. Højesteret antog, at formålet med denne ordning havde været at undgå beskatning af beløbet som aktieudbytte, og at den derfor måtte tilsidesættes. Selskabets indkomst måtte således ansættes på grundlag af et skøn over, hvad der måtte anses som en passende tantieme.

Hertil kommer, at *afklaringen* af den almindelige retlige relation mellem disse forskelligartede discipliner befinder sig på et embryonisk stadium i dansk ret⁸. Ligeledes må det hævdes, at emnet ikke er *tidstypisk* og dermed afhængigt af enkeltstående lovgivningstiltag eller fremkomsten af skelsættende retspraksis⁹. Forholdet mellem skatteret og civilret på det principielle plan er bestandigt i sin natur, og undgår disse nævnte forringelser. Det er derfor min vurdering, at en afhandling om forholdet mellem skatteret og civilret kan få blivende betydning.

Forholdet mellem skatteret og civilret som emnevalg kan ydermere medvirke til at opfylde en målsætning om, at skatteretten skal *styres og forankres videnskabeligt*, så ikke resultatet bliver et uhensigtsmæssigt løsrevet system baseret på egne principper uden fælles fodslag med det øvrige juridiske system¹⁰. Nogle forfattere er fortalere for, at et sådant system teoretisk set er optimalt, men erkender samtidig at det praktisk er umuligt at gennemføre eller opnå. Andre har en anden og mere tilbageholdende opfattelse.

Emnets relevans ses yderligere at være blevet aktualiseret efter fremskomsten af Skatteministeriets handlingsplan for forenklinger¹¹. Heraf fremgår det som en målsætning, at der i fremtiden skal tilsigtes en ensartet begrebsanvendelse i selskabsretten, regnskabsretten og selskabsskatteretten¹². Det fremgår således, at anvendelsen af begreber og principper, der har gyldighed på et lovområde, på et andet lovområde kræver, at begreberne korrigeres og tilpasses dettes andet lovområde. Sådanne ændringer findes administrativt besværlige både for virksomheder og myndigheder, og vil for virksomhederne udløse omkostninger til rådgivningsbistand når det drejer sig om tilpasning til skattemæssige forhold. Det overordnede formål er herved at skabe en større grad af gennemskuelighed. Det anføres, at forskellighederne grunder i, at de

-
8. Når der ikke herved henses til de særtilfælde, hvor skatteretsmisbrug (skatteudnyttelse) er på tale.
 9. Med andre ord søges indholdet af følgende citat af den tyske dommer *J. H. von Kirschmann* imødegået: »... Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur ...«, refereret hos *Jan Hellner* i Kvalitetskriterier i rettsvitenskapen i Juridisk forskning – indlæg om den juridiske forskers arbejde og metoder, Handelshøjskolen i Århus 1998, s. 8 ff (10).
 10. At dette ellers kan blive resultatet illustreres gennem afhandlingens nedenstående analyser, jf. Del IV. Se om skatterettens såkaldte manglende styring *David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen*: Kommanditselskabet – societas obsoleta, 1999, s. 78 ff.
 11. Skatteministeriet, August 2002.
 12. Op.cit., s. 10.

enkelte regelsæt skal varetage forskellige formål. På denne baggrund fremhæves opgaven som en undersøgelse af, om der er muligheder for at opnå forenklinger ved, at formelt identiske begreber også materielt gøres identiske. Ved denne vurdering skal det efter handlingsplanen indgå, hvilke økonomiske og skattemæssige forskydninger en større grad af ensartethed vil indebære. Idet undersøgelsen er fundet meget omfangsrig og samtidig berører centrale juridiske principper for lovkonciper og lovfortolkning, er det derfor fundet mest hensigtsmæssigt at henlægge undersøgelsen til Skatteretsrådet, der forventedes at være færdig hermed i anden halvdel af 2003. Det var tanken, at eventuelle lovforslag herefter kunne fremsættes. Bortset fra lov nr. 458 af 9.6. 2004 ses der ikke at være fremkommet sådanne initiativer, hvorfor målsætningen ikke synes at være nået.

Endelig skal det bemærkes, at emnet er ikke esoterisk, men derimod har såvel praktisk som teoretisk relevans for en bredere kreds¹³. Samspillet mellem skatteret og civilret som emne for videnskabelige studier opfylder således de nævnte kriterier til fulde.

§ 2 Målsætning

Det er den overordnede målsætning med afhandlingen at afdække principielle overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Hertil kommer en målsætning om at tilvejebringe en samlet ansskuelsesmåde på baggrund af principielle overvejelser om skatte- og civilrettens relationer og samspil. Dette søges opnået ved introduktion af en generel systematik til brug for analysen af de retlige samspil mellem skatteret og civilret, hvad enten der er tale om retsanvendelse eller lovgivningsarbejde, retsdogmatik eller retspolitik. Endelig udgør det en central målsætning, at gældende ret vedrørende en række væsentlige og komplekse samspil mellem skatteret og civilret skal afdækkes. Afhandlingen favner således alle disse vinkler.

13. Se hertil også *Jan Pedersen* i SR-Skat, 1992, s. 101, hvor forfatteren konstaterer, at der netop er tale om en overmåde betydningsfuld problemstilling, som i sin kerne omfatter den nærmere karakter af den skatteretlige *retsanvendelse*. Da ethvert skatteretligt problem i sidste instans må afgøres ud fra en anvendelse af de gældende retskilder finder forfatteren, at emnet må interessere enhver professionel bruger af skattesystemet. Det bemærkes at foreliggende afhandling ikke begrænser sig til en analyse af retsanvendelsesspørgsmål.

Som led i opfyldelse af målsætningen om at tilvejebringe en generel anskuelsesmåde ligger tillige, at der skal foretages en detaljeret og systematisk undersøgelse af eksisterende teorier i ind- og udland om forholdet mellem skatteret og civilret. Alene på en sådan baggrund er det muligt at opstille en nuanceret og udbygget anskuelsesform i forhold til hidtidige studier.

På baggrund heraf anlægges i afhandlingen et *koordinationsperspektiv* på analysen af de interdisciplinære relationer. Herved tilvejebringes en samlet anskuelsesmåde til vurdering og analyse af disse relationer og samspil. Koordinationsperspektivet har betydning såvel i retsdogmatisk som i retspolitisk henseende. I retsdogmatisk henseende dækker koordinationstankegangen over det forhold, at det i afhandlingen undersøges efter hvilke principper samspillet mellem skatteret og civilret skal gribes an de lege lata. Herom bliver det fastslået, at problemstillingen ikke adskiller sig fra øvrig retsanvendelse, og følgelig skal løses i overensstemmelse med almindelige principper i den juridiske metodelære. Koordinationsperspektivet indebærer således i denne henseende, at der fokuseres på hvorledes der i gældende ret *er skabt* fornøden koordination mellem skatte- og civilretten i det foreliggende retskildemateriale.

Retspolitiske overvejelser står tillige centralt i koordinationstankegangen. Således indgår det tillige som et betydeligt element heri at overveje, hvorledes samspillet mellem skatteret og civilret bør gribes an såvel ved retsanvendelsen som i lovgivningsprocessen. Med andre ord identificeres saglige argumenter for *hvornår* og under *hvilke* betingelser koordination *bør* efterstræbes.

Med andre ord indebærer koordinationstankegangen, at der fokuseres på *hvornår* der *er skabt*, *hvornår* der *ikke er skabt* og *hvornår* der *bør skabes* koordination i samspillet mellem skatteret og civilret. Det er vigtigt allerede på dette sted at påpege, at der ikke med koordinationstankegangen tilsigtes et opgør med den traditionelle anskuelse af civilrettens styrende funktion for skatteretten. Derimod tiltrædes i afhandlingen det centrale budskab i denne teori. Afhandlingens grundbetragtninger udgør i stedet en nuanceret og videregående anskuelse af en række samspil mellem skatteret og civilret, som rækker ud over den situation som sædvanligvis beskrives under betragtningen om civilrettens styrende funktion for skatteretten. Ligeledes det skal fremhæves, at der ikke argumenteres for, at skatteretten generelt er autonom i forhold til civilretten. I afhandlingen fremføres det grundsynspunkt, at der ikke kan opstilles generelle udsagn om hvorvidt skatteretten skal indordnes i overens-

stemmelse med civilretten eller ej. I stedet argumenteres for, at der i alle henseender skal foretages en *konkret vurdering* af dette spørgsmål.

Ved den valgte anskuelelsesmåde adskiller afhandlingen sig fra den hidtidige retsdogmatiske fokusering i dansk teori på retsanvendelsesprocessen. Hertil kommer, at der i afhandlingen opstilles en objektiveret model til anvendelse ved analysen af samspil mellem skatteret og civilret.

Som et biprodukt ved konfrontationen mellem grundbetragtningerne og konkrete samspil frembringes et katalog over typisk anvendte begrundelser for at skatteretten og civilretten i konkrete situationer ikke er koordineret. Dette katalog skal ikke opfattes som værende udtømmende. Snarere er der tale om et indledende katalog, der kan udbygges og ændres over tiden. Kataloget vil derfor primært have sin berettigelse deri, at det giver et udgangspunkt for videre analyser, men samtidig at det tillige indeholder de mest udbredte og typiske forekommende fravigelsesbegrundelser. Den i afhandlingen præsenterede evalueringsmodel skal i øvrigt ej heller anses som et generelt forsøg på at udarbejde en endelig og udtømmende model. Derimod er målsætningen, at der udelukkende skal være tale om en vejledende ikke-udtømmende bedømmelsesmetode, der med fordel kan anvendes generelt til at analysere konkrete udslag af forholdet mellem skatteret og civilret på en systematiseret og systematiserende måde.

Det tilsigtes med afhandlingens studier at bidrage til videreudviklingen af skatterettens almindelige del, idet opgaven grundlæggende er grebet an ud fra den betragtning, at retsvidenskaben ikke kan tillade sig at undlade forsøgsvis besvarelse og systematisering af grundproblemer. Afhandlingens målsætning kan tillige antages at udgøre en generel målsætning for retsvidenskaben. Begrundelsen for dette er, at emnet er retssystematisk og kan have betydning for den almindelige forståelse af skatterettens placering i retssystemet, men også ved retsanvendelsen og lovgivningsarbejdet¹⁴.

Indledningsvis bør der foretages en *reservation*. Afhandlingens tværdisciplinære karakter og den valgte struktur indebærer, at der ikke med afhandlingen er tiltænkt en udtømmende monografisk analyse af de undervejs behandlede retlige problemstillinger. Således kan læseren ikke nødvendigvis forvente at finde en udtømmende behandling af de

14. Se eksempelvis om retsvidenskabens rolle *Jan Hellner* i Festskrift til Alf Ross, 1969, s. 205 ff og *W.E. von Eyben* i J 1999, s. 324.

berørte civilretlige og skatteretlige problemstillinger¹⁵. Derimod er det selvsagt nødvendigt på så dækkende vis som muligt at fremstille retstilstanden til brug for de videre analyser. Således er der ofret betydeligt flere kræfter på at fremstille gældende ret, hvor der hersker usikkerhed herom, end hvor dette ikke er tilfældet. Det giver ikke mening at foretage retspolitiske- og systematiske analyser over en ukendt analysegenstand¹⁶. Derfor forsøges det så vidt muligt at fastslå gældende ret såvel på skatterettens som på civilrettens område. Dette udgør endda en central del af afhandlingens analyser. Yderligere skal der foretages den reservation, at afhandlingen ikke indeholder en analyse af samtlige mulige og forekommende samspil mellem skatteret og civilret.

Efter denne indledende præsentation fremgår nedenfor afhandlingens målsætning mv., hvilket efterfølges af visse overvejelser vedrørende tværdisciplinær forskning og afhandlingens placering indenfor det traditionelt disciplinopdelte system. Herefter følger en nærmere afgrænsning af afhandlingens genstand samt nødvendige metodeovervejelser.

Afhandlingens overordnede målsætninger suppleres af et postulat om, at *det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at anlægge de grundbetragtninger der kommer til udtryk i afhandlingen ved den nærmere analyse af samspillet mellem skatteret og civilret*. Dette gælder såvel det principielle syn på forholdet mellem skatteret og civilret som den præsenterede evalueringsmodel, der udgør en generel objektiviseret analysemodel til anvendelse ved vurderingen af konkrete samspil. Med henblik på at vurdere dette udsagn konfronteres koordinationstankegangen med et større antal konkrete samspil mellem skatteret og civilret. Dette overordnede postulat understøttes og suppleres af en række konkrete udsagn. Således gøres det gældende:

- At der kan hentes betydelig inspiration til dansk ret i den udvikling i teori og praksis vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret, der har fundet sted i fremmed ret, herunder særligt i tysk, svensk og schweizisk ret.
- At det ikke er muligt at udlede en samlet opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret af retspraksis eller offentlige udredninger

15. Det er vist nok almindeligt anerkendt, at der må stilles andre krav til vertikal fordybelse i tværgående afhandlinger.

16. Sml. erklæringen hos *Børge Dahl*: Produktansvar, 1973, s. 11.

mv. og herunder, at det ikke er muligt med sikkerhed at sige om der i de senere år er sket en forøget emancipation eller koordination mellem disciplinerne.

- At det er muligt at identificere en række forskelligartede samspil mellem skatteret og civilret, og at der intet er til hinder for at behandle disse samspil efter det samme overordnede tankemønster.
- At forholdet mellem skatteret og civilret navnlig sættes under pres i tilfælde af skatteretsmisbrug.
- At der består et behov for analyser af samspillet mellem skatteret og civilret, som ikke er baseret på sort-hvide betragtninger om autonomi eller forrang.
- At skatte- og civilretten er ligeværdige og sideordende juridiske discipliner, hvor der ikke gælder grundregler om forrang for den ene disciplin frem for den anden.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at analysere samspillet mellem skatteret og civilret med udgangspunkt i koordinationstankegangen.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at gennemføre samtidige analyser af såvel retsanvendelsesspørgsmål som lovgivningsspørgsmål vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at gennemføre samtidige analyser af såvel retsdogmatisk som retspolitisk karakter vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at analysere samspil mellem skatteret og civilret efter en standardiseret bedømmelsesmetode (en evalueringsmodel).
- At samspillet mellem skatteret og civilret ved retsanvendelsen skal bedømmes efter almindelige fortolkningsprincipper¹⁷.
- At der gælder en almindelig formodningsregel, hvorefter civilretligt og regnskabsretligt retskildemateriale tillægges afgørende betydning i mangel af selvstændigt skatteretligt retskildemateriale.
- At analysen af konkrete samspil mellem skatteret og civilret kræver, at der foretages konkrete vurderinger.

17. Der er i denne henseende ikke fundet relevant at anskue samspillet mellem skatteret og civilret som et spørgsmål om regelkonflikt. Samspillene mellem skatteret og civilret indeholder således ikke den forudsatte konflikt i den forstand, at flere retsregler normerer samme retsforhold, og at der herved skal foretages et valg mellem disse retsregler i medfør af almindelige derogationsprincipper.

Del I – Emne og metode

- At der kræves konkrete holdepunkter for at opfatte skatte- og civilretten kongruent.
- At udgangspunktet i mangel af sådanne holdepunkter må være en autonom retstilstand.

Validiteten af disse udsagn efterprøves gennem afhandlingens resterende afsnit, hvorefter afhandlingens syntese indeholder den endelige stillingtagen hertil.

Kapitel 2

Afhandlingens tværdisciplinære forankring

§ 1 Generelt om tværdisciplinær forskning, herunder på retsvidenskabens område¹

Afhandlingen bevæger sig inden for flere faglige discipliner. De følgende betragtninger tjener derfor til at fastlægge afhandlingens udgangspunkt.

Den postindustrielle ydelsesvirksomhed i Europa og Nordamerika er i den sidste tredjedel af det 20. århundrede kendetegnet ved en høj og hidtil uset kompleksitet. Dette skyldes til dels de teknologiske, sociologiske, økonomiske og juridiske forhold, hvoraf det følger, at mange problemer i moderne virksomhedsforhold ikke lader sig løse uden hensyntagen de enkelte fagområder. Dette fordrer tillige, at forskeren ved løsningen af visse ikke praktisk trivielle problemer, må anskue samspillet mellem forskellige fagområder. I praksis er dette problem særdeles bekendt for juristen, hvad enten denne fungerer som dommer, praktiserende advokat, virksomhedsjurist eller rådgiver i øvrigt. Tilsvarende problemstillinger opstår i forbindelse med lovgivningsarbejdet, hvilket stedse burde indebære et samarbejde fagspecialister imellem². Samarbejde på tværs af faggrænser er ikke et nyt fænomen og løsningen af praktiske problemer ligger ofte i tværdisciplinære samarbejder. Med *Thomas Koller*, kan dette formuleres således: »... *Das Fazit liegt auf der Hand: Die Anwendung wissenschaftlicher Erkenntnis zur Lösung praktischer Probleme ist ... [...] ... wesensgemäss fast immer »interdisziplinär« ...*»³.

1. Jf. i det hele *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete*, 1993, s. 4 ff.
2. Jf. herom bidragene i *Dieter Grimm (red.): Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, 1976 og *Thomas Koller*: loc.cit.
3. Jf. *Steuerrecht und Privatrecht*, 1993, s. 5. Forfatteren henviser for en tilsvarende konklusion til *Jürg Niehans*: *Betrachtungen eines alterden Universitätsbürgers, Abschiedsvorlesung an der Universität Bern*, uddragsvis gengivet i *Der Bund*, nr. 152 af 2.7. 1988, s. 2.

Interdisciplinaritet på det teoretiske område er for tiden i Europa et »moderne« fænomen med inspiration fra USA⁴. Men dette har ingenlunde altid været tilfældet. Den berømte sociolog Max Weber har fremsat den tese, at streng specialisering er en nødvendighed for at udrette positive fuldkomne resultater for forskning i almindelighed⁵. Den i alle videnskaber konstaterede stigning i specialisering og forfinelse giver tilsyneladende Max Weber ret i sine antagelser, selvom specialiseringen i stigende omfang bliver kritiseret⁶. For interdisciplinaritet kan der imidlertid fremhæves én simpel grund; ikke alle nye videnskabelige problemer lader sig indpasse i de traditionelle og hævdvundne videnskabssystemer, og de nyopståede problemer kan derfor sprænge rammerne for de bestående teoretiske discipliner. Løsninger kan i denne forbindelse opnås ved at overskride (eller usynliggøre) faggrænser mellem de bestående fag og nyt videnskabeligt land betrædes⁷. Disse betragtninger fører Thomas Koller til en bred forståelse af »interdisciplinaritet«⁸. Således lægges begrebet til grund i følgende mening: »... *Interdisziplinarität im weiteren Sinne lässt sich als dynamischer Prozess verstehen, der zur Weiterentwicklung des Gegüges wissenschaftlicher Fächer und Disziplinen beiträgt ...*«. Da denne struktur ikke er en given størrelse og kan være historisk betinget må det antages, at interdisciplinaritet kan være en vigtig og nødvendig motor for videnskabsudvikling. Det må antages, at der består et tilsvarende behov for interdisciplinær forskning indenfor retsvidenskaben, og at dette behov er ligeså nødvendigt som på alle andre områder.

Det er givet at afhandlingens emne udgør et tværdisciplinært arbejde. Dette gælder endog, selvom begge de studerede områder tilhører retsvidenskaben. Det må dog betones, at der er tale om et studie med overvejende skatteretligt sigte. Det er nævnt, at kendskab til specifikke problemers behandling på flere fagområder kan medføre en forbedret løsning af samme problemer.

Det må sammenfattende kunne konstateres, at der i praksis er stor

4. Jf. Thomas Koller: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 5.

5. Jf. Max Weber: *Wirtschaft als Beruf* i *Gesamelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1982, s. 588 ff.

6. Thomas Koller: *op.cit.*

7. Thomas Koller anfører *op.cit.* herom, at »... *Zutreffen dürfte dabei die These, wonach die eigentliche, eng aufgefasste interdisziplinäre Forschung im Einzelfall von relativ kurzer Dauer zu sein pflegt, weil sie – wenn sie fruchtbar ist – sich als neue wissenschaftliche Disziplin etablieren wird ...*«.

8. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 6 f.

fagintegration (med begrænsninger påført fra lovgivningsmagtens side), mens der i teorien ikke er gjort de store anstrengelser herom endnu. Ofte opfattes forholdet således, at skatteretlige følger af en given civilretlig disposition er uønskede og så vidt muligt søges undgået. Ligeledes opfattes skatteretten som et ganske andet fag end civilretten, der er en ældre og for nogen mere »fornem« juridisk disciplin. Derfor er der aldrig foretaget et forsøg på at stille spørgsmålstegn ved faggrænserne eller at se bort fra disse grænser.

§ 2 Dikotomien offentlig ret – privatret

Sondringen mellem offentlig ret og privatret har historiske rødder i kontinentaleuropæisk jura. Siden romerretten har denne sontring eksisteret, men er med tiden kommet under pres, idet der blandt andet er etableret nye juridiske discipliner, der bygger på elementer hentet fra begge områder. Ligeledes er der i offentligretten sket en udvikling på visse områder, der indebærer en forøget fokusering på det enkelte retsforhold, hvilket indebærer en tilnærmning til formuerettens emner⁹. *Bernhard Gomard* anfører, at det i tidligere tider var en dominerende tanke, at systematiseringen af regelmassen bør bygge på principper af fundamental karakter¹⁰. Sondringen har været kritiseret meget gennem tiderne, men består dog stadig som en hovedsontring. Det er ikke intentionen på dette sted, at foretage en analyse af hensigtsmæssigheden i denne inddeling. I dansk ret har sondringen dog i de senere år vakt fornyet interesse¹¹. Det er anført, at »... *Forholdet er således det, at samtidig med at sondringen er en levende tradition, som er strukturerende for forståelsen af mange retlige spørgsmål, er det også en sontring der tages*

9. Jf. herved *Bernhard Gomard*: Introduktion til obligationsretten, 1979, s. 7 ff, hvor det side 9 anføres: »... Den del af den offentlige regulering, som består i produktkontrol af forskellig art og i begrænsning af retten til udnyttelse af fast ejendom, er i langt højere grad end den økonomiske politik retlige virkemidler tillige rettet mod enkelte retsforhold »mikro-orienteret«, om man vil, og dermed så meget nærmere formuerettens emner, at en vis koordinering kan gennemføres, såfremt den findes ønskelig ...«. Senere samme side anføres, at tendensen i retning af øget koordination de senere år har været mærkbar, og at skellet mellem privatretlige og offentligretlige regler derfor er blevet mindre skarpt.

10. Jf. *Obligationsretten*, 1. del, 1998, s. 4.

11. Således udkom i 1996 antologien: *To reguleringstraditioner – Om sondringen mellem offentlig ret og privatret*, med *Ellen Margrethe Basse* og *Henrik Zahle* som redaktører. Netop redaktørerne redegør i antologiens første afsnit, s. 9 ff for sondringen.

afstand fra eller i hvert fald tages forbehold overfor. Der er således en mærkelig uhåndgribelighed knyttet til denne begrebsdannelse ...»¹². Videre er anført, at denne uhåndgribelighed dukker op allerede når privatret eller offentlig ret søges defineret¹³.

Begreberne kendes som nævnt primært fra den kontinentale ret og andvendtes oprindeligt ikke i angelsaksisk ret, men EF-domstolen har blandt andet gennem sin retsskabende funktion til en vis grad udlignes forskellene i Europæisk ret¹⁴. Udviklingen af særdiscipliner illustrerer det forhold, at sondringen mellem privatret og offentlig ret er under pres samtidig med, at særdisciplinerne illustrerer interdisciplinaritet ganske godt. Kendetegnende er, at disse discipliner benytter elementer af begge discipliner (bankret, miljøret, forsikringsret osv.).

Denne afhandling søger i et vist omfang at samordne discipliner fra

12. Loc.cit.

13. Der er traditionelt opereret med de såkaldte *subjektteorier* og *interesseteorier* til at foretage afgrænsninger af sondringen. Se herom *Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed – En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, 1953, s. 270 ff. Hovedindholdet heri er følgende: *Subjektteoriene* fokuserer på, hvem der er subjekt for det pågældende retsforhold – myndigheder indgår (sammen med private) som subjekter i den offentlige ret, mens private individer er subjekterne i den private ret. *Interesseteorierne* fokuserer på de interesser eller formål, som de pågældende retsforhold eller reguleringer tager sigte på. Det er herved karakteristisk for den private regulering, at den tager sigte på den enkeltes interesse, gerne på virkeliggørelsen af en individuel vilje – adskilt fra andres, ofte modgående interesser. Heroverfor står den offentlige ret, der er karakteriseret ved et højt mål at almen interesse. Aftalen er herefter en privatretlig figur, fordi den fastlægger et retsforhold, der tager sigte på at realisere de involverede aftalepartners samstemmende interesse eller vilje, mens eksempelvis en lov kan karakteriseres som offentligretlig, hvis den regulerer borgernes rettigheder og pligter overfor det offentlige, hvorved hensynet til den enkelte afvejes overfor hensynet til det almene vel. Der er formentlig enighed om, at de momenter der er indeholdt i teorierne ikke er egnede til at give noget klart svar på, hvorledes begreberne privatret og offentlig ret defineres, jf. herved *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle i To reguleringstraditioner – Om sondringen mellem offentlig ret og privatret*, 1996, s. 11. Andre momenter er af interesse, herunder fokusering på fra hvilke personer eller organer en given regulering udgår. Der kan fokuseres på spørgsmålet om, hvordan en given regulering kan eller skal anvendes eller fortolkes, og om bestemte enheder kan benytte bestemte reguleringsformer. Der kan fokuseres på det karakteristika ved den offentlige ret, at der stilles særlige krav med hensyn til den procedure og de relationer, der må eller ikke må være mellem de personer, der indgår i den personkreds, hvori de pågældende reguleringer produceres – retssikkerhed. Der kan ligeledes fokuseres på det kendetegn ved den offentlige ret, at denne hyppigt er underlagt en højere grad af offentlighed i betydningen åbenhed eller tilgængelighed, mens den private ret lever mere i det dulgte eller måske ligefrem skjult for andre end parterne.

14. Jf. herved *Claes Sandgren: Offentlig rätt, privaträtt och sociala hänsyn, i To reguleringstraditioner – Om sondringen mellem offentlig ret og privatret*, (Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle, red.), 1996, s. 25 ff.

hver kategori og derved i praksis at udviske sondringen. Før det kan konstateres, om afhandlingen behandler et emne der grundlæggende vedrører forholdet mellem offentlig ret og civilret, må det kort overvejes, om skatteretten kan henføres under den offentligretlige disciplin.

Skatteretten udgøres af det kompleks af retsregler, der normerer påligning, opgørelse og indkrævning af skatter. Traditionelt opfattes skatteretten som en del af den offentlige ret, herunder en del af den specielle forvaltningsret¹⁵. Dog har det været diskuteret, hvorvidt rubriceringen var holdbar eller ej. *Alf Ross* har anført, at det er misvisende at karakterisere skatteretten som offentlig retlig i samme forstand som stats- og forvaltningsretten¹⁶. Begrundelsen herfor er efter forfatterens opfattelse, at der i skatteretten i højere eller mindre grad indgår normer om de administrative myndigheders kompetencer og pligter, men at det i hovedsagen drejer sig om forholdsnormer der skaber pligter for de private. Det anføres hertil, at det særegne således er, at »... disse forholdsnormer ikke hviler på ideen om individets autonomi, men pålægger det pligter, der er fastsat enten umiddelbart ved præceptiv lov eller ved mellemkommende forvaltningsakt, altså ensidigt af offentlig myndighed ...«. Der savnes således en begrundelse for at henregne skatteretten til den offentlige ret. Skatteretten drejer sig nemlig efter forfatterens opfattelse ikke om offentlige kompetencenormer, men om pligter der påhviler de private, således at den konkrete fastsættelse af pligtens indtræden sker ved en mellemkommende forvaltningsakt (ligning, udskrivelse). *Alf Ross* finder på denne baggrund anledning til på skatteområdet at sondre mellem den administrative skatteret vedrørende de administrative myndigheders kompetencer og pligter, og på den anden side den materielle skatteret, vedrørende borgernes pligter. *Ross* vil på denne baggrund henføre skatteretten til de offentlige foranstaltningers ret.

Svend Gram Jensen anfører herimod, at skatteretten efter hans opfattelse er unik derved, at den så godt som udelukkende angår kompetencenormer eller fragmenter af kompetencenormer¹⁷. Forfatteren anfører, at *Alf Ross* ved sin inddeling overser, at den materielle skatteret

15. Jf. eksempelvis, *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 54 og *Alf Ross*: *Om Ret og Retfærdighed*, 1953, s. 249, samt *Walter Schick*: *Haftung für Steuerschulden auf Grund Privatrechts? – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung Steuerrechts – Privatrecht*, 1993, s. 6. Se tillige *Mette Hastrup Andersen*: *Skatteretlig genoptagelse – i forvaltningsretlig belysning*, 2004, s. 25 ff.

16. Jf. *Om Ret og Retfærdighed*, 1953, s. 265 f.

17. I *Skattemyndighedernes kompetence*, 1997, s. 18.

så godt som aldrig rummer påbud eller forbud. Videre anføres det, at skatteretten groft sagt udgøres af en samling kompetencenormer, der fastsætter, hvorledes en økonomisk transaktion mellem to borgere skal kvalificeres, og hvad der i den anledning eventuelt skal betales i skat. Som det ses kan *Ross'* bemærkninger derfor gøres til genstand for kritik.

Dog har skatterettens detailrigdom og det forhold, at skattereglerne er genstand for masseadministration samt det ikke ganske entydige provenufremskaffelsessigte, ledt *Svend Gram Jensen* til at konstatere, at de materielle skatteregler får en umiskendeligt præg af at udgøre et retsomåde *sui generis*, hvor sædvanelige juridiske deduktioner ud fra visse hovedprincipper oftest kun vil være af begrænset værdi¹⁸.

Henset til den omstændighed, at der i dansk og udenlandsk ret er tradition for at henregne skatteretten under den offentlige ret, skal denne inddeling ikke søges anfægtet eller nærmere analyseres i afhandlingen. Det lægges derfor til grund for det videre arbejde, at skatteretten er en del af den specielle forvaltningsret¹⁹.

§ 3 Det konkrete udslag: skatteret og civilret

Det konkrete udslag af forholdet mellem offentlig ret og privatret udgøres i denne sammenhæng af forholdet mellem skatteret og civilret. For en umiddelbar betragtning er der ikke noget fælles koordinationspunkt mellem skatteret og civilret. Men en dybere analyse viser, at der er en fælles basis, der er uløseligt forbundet, selvom der er forskelligt regelindhold og funktion. Der henvises for en uddybning heraf til afhandlingens Del II, kapitel 6, § 4. Den vigtige erkendelse er særligt opnået i tysk og schweizisk ret. Begrundelsen for, at en fagoverskridende betragtningsmåde hidtil er udeblevet, kan skyldes en overbeto-

18. I Skattemyndighedernes kompetence, 1997, s. 11. Se samme i festskrift til Birger Stuevold Lassen – Ånd og Retten, 1997, s. 493 ff. I sidstnævnte fremstilling uddybes konstateringen med den kommentar, at hvis man absolut vil tale om skatteretten som en juridisk disciplin *sui generis*, må denne karakteristik begrænses til at omfatte de materielle skatteregler, s. 496. Konstateringen kobles også i nævnte festskrift sammen med det forhold, at der ikke altid er kongruens til stede mellem skatteret og civilret. Der savnes dog i beskrivelsen en stillingtagen til sidstnævnte centrale spørgsmål.

19. Man kan stille sig det spørgsmål om skatteretten kan henføres til erhvervsretten. Dette er der imidlertid ikke tradition for, selvom andre dele af den specielle forvaltningsret (erhvervsreguleringsretten) typisk henføres hertil, jf. oversigten hos *Christen Boye Jacobsen* i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Torsten Iversen m.fl. (red.), 2003, s. 459 ff.

ning af sondringen mellem offentlig ret og privatret. På denne baggrund har litteraturen og retspraksis begrænset sig til at undersøge, om den skatteretlige faktumbestemmelse falder tilbage på civilretlige begreber, og om dette bør eller ikke bør være tilfældet. Ligeledes dukker i denne sammenhæng spørgsmålet i tysk ret om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« op, som er blevet diskuteret og analyseret i lange tider, men som ikke længere den samme relevans som tidligere. Om disse problemstillinger anfører *Thomas Koller*, at: »... Der Problemkreis der »Wirtschaftlichen Betrachtungsweise« bzw. der Verwendung zivilrechtlicher Begriffe im Steuerrecht biltet daher nur einen rechtstechnischen Teilaspekt des gegenseitigen Verhältnisses beider Rechtsgebiete ...«²⁰. Denne erkendelse har påvirket afhandlingens udformning.

På lovgivningsniveau har samspillet mellem skatteret og civilret ej heller historisk indtaget en central placering. Det står dog klart, at der også består et behov for at foretage overvejelser herom, hvorfor sådanne overvejelser tillige indgår i afhandlingen²¹.

20. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 41.

21. Se hertil eksempelvis *Richard K. Gordon & Victor Thuronyi* i *Tax Law Design and Drafting*, 2000, s. 4 f, hvor følgende anføres: »... As with many other areas of law, taxation must be approached in an interdisciplinary manner ...[...]. To Design a package of tax reform proposals, a variety of areas of knowledge must typically be brought to bear. Economists should analyze the economic effects of different policy alternatives, as well as their revenue effects. Tax law experts should develop the detailed design of proposed rules ...[...]. Tax lawyers with drafting experience should work on the actual legislative language. Lawyers should also ensure the integration of proposed rules with the rest of the legal system (commercial law, constitution, etc.) Accountants should advise on the compatability of proposed tax rules with accounting rules and practices ...«.

Kapitel 3

Afgrænsning af afhandlingens genstand

Som det påpeges nedenfor, er udviklingen i dansk ret på det teoretiske område ikke kommet langt i afdækningen af forholdet mellem skatteret og civilret. Begrundelserne herfor kan være mange, men én årsag kan være den tidligere manglende akademiske interesse for skatteretten. I flere lande har skatterettens teoretiske del været undergivet en meget dybdegående behandling. Således er det kendetegnende, at emnet er blevet gjort til genstand for betydelig forskningsindsats i eksempelvis Sverige, Tyskland og Schweiz. Men selv i disse lande er den teoretiske udvikling ikke på højde med udviklingen i praksis¹.

I henhold til gængs terminologi kan afhandlingens *skatteretlige afsnit* henføres til den materielle skatteret og herunder til såvel den objektive som den subjektive skatteret. Afhandlingen berører således flere af skattesystemets hovedproblemer, nemlig spørgsmål vedrørende den subjektive skattepligt og spørgsmål vedrørende det skattemæssige beregningsgrundlag. Yderligere kan der foretages den afgrænsning, at der primært bliver fokuseret på den del af skatteretten der vedrører normeringen af erhvervsvirksomheder, herunder særligt selskaber såvel enkeltstående som i koncernforhold. Ligeledes fokuseres i et vist omfang den del af skatteretten, der vedrører beskatningen af virksomhedsdeltagere. Endelig bevæger afhandlingen sig både på området for national og international skatteret.

Herefter skal der knyttes nogle bemærkninger til den *civilretlige forankring*. Det er ikke muligt fyldestgørende at definere civilretten. Traditionelt går en positiv beskrivelse af disciplinen ud på, at denne vedrører de regler, der regulerer retsforholdet mellem de enkelte borgere, hvad enten disse optræder individuelt eller som medlemmer af eller

1. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at der i de nævnte lande findes retlige discipliner, der går under betegnelsen »finansrätt« og »wirtschaftsrecht«, som begge kan indeholde betydelige elementer af skatteret. Der findes endda såkaldte delf professorer på de angivne områder. Dermed kan det antages, at man i disse af vore nabolande har taget konsekvensen af den praktiske overlapning og lempet det formelle skel mellem disciplinerne.

parthavere i forskellige private kollektiver (selskaber o.lign.)². I tilknytning hertil fremhæves det ofte, at reglernes formål er at værne den enkelte borgers private interesser, ligesom det fremhæves, at de håndhæves gennem civilt søgsmål, og at sanktionerne her ikke er straf men dom til opfyldelse. Civilretten præges af de enkelte parterers autonomi, med hensyn til at kunne og ville forpligte sig over for hinanden³. På civilrettens (privatrettens eller den borgerlige rets) område behandles i afhandlingen de relationer, der er mellem skatteretten på den ene side og obligationsretten og selskabsretten på den anden⁴, der begge er underdiscipliner til formueretten⁵. Denne afgrænsning er begrundet i den omstændighed, at afhandlingen fokuserer på selskabers erhvervsudøvelse. Typisk medfører dette et relevant samspil mellem skatteret og de nævnte dele af civilretten. Samlet for afhandlingens fokus kan siges, at dette er virksomhedsretten. På trods heraf er afhandlingens overskrift bibeholdt, idet emnet overordnet er det samme, mens der i afhandlingen blot fokuseres på den erhvervsrettede del af skatteretten og civilretten.

Der kan identificeres flere forskellige indgangsvinkler til behandlingen af forholdet mellem skatteret og civilret. Der kan vælges et primært fokus på det principielle spørgsmål om placeringen af de to discipliner i forhold til hinanden. Denne indgang er i vid udstrækning valgt i eksempelvis tysk og schweizisk ret, hvor der er foretaget adskillige teoretiske studier siden begyndelsen af det 20. århundrede. I disse lande er der siden foretaget analyser vedrørende de aktuelle samspil mellem skatte- og civilretten i egentligt forekommende retlige problemer. I svensk ret er problemet grebet således an, at analyserne har drejet sig om, hvorledes man i retspraksis har forholdt sig til anvendelsen af civilretlige begreber i forbindelse med fortolkningen af skattelove. Bag-

2. Se eksempelvis herom *Morten Wegener*: Juridisk metode, 2000, s. 44.

3. Jf. herved *Alf Ross*: Om Ret og Retfærdighed, 1953, s. 249.

4. Dog må det erkendes, at selskabsretten i stigende omfang bliver offentligretligt reguleret, jf. herved *Nis Jøul Clausen*: Privat- og offentligretlig regulering i selskabs- og børsretten, i *To reguleringstraditioner – Om sondringen mellem offentlig ret og privatret*, Ellen-Margrethe Basse & Henrik Zahle (red.), 1996, s. 127, der taler om en tredeling mellem selskaber med begrænset ansvar; spændende fra de mindst offentligretligt regulerede anpartsselskaber til de børsnoterede aktieselskaber. Det lægges dog til grund, at udgangspunktet i selskabsretten er den privatretlige aftalefrihed.

5. Den terminologiske afgrænsning er ikke helt entydig i dansk ret. Traditionelt sættes dog lighedstegn mellem civilret og privatret. Eksempelvis i tysk ret figurerer civilretten hos visse forfattere som en underkategori til privatretten mens civilretten hos andre antages at være sammenfaldende med privatretten.

grunden for de alternative indgangsvinkler er forskellige. Et gennemgående tema i de fleste lande har været, at det er blevet undersøgt, i hvilket omfang skatteretten skal acceptere civilretlige begreber, og i denne forbindelse hvornår en sådan accept ikke skal opretholdes. Fælles er det imidlertid også, at ingen hidtil har villet eller turde binde an med en udtømmende fremstilling. Noget sådant skal ej heller forsøges med foreliggende afhandling. Der er dog valgt en anden indgangsvinkel end den mere traditionelle. I foreliggende fremstilling gribes problemstillingen således an på en måde, der involverer analyser af såvel det teoretiske tema om det principielle forhold mellem skatteret og civilret, mens det praktiske spørgsmål om forholdet mellem disciplinerne ved aktuelle situationer tillige analyseres. Afhandlingens kvantitative hovedvægt ligger på sidstnævnte punkt. Ligeledes medtages såvel en behandling af problemer, der vedrører forholdet mellem skatteret og civilret på lovgiverniveau som ved retsanvendelsen. Det ses herved, at sigtet med denne afhandling er anderledes end traditionelt i dansk og skandinavisk teori.

Den hidtidige fokusering på forholdet mellem skatteret og civilret har tillige været centreret om omgængelsesproblematikken eller skatteudnyttelsesproblematikken. Denne problemstilling udgør ikke hovedvægten i foreliggende fremstilling. Dermed ikke sagt, at misbrugsaspektet ikke er vigtigt, snarere tvært imod, jf. i detaljer kapitel 17 i Del IV. Det er min opfattelse, at skatteretsmisbrugssituationerne er det område, hvor problematikken i videst omfang vil blive aktualiseret, idet der ofte kan være tale om misbrug af civilretlige fremtrædelsesformer. Derfor er det også evident, at problemet ikke skal lades uomtalt i denne afhandling, men dog i et vist omfang nedtones, idet problematikken ellers ville optage den overvejende del af de givne rammer. Selvom det formentlig forholder sig således i dansk ret, at jurister almindeligvis anser samspillet mellem skatteret og civilret som værende synonymt med skatteudnyttelsesproblemet, er det mit håb, at foreliggende afhandling i et vist omfang kan medvirke til at ændre dette traditionelle fokus og i stedet anlægge et noget bredere fokus.

Kapitel 4

Metodeovervejelser

§ 1 Generelle metodeovervejelser

Det følgende afsnit tjener som afhandlingens strukturelle fundament. Afsnittet skal således frembringe normative udsagn til brug for den følgende opbygning og analyse. Ligeledes redegøres for den benyttede fremgangsmåde i relation til indsamling og bearbejdning af relevante data. Endelig opstilles en disposition over afhandlingens følgende afsnit.

Som præsenteret ovenfor udgør foreliggende afhandling en monografisk behandling af det principielle og praktisk forekommende forhold mellem skatteret og civilret. Afhandlingen prætenderer dog ikke herved at bidrage til større indsigt til den generelle skatteforståelse, men derimod (mere eller mindre) ensidigt, at anskue skattefænomenet ud fra gængs juridisk forståelse¹. Dog skal afhandlingen ses som en forsøgt delvis frigørelse fra den traditionelle retsvidenskabelige forskningsgenstand på skatterettens område, som ofte (og forståeligt nok) bliver synonym med de retsregler, der udgår fra skatteministerens ressortområde. Hertil kommer en forsøgt delvis frigørelse fra den overvejende retsdogmatiske anskuelse, der præger det meste skattelitteratur, og som samtidig blokerer for en bredere anskuelserform på skatteretten². Der er en tendens til, at en meget betydelig del af den intel-

-
1. *Erik Olsen* beklager i *Det handler om Skat*, 1993, Festskrift til Poul Olsen, s. 25 ff, »Om skat og videnskab« – med rette – sådanne afgrænsninger der er karakteristiske for netop skattevidenskaben. Det er således også min vurdering, at megen skattevidenskab ville vinde i kvalitet ved at inddrage en flerdimensionel vinkel spændende over flere fagdiscipliner, herunder finansvidenskabelig, retsvidenskabelig, sociologisk og andre.
 2. Jf. *Erik Olsen* op.cit., s. 32. Forfatteren anfører, at den rent dogmatiske fortolkende beskrivelse kun vil beskæftige sig med overfladestrukturen i skattesystemet grundet skatterettens dynamik, uden hensyntagen til de underliggende fænomener, der kan forklare de brydninger der skaber og omdanner overfladen. Resultatet bliver, efter forfatterens vurdering, en forskning, der altovervejende bruger sine ressourcer på en i hovedsagen rent deskriptiv fremstilling af de stadigt skiftende overfladefænomener, en beskrivelse der til stadighed forældes og derfor kun har en kortvarig og begrænset nytteværdi. *Jørgen Dalberg-Larsen* anfører i sin doktorafhandling fra 1977, *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*, s. 524, at »... I en situation hvor, hvor gældende ret er

lektuelle energi der anvendes på området, centrerer omkring den rent teknologiske anvendelse af skattesystemet. Denne tendens forbedres naturligvis ikke så længe skatteretten er så dynamisk, som tilfældet er det³.

Trods de præsenterede metodiske modhensyn er det *skatteretten*, der er genstand for denne afhandling. Dog forsøges det at behandle den givne problemstilling uden at benytte den atomare synsvinkel inden for den snævre retsvidenskabelige del af skatteforskning i almindelighed⁴. Der fokuseres på normeringen af den *direkte beskatning*.

Derimod er *civilretten* ikke i sig selv mål for undersøgelsen. Det er således ikke tilsigtet at bringe den civilretlige forskning et væsentligt skridt videre. Inddragelsen af civilretlige retsforhold i afhandlingen tjener således primært som baggrundsret i den forstand, at beskrivelsen af disse retsforhold indgår i analysen af samspillet med skatteretten.

Afhandlingen vedrører primært *dansk ret*. Således analyseres forholdet mellem skatteret og civilret i dansk ret.

Afhandlingens målsætning er ikke alene at løse de opstillede problemer men også at stille spørgsmål og problematisere⁵. Dog erkendes vigtigheden af, at der foretages egentlige vurderinger⁶.

Som nævnt formuleres visse grundbetragtninger om forholdet mellem skatteret og civilret. Som led heri præsenteres en koordinations-tankegang. Ligeledes præsenteres en generel evalueringsmodel til bedømmelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Det gøres gæl-

under radikal forandring, er retsdogmatiske studier stort set meningsløse ...». Enhver med kendskab til skatteområdet må medgive, at det nævnte netop kendetegner skatteretten.

3. Der er dog ikke noget negativt i at de mange detailerkendelser frembringes på området. Ethvert arbejde, der fører til øget erkendelse på skatteområdet er efter *Erik Olsen's* opfattelse gode og vigtige, men forfatteren finder samtidig, at det tillige er vigtigt, at denne erkendelse samles og koordineres på et mere overordnet plan. Derfor slutter forfatteren, at den skattevidenskabelige grundforskning og metodeudvikling ikke må forsømmes til fordel for den snævre fag- og detailorienterede og ofte ret teknologisk prægede forskning, op.cit., s. 44.
4. Formentlig falder en sådan tilgang ind under definitionen på skatteretlig grundforskning hos *Matti Myrsky*: Basic Research in Tax Law, i *Scandinavian Studies in Law*, Volume 44, 2003, s. 277 ff (s. 286). Forfatteren betoner dog navnlig behovet for at være tværdisciplinær i den skatteretlige grundforskning i den forstand, at andre samfundsvidenskaber bør inddrages i den skatteretlige forskning. I denne optik bør skatteretten ses som en del af hele det juridiske system som samlet henhører under samfundsvidenskab (social sciences).
5. Sml. *Hans Petter Graver* i *Lov & Rett* 1998, s. 575 ff, der s. 602 konstaterer, at retsvidenskabens mål ikke er at svare, men at stille spørgsmål og problematisere.
6. Jf. *W.E. von Eyben* i *J* 1999, s. 325.

dende, at disse udsagn og anvendelsen af modellen i det hele er hensigtsmæssig i forbindelse med analyse af forholdet mellem skatteret og civilret. En egentlig verifikationsproces er ikke mulig at gennemføre. Men særligt i relation til den introducerede evalueringsmodel er det dog muligt, gennem en egentlig test heraf at vurdere om det giver mening at anvende modellen, samt at vurdere om denne anvendelse er hensigtsmæssig. Modellen skal ikke sammenholdes med hidtidig retspraksis og lovgivning, idet modellen tager sigte på en systematisering snarere end en forudsigelse.

Herved opstår en afvigelse fra gængs retsvidenskabelig metode, og der kan med rette stilles det spørgsmål, om retsvidenskabens opgaver også dækker den i afhandlingen anvendte metode. Det er selvsagt min vurdering, at et sådant spørgsmål kan og skal besvares bekræftende. Der findes således ikke almindeligt anerkendte principper til analyser af forholdet mellem forskellige retsdiscipliner. Af denne årsag er det retsvidenskabens opgave at analysere disse samspil og på denne baggrund eventuelt at formulere sådanne almindelige principper. De i denne afhandling præsenterede grundideer og de understøttende argumenter baserer sig da også på en grundlæggende respekt for grundværdier- og hensyn bag de enkelte retsdiscipliner.

I forhold til den traditionelle inddeling af retsvidenskabens opgaver, må foreliggende afhandling siges at bestå af lige dele retsdogmatiske og retspolitiske studier. Afhandlingens analyser befinder sig således i et grænseland mellem de lege lata, de lege ferenda og de sententia ferenda. En mulig og brugbar vej havde også været at foretage en katalogisering af fravigelserne mellem skatteret og civilret de lege lata⁷. Det skal bemærkes, at det bestemt også er intentionen med foreliggende afhandling at foretage en sådan analyse af forholdet mellem disciplinerne. Dog udbygges den foretagne analyse med overordnede overvejelser om, hvordan samspillet kan og bør gribes an. Ligeledes undersøges mulige hensyn for og imod en kongruent retstilstand. Gældende ret beskrives tillige med en vis detaljeringsgrad, idet der er lettere at udtale sig om, hvordan verden bør indrettes med et solidt kendskab til, hvorledes den er indrettet⁸. Det kan endda siges, at det med afhandlingen tillige ses som en vigtig opgave at afdække gældende ret i brydningsfeltet mellem skatteret og civilret.

7. Se herom *Erik Werlauff* i TfS 2001, 608.

8. Sml. erklæringen hos *Børge Dahl*: Produktansvar, 1973, s. 11.

Afhandlingen tilsigter som anført ovenfor at behandle samspillet mellem skatteret og civilret ved reguleringen af *virksomhedsdrift*. Primært rettes fokus i denne forbindelse mod selskaber i bred forstand. Dog behandles tillige skatteretlige spørgsmål vedrørende selskabsdeltageres forhold. Denne fokusering fungerer herved samtidig som udvælgelsesparameter for de aktuelle udslag af problematikken, der undergives en nærmere analyse. Det skal således bemærkes, at der er tale om en tematisering, hvor den konkrete udvælgelse i vidt omfang er tilfældig og afhængig af, hvor der er konstateret konkrete samspil.

Fremstillingen tilsigter ikke at være en udtømmende analyse af samtlige forekommende samspil mellem skatteret og civilret. Det må hævdes, at denne udvælgelsesproces hverken har negativ indflydelse på afhandlingens resultater eller anvendeligheden af den fremsatte evalueringsmodel. Udvælgelsen af analyseobjekter er desuden foretaget ud fra hensynet til en vis systematik i fremstillingen.

Det skal påpeges, at afhandlingens specielle studier kan synes omfattede såvel i antal som omfang. Dette er udtryk for et bevidst valg. Således er det min vurdering, at en vis validitet og håndfasthed i afhandlingens konklusioner vedrørende de fremsatte grundbetragtninger og postulater forudsætter et dybdegående testmateriale.

Den benyttede fremgangsmåde indebærer dataindsamling gennem den almindelige og specielle retslitteratur, samt lovgivning og skatteretspraksis. Sigtet er primært skatteretligt, hvorfor civilretlige data, så vidt det er muligt, er begrænset til sikre udsagn om gældende ret.

Beskrivelser af gældende ret er baseret på den traditionelle *retsdogmatiske metode*. Men det bør bemærkes, at disse beskrivelser de lege lata har et yderligere sigte end den blotte afdækning heraf (hvor vanskelig en sådan afdækning end forekommer), nemlig at perspektivere over dele af skattesystemet i al almindelighed. Det kunne siges, at en konstatering af afvigelser mellem skatteretten og civilretten de lege lata er uinteressante, hvis sådanne fravigelser er lovhjemlede. Dette billede ændrer sig imidlertid, når der anlægges en retspolitisk synsvinkel. Således følges retsdogmatikken i afhandlingen tillige op af retssystematiske betragtninger og hensigtsmæssighedsbetragtninger. Afhandlingen er herved baseret på den forudsætning, at retspolitik udgør en del af retsvidenskaben⁹. Retspolitikken anvendes til at udarbejde generelle

9. Sml. *Preben Stuer Lauridsen*: Studier i retspolitisk argumentation, 1974, passim. I nævnte afhandling argumenteres for retspolitikens videnskabelige berettigelse og

metoder til vurderingen af samspillet mellem skatteret og civilret. Sådanne overvejelser synes overensstemmende med den almindelige definition af retsvidenskaben, hvorefter denne tilsigter at give den mest harmoniske, sammenhængende og modsigelsesfri fremstilling af retsordenen som et egentligt retssystem¹⁰. Denne opfattelse kan uddybes ved et udsagn om, at et retssystem forstås som et regel- eller normsystem, i hvilket de enkelte dele i videst muligt omfang fremstår som korresponderende med og fra hverandre afledelige i en efter deres indhold og formål systematisk retlig meningssammenhæng¹¹. Det bemærkes herved, at visse værdier forudsættes i den retspolitiske tilgang. I en vis udstrækning fremføres argumenter i tråd med ovenstående, men som må antages at kunne spille ind ved fastlæggelsen af gældende ret. Resultaterne på sådanne områder må således hævdes at være gældende ret i den forstand, at de er egnede til at anvendes af de retsudøvende myndigheder¹².

I forbindelse med *kvalitetsvurdering af erhvervsregulering* indgår der typisk et krav om sammenhæng og konsistens i retssystemet, herunder navnlig i relation til den bedømte disciplin¹³. Der kan i denne forbindelse introduceres en sondring mellem intern og ekstern sammenhæng og konsistens. Med *intern sammenhæng* og *konsistens* sigtes der til det forhold, at en retsdisciplin inden for rammerne af denne benytter en konsekvent terminologi og et konsekvent og konsistent begrebsapparat. Intern sammenhæng og konsistens fordrer ydermere, at der ikke findes modarbejdende regler og hensyn internt i disciplinen. Herimod sigter

værdi, og der tilvejebringes nogle retningslinier for den retspolitiske argumentation. Foreliggende afhandlings retlige harmoniseringsbestrebelse falder godt i tråd med Stuer Lauridsens opfattelse af den retspolitiske problemløsning, jf. op.cit., s. 555. Se også *Jens Evald m.fl.: Om retspolitik*, 2002, der tillige anser retspolitikken som en del af retsvidenskaben. *Jens Evald* fremhæver s. 97 f, kohærens i retssystemet som et generelt retspolitisk mål. *Jørgen Dalbarg-Larsen* efterlyser, s. 9 og s. 38 i samme værk en opprioritering af retspolitikken.

10. Jf. *Preben Stuer Lauridsen: Om ret og retsvidenskab*, 1992, s. 100. Se eksempelvis også *Mogens Koktvedgaard* i UfR 2002 B, s. 285, med en anmeldelse af en ph.d.-afhandling, hvor forfatteren i mangel af traditionelle retskilder anerkender i så henseende friretlig argumentation som værende værdifuld teoretisk grundforskning, idet man i mangel på retskilder er frit stillet, og at en afhandlings værdi i sådanne situationer er afhængig af lødigheden af argumentationen.
11. Jf. *Preben Stuer Lauridsen: loc.cit.*
12. Se for en tilsvarende konstatering *Torsten Iversen: Støtteerklæringer*, 1994, s. 17.
13. Kvalitetsvurderingsparametre har udelukkende betydning i relation til egentlig retlig normering. Retsanvendelsen inddrages således ikke direkte under sådanne kvalitetsvurderinger.

den *eksterne sammenhæng og konsistens* mod tilsvarende overvejelser vedrørende den enkelte retsdisciplins relationer til andre retsdiscipliner¹⁴. I nærværende sammenhæng indebærer denne terminologiske sontring, at forholdet mellem skatteret og civilret udgør et skatteretligt specialstudie i ekstern sammenhæng og konsistens i forhold til civilretten¹⁵.

§ 2 Komparative metodeovervejelser

Afhandlingen kunne være begrænset til alene at omfatte en fremstilling af dansk ret. Det findes dog begrundet at lære af andre landes erfaringer, idet der ikke i dansk ret er foretaget tilstrækkelige analyser af forholdet mellem skatteret og civilret. Dette gælder særligt når der henses til, at der i tysk ret har pågået diskussioner om emnet i mere end 100 år. Afhandlingens analysegenstand er dog dansk ret, og der skal derfor ikke foretages en kritisk analyse af udenlandsk skatteretspraksis og teori på grundlag af det udenlandske retssystems præmisser¹⁶.

Retsudviklingen i Sverige, Norge, Tyskland og Schweiz undersøges. De forskelle der findes mellem dansk, norsk, svensk, tysk og sveitsisk ret skal ikke uddybes nærmere, idet de ikke skønnes at have betydning for afhandlingens resultater. Afhandlingens problemstilling er af systematisk karakter og kan derfor belyses komparativt uden et nærmere kendskab til de nærmere forskelligheder retssystemerne imellem. Dog skal det stedse erindres, at der i tysk og schweizisk retstradition har været et større behov for at analysere forholdet mellem skatteret og civilret, end tilfældet har været og er det i Skandinavien.

Der er visse fordele forbundet med at foretage retssammenligningen på tværs af den nordiske retsfamilie¹⁷. Dette gør sig særligt gældende,

14. Det kan dog ikke udelukkes, at det vil være hensigtsmæssigt ved fremtidig brug af terminologien også at reservere plads til andre videnskabelige discipliner ved analyser af eksterne sammenhænge.

15. Det skal bemærkes, at det der i henhold til den præsenterede terminologi benævnes eksterne studier i retsteorien også benævnes »systemintern komparation«.

16. I relation til komparative metodeovervejelser anfører *Erik Olsen*, at det er karakteristisk for den komparative skatteretsanskuelse, at sammenligningen sker uden nogen dybere vurdering af det pågældende områdes grundlæggende funktion, idet man som regel netop i praksis indskrænker sig til at sammenligne reglerne på området, jf. Det handler om skat, Festskrift til Poul Olsen, 1993, s. 33. Det er en metodisk målsætning for foreliggende afhandling at søge at undgå denne metodiske fælde.

17. Jf. *Erik Olsen*: Lægmandsanvendelsen i ligningsforvaltningen, 1988, s. 16 ff.

når man ser generelt på den offentlige ret inden for Norden. Det samfundsbetingedes grundlag for retsdannelsen har en høj grad af ensartethed. Fællesskabet i den historiske udvikling, de sproglige ligheder, manglen på alvorlige politiske modsætninger, de nogenlunde ensartede befolkningstal og erhvervsmæssige styrke, og den fælles europæiske randbeliggenhed, har gennem lang tid begunstiget et retligt samarbejde, der yderligere er blevet styrket gennem Nordisk Råd. Større vanskeligheder frembyder umiddelbar sammenligning med den tyske retstradition. Men da emnet jo vedrører det mere systematiske spørgsmål om skatterettens placering i retssystemet antages dette ikke at udgøre en væsentlig hindring. Dette støttes af det forhold, at komparationen i denne sammenhæng alene tjener til inspiration for afhandlingens almindelige del.

Det skal også påpeges, at inddragelsen af udenlandsk ret udelukkende tager sigte på at tjene til inspiration for dansk ret. Sammenligningen tjener derfor alene til inspiration og bestyrkelse ved formuleringen af grundbetragtninger og postulater om forholdet mellem skatteret og civilret for dansk rets vedkommende. Det bliver herved muligt at springe nogle led over i den akademiske proces. Det kan tilføjes, at sammenligningen foretages på et overordnet niveau – *macrocomparison*¹⁸. De udvalgte lande lever alle op til kravet om, at problemstillingen er aktuel i landet og undergivet en vis akademisk analyse.

Länderberichtsmetoden benyttes i afhandlingen, idet der redegøres for hvert enkelt udvalgt fremmed retssystem for sig. Hertil kommer, at komparationen er dynamisk, idet den historiske udvikling beskrives. Dette valg skyldes, at vi i dansk ret ikke selv er kommet så langt i erkendelsesprocessen vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret, og at der herved er megen inspiration at hente også i den tidligere analyse af problemstillingerne i udlandet.

Den analytiske metode anvendes dog, hvor der visse steder søges inspiration i konkret forekommende problemstillinger i udenlandsk ret¹⁹. I disse sammenhænge inddrages også udenlandsk ret fra andre lande end de nævnte, herunder navnlig fra amerikansk ret. Amerikansk ret behandles derimod ikke generelt. Dette skyldes særligt tre forhold. *For det første* skyldes udeladelsen det forhold, at sontringen mellem offent-

18. Jf. om sontringen micro-macrocomparison K. Zweigert & H. Kötz: *An introduction to Comparative Law*, 1998, s. 4 f.

19. Se kort om metoderne Ole Lando: *Kort indføring i komparativ ret*, 2004, s. 188 f.

lig ret og civilret ikke har så fremtrædende en rolle i amerikansk ret. *For det andet* er den skatteretlige tradition forskellig i civil- og common law lande. I lande der tilhører civil law traditionen analyseres skatteretten typisk ud fra en systematisk synsvinkel. Til denne kategori er det fundet berettiget at henregne Danmark i denne henseende²⁰. Hertil kommer det forhold, at særligt USA har et niveauinddelt skattesystem. Der findes føderale skatteregler (særligt Internal Revenue Code – IRC), og der findes tillige statslig og lokal (kommunal) skatteret. Idet der er tillagt hver enkeltstat (50) beskatningskompetence, er der trods betydelige harmoniseringsbestræbelser stadig væsentlige forskelle på tværs af landet. Dette gælder a fortiori på det lokale plan. Civilretlig normering i USA er tillige i et vist omfang overladt til enkeltstaterne. Der findes herved ligeledes, trods betydelige harmoniseringsbestræbelser, stor uensartethed i de privatretlige regler på tværs af landet. *For det tredje* gælder det, at de i angloamerikansk ret udviklede doktriner: The business purpose doctrine, substance over form doctrine og sham-doktrinen, alene udgør særlige fortolkningsregler til brug for den skatteretlige bedømmelse af skatteudnyttelse. Foreliggende afhandling har et videre sigte. Med disse forhold in mente synes det klart, at en analyse af det principielle forhold mellem skatteret og civilret i amerikansk ret kun vanskeligt – hvis overhovedet – lader sig gøre²¹. Endelig behandles

-
20. Victor Thuronyi anfører i *Studying Comparative Tax Law*, i Gustaf Lindencrona, Sven-Olof Lodin & Bertil Wiman (eds): *International Studies in Taxation: Law and Economics* – Liber Amicorum Leif Mutén, 1999, s. 339: «... *In civil law countries, the study of tax takes a systematic approach. An introductory course on tax law might not focus much at all on the rules of individual taxes. Rather it might consider such topics as the relation between tax law and other branches of law, the nature of tax obligations, the sources of tax law, and So forth. By contrast, in common law countries courses on general tax law are rare or non-existent. In most law schools, the basic tax course is the income tax, more advanced courses study more detailed aspects of the income tax, and there may be no courses on any other taxes. General principles are discussed as they come up in studying the income tax ...*».
21. Sml. Sven-Olof Lodin: *Koncernbeskatning i USA*, 1973, s. 25 der anfører: «... *Den skatterettsliga regleringen vilar i många avseenden på civilrätten. Dette gäller i allmänhet också de civilrättsliga regleringarna beträffande olika rättssubjekts ställning. Sålunda anses aktiebolaget också i skatterättslig hänseende som ett självständigt rättssubjekt. I Sverige och Västtyskland bygger skattelagstiftningen härvidlag direkt på civilrätten. Även i USA utgör varje corporation ett självständigt skattesubjekt. Dette gäller, oaktat den amerikanske skattelagstiftningen ej i egentlig mening bygger på civilrätten, på grund av de svårigheter vid en federal beskattning, som en delstatslig bolagsrätt skulle medföra, om den lades till grund för beskattningen ...*». Se også Sture Bergström: *Skatter och civilrätt – En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang*, 1978, s. 16, der konstaterer, at skattesystemerne i USA og Sverige er alt for forskellige til at en kortfattet redogørelse for amerikansk skatteret kunne tjene nogen væsentlig funktion i forfatte-

også visse EU-retlige problemstillinger, hvorved dog bemærkes, at disse i vidt omfang må betragtes som en bestanddel af intern dansk ret.

§ 3 Disposition

Ud over denne indledende del er afhandlingen inddelt i fire yderligere dele (Del II–V). I Del II analyseres det teoretiske samspil mellem skatteret og civilret. Der er herved tale om afhandlingens almindelige del, hvor de grundlæggende og overordnede linier behandles. De eksisterende teorier fremhæves og vurderes i lyset af forskellige vægtige målsætninger for skattesystemet i almindelighed. Afhandlingens grundbetragtninger formuleres og en særlig evalueringsmodel præsenteres. På denne baggrund konfronteres indholdet af grundbetragtningerne med den øvrige teori, ligesom argumenter pro et contra prøves. Udfaldet lægges til grund for præsentationen af afhandlingens evalueringsmodel og konfrontationen heraf med aktuelle problemstillinger.

Del III udgør afhandlingens komparative element. Som nævnt hentes der inspiration fra tysk, schweizisk, svensk og norsk ret. Inspirationen udstrækkes dog ikke til de faktisk forekommende problemstillinger, men udelukkende til det overordnede spørgsmål om skatterettens placering i forhold til civilretten. Det komparative element er indsat på dette sted i afhandlingen for at sætte resultaterne fra Del II i perspektiv umiddelbart i forlængelse af disses fremkomst.

Del IV udgør afhandlingens specielle del og konfronterende del, som samtidig udgør den mest omfattende del af studiet. Afhandlingens grundbetragtninger konfronteres heri med aktuelt forekommende problemstillinger vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. Analysen fokuserer på erhvervsvirksomheders retsforhold. Således indledes afsnittet med en generel analyse af partsautonomiens betydning i skatteretten, hvilket efterfølges af selve skattesubjektivitetsbegrebet sammenholdt med retssubjektivitetsbegrebet. Herefter følger en behandling af relevante transaktioner vedrørende etablering og stiftelse af virk-

rens værk. Endelig kan henvises til *Dag Helmers*: Kringåenda av skattelag, 1956, s. 148 og *Frederik Zimmer* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 59, hvor det anføres, at der i USA accepteres en forskellig skattemæssig behandling af ensartede situationer, grundet forskelle i den civilretlige regulering i enkeltstaterne.

Del I – Emne og metode

somheder samt selskabers hjemsted. Dette efterfølges af en behandling af relevante finansieringsdispositioner.

Det skal bemærkes, at analyserne i Del IV, ud over den principielle og i vidt omfang retspolitiske behandling af forholdet mellem skatteret og civilret, tillige og i tilsvarende omfang tilsigter at gennemføre retsdogmatiske studier. Hermed indtager afdækningen af gældende ret på de undersøgte områder en fremtrædende plads og spiller således kvantitativt en tilsvarende rolle. Dette forhold kan forekomme som en skæv vægtning i afhandlingen, men er udtryk for et bevidst valg, idet de principielle analyser ønskes baseret på et sagligt og fyldestgørende grundlag, idet analyserne ellers taber i værdi. Samtidig har afdækningen af gældende ret i grænseområdet mellem skatteret og civilret stor selvstændig værdi, idet der netop ofte er tale om områder, hvor retstilstanden er omgærdet af betydelig uklarhed.

På grundlag af Del IV er der dannet grundlag for at samle afhandlingens resultater op i den afsluttende del – Del V –, som udgør afhandlingens syntese. Det tages herved endelig stilling til afhandlingens grundbetragtninger og postulater.

Del II – Almindelig del:
Udviklingslinier og
grundbetragtninger

Indledning

Del II udgør afhandlingens almindelige del. Temaet for det følgende er således det generelle eller almindelige forhold mellem skatteret og civilret. Behandlingen heraf foretages ved indledningsvis at gennemgå forholdet mellem skatteret og civilret, som det kommer til udtryk i offentlige udredninger, herunder lovforarbejder og domstolsskabt doktrin. Herefter redegøres der i større detalje for behandlingen i hidtidig dansk skatteretlig teori. På denne baggrund sammenfattes retsstillingen med henblik på at vurdere det aktuelle behov for en generel analyse af forholdet mellem skatteret og civilret. Efter en analyse af værdigrundlag og grundhensyn i skatte- og civilretten leder disse betragtninger efterfølgende til en revurdering af den hidtidige beskrivelse af samspillet i dansk ret. Denne revurdering sker gennem fremsættelsen af to grundbetragtninger om forholdet mellem skatteret og civilret. Der fremdrages argumenter pro et contra disse grundbetragtninger.

Kapitel 5

Generelt om forholdet mellem skatteret og civilret i dansk teori og praksis

§ 1 Offentlige udredninger og domstolsskabt doktrin

1.1. Offentlige udredninger og administrative retningslinier

I bemærkninger til danske lovforslag tages der ikke særskilt stilling til forholdet mellem skatteretten og civilretten. Et gennemsyn af tilfældigt udvalgte tekster synes at bekræfte, at denne antagelse gælder i almindelighed. Ofte benyttes begreber, der har en vis sproglig lighed med civilretlige begreber. Heller ikke i sådanne situationer er der indsat bemærkninger om forholdet til civilretten. Der findes tillige begreber, der udelukkende forekommer i skatteretlig sammenhæng¹. I flere tilfælde tilsigter skattelovgivningen direkte at foretage en fravigelse af civilretten. Dette kan ske med henvisning til misbrugsrisiko, neutralitetshensyn eller lignende. Flere steder forudsættes tilsyneladende dog, at skattemyndighederne som udgangspunkt skal anerkende parternes civilretlige aftaler. Det fremgår således af bemærkningerne til AL § 45, stk. 2-4², at det forhold at parterne i den del tilfælde i en overdragelsesaftale vil have taget stilling til, hvorledes købesummen skal fordeles på de enkelte aktiver, som udgangspunkt skal lægges til grund af skattemyndighederne, med mindre den aftalte fordeling åbenbart ikke svarer til de faktiske værdier³.

Som en sjælden undtagelse til det anførte må imidlertid fremhæves lov nr. 232 af 2.4. 2003, (baseret på L 113) om investeringsforeninger

-
1. Som eksempler herpå nævner *Jan Pedersen* i *Skatteretten 1*, 2004, s. 58, aktier omfattet af ABL § 2 a, mindsterentebegrebet i KGL § 38, den specifikke skatteretlige forældelsesregel i SSL §§ 34-35 og LL § 15, stk. 4-5 om akkordlignende gældsordninger.
 2. Jf. lovforslag L 102 (lov nr. 433 af 26.6. 1998) til § 45.
 3. Jf. også LV 2005 E.I.2.1.

med få medlemmer. Loven medførte blandt andet en ændring af SEL § 1, stk. 7 og 8. Herved skabtes der særlig hjemmel til at betragte investeringsforeninger med helt ned til ét medlem som en forening i skatteretlig henseende. I hidtidig praksis blev sådanne foreninger ikke anset som værende selvstændige skattesubjekter⁴. Det praktiske ønske fra pensionsselskaberne om at anvende foreninger med få medlemmer aktualiserede det problem, at det lovregulerede civilretlige investeringsforeningsbegreb ikke stemmer overens med det skatteretlige investeringsforeningsbegreb. Samtidig er det skatteretlige investeringsforeningsbegreb i sig selv upræcist som følge af, at det er udviklet i administrativ praksis. Det *civilretlige investeringsforeningsbegreb* findes i lov om investeringsforeninger og specialforeninger⁵. I 1997 blev der vedtaget en udvidelse af lov om investeringsforeninger, således at specialforeninger også blev omfattet af loven⁶. En specialforening kan have til formål at modtage midler til forvaltning fra blot ét medlem. Det *skatteretlige investeringsforeningsbegreb* er ikke lovfæstet, men er udviklet i praksis. I skatteretten er der ikke forskel mellem specialforeninger, innovationsforeninger og andre investeringsforeninger, der ikke er under Finanstilsynets tilsyn, og investeringsforeninger omfattet af lov om investeringsforeninger og specialforeninger. De behandles alle som investeringsforeninger. Ifølge gældende praksis på skatteområdet forud for lovændringen blev en investeringsforening med meget få medlemmer ikke betragtet som et selvstændigt skattesubjekt. Medlemmerne blev i stedet beskattet hver for sig som interessenter i et interessentskab.

I lovforslagets formålsbetragtninger fremsættes følgende prægnante

-
4. Efter dagældende skattemæssig praksis kunne investeringsforeninger med ganske få medlemmer ikke anses for selvstændige skattesubjekter. Dette indebar, at medlemmer i sådanne investeringsforeninger beskattedes, som om investeringsforeningen ikke var der. Dette betød, at de beskattedes direkte af foreningens indkomster, som om de selv ejede foreningens aktiver. Det betød endvidere, at indtræden af nye medlemmer udløste skat hos de eksisterende medlemmer, fordi der skulle foretages en opgørelse hos disse medlemmer, som om en andel af deres aktiver blev overdraget til de nye medlemmer. Dette vanskeliggjorde anvendelsen af investeringsforeninger med meget få medlemmer.
 5. Jf. lovbekendtgørelse nr. 658 af 7. august 2002.
 6. Efter denne lov var det indtil 1997 således, at en investeringsforening var en forening, som havde til formål at modtage midler til forvaltning fra en videre kreds eller offentligheden. Det betyder, at en investeringsforening typisk var en forening med mange medlemmer. Der var dog ikke noget til hinder for at en forening med kun ét medlem kunne være omfattet af lov om investeringsforeninger, når blot den stod åben for alle, der henvendte sig og gerne ville være medlem af foreningen.

betragtninger: »... I dag findes både investeringsforeninger og specialforeninger med meget få medlemmer, der opfylder investeringsforeningslovgivningens betingelser for at blive opfattet som en forening, men som på grund af det lille antal medlemmer ikke opfylder skatterettens betingelser for at være en forening og blive beskattet som en sådan. Lovforslaget betyder, at denne forskel mellem de civilretlige regler og de skatteretlige regler formindskes, hvilket bidrager til at skabe større klarhed ...«. Udsagnet er klart og bør hilses velkommen. Selvom baggrunden for lovændringen er politisk, ses det, at betragtninger om samspillet mellem skatteretten og civilretten kan og bør indtage en central placering i lovgivningsarbejdet. Udsagnets afspejler det værdigrundlag, at klarhed udgør en efterstræbelsesværdig målsætning også på skatteområdet, og herunder altså også i samspillet med civilretten. Den konkrete lovændring kan dog for en umiddelbar betragtning siges at vedrøre andet og mere end spørgsmålet om klarhed. Således kan der også med en vis styrke argumenteres for, at regelændringen medvirker til at sikre, at skatteretten ikke skal underminere reguleringshensyn bag andre retsområder, herunder civilretten.

Adgangen til omgørelse i henhold til SSL § 37 C (nu § 29 i Skatteforvaltningsloven) og den skatteretlige respekt for skatteforbehold i henhold til SSL § 37 B (nu § 28 i Skatteforvaltningsloven), hviler tilsyneladende også på nogle forudsætninger om forholdet mellem skatteret og civilret. Ved *omgørelse* forstås det forhold, at skattemyndighederne tillader, at en efterfølgende ændring af en privatretlig disposition, der er lagt til grund for en skatteansættelse, tillægges virkning for skatteansættelsen, således at skatteansættelsen bliver forkert og følgelig må ændres. Med SSL § 37 C (nu § 29 i Skatteforvaltningsloven) er der lovfæstet en adgang til at tillade omgørelse af de skatteretlige virkninger af civilretlige dispositioner. At der overhovedet er behov for en skatteretlig omgørelsesadgang synes at vidne om en generel civilretlig styring af skatteretten, der går ud over civilrettens præjudicielle betydning ved den skatteretlige fastlæggelse af faktum. En sådan opfattelse er dog ikke eksplicit kommet til udtryk i forarbejderne til bestemmelsen⁷. Når der henses til ordlyden af SSL § 37 C synes der ej heller at være forudsat en sådan styring. Således hedder det »... I det omfang en skatteansættelse hviler på en privatretlig disposition, kan skatteministeren tillade, at en

7. Jf. lovforslag L 192 af 4.3. 1999 (lov nr. 381 af 2.6. 1999).

efterfølgende ændring af dispositionen tillægges virkning for skatteansættelsen ...». På denne baggrund er der efter min vurdering ikke grundlag for at slutte, at SSL § 37 C hviler på en generel forudsætning om, at civilretten stedse skal lægges til grund i skatteretlig henseende⁸.

Eksistensen af SSL § 37 B, der tillægger *skatteforbehold* (nu § 28 i Skatteforvaltningsloven) skatteretlig virkning, kan modsat omgørelsesadgangen give ammunition til et argument om skatterettens generelle autonomi. Såfremt skatteretten er baseret på civilretten, burde det ikke være nødvendigt at lade skatteforbehold indgå i parternes civilretlige aftalegrundlag, idet der hermed ikke skulle være tvivl om den skatteretlige kvalifikation af forholdet. Selve muligheden for en skatteretlig accept af et skatteforbehold kunne således synes at bygge på en forudsætning om, at skattemyndighederne er beføjede til at foretage en fra civilretten afvigende kvalifikation. Imidlertid skal det bemærkes, at skatteforbeholdet ligeledes sigter mod aftaleretligt at foretage de nødvendige reservationer for ændringer i skattelovgivningen. Dermed svækkes det fremførte argument. Dog fremgår det af bemærkningerne til SSL § 37 B, at det er almindeligt antaget, at et skatteforbehold (en civilretlig betingelse⁹) i en civilretlig disposition skal respekteres af skattemyndighederne, såfremt visse direkte lovfæstede skatteretlige betingelser herfor er opfyldt¹⁰. Dette forhold synes at tale i modsat retning af en generel civilretlig styring, selvom der naturligvis er tale om en konkret bemærkning i relation til skatteforbehold¹¹. Hertil kan dog anføres, at de nævnte yderligere skatteretlige betingelser i SSL § 37 B for at tillægge skatteforbeholdet skatteretlig virkning, under alle omstændigheder udtrykker en modifikation til en absolut skatteretlig respekt for civilretlige aftaleforbehold.

Det er uhensigtsmæssigt, at der ikke i lovbemærkninger mv. tages stilling til skattelovgivningens forhold til civilretten. I sit notat om hvorvidt der lovgives for specifikt og for detaljeret på skatteområdet af 30.8. 1999 finder Skatteretsrådet på linie hermed, at lovforslag altid bør in-

8. *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen: Betalingskorrektion, omgørelse & skatteforbehold*, 2003, udtrykker s. 53, at omgørelse efter forfatternes opfattelse er udtryk for en fravigelse fra civilrettens styrende funktion.

9. Og dermed udslag af den formueretlige betingelseslære som formuleret af *Henry Ussing: Aftaler*, 1931.

10. Jf. pkt. 6 i de almindelige bemærkninger til L 192 af 4.3. 1999 (lov nr. 381 af 2.6. 1999).

11. Jf. *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen: Betalingskorrektion, omgørelse & skatteforbehold*, 2003, s. 59 f, der anfører, at skatteforbeholdet direkte er udtryk for civilrettens styrende funktion.

deholde en beskrivelse af, hvorledes lovforslaget forholder sig til andre relevante dele af lovgivningen, herunder eksempelvis formueretten, strafferetten, menneskerettighederne og lignende¹². Baggrunden for dette forslag er at tilvejebringe hjælp til at vise, hvilken sammenhæng der er mellem den konkrete (foreslåede) lov og andre love i det danske skattesystem og samtidig at medvirke til at begrænse antallet af regelkonflikter mellem skatteretten og anden lovgivning. Herved må det være påkrævet, at der foretages en forudgående analyse af skattereglernes samspil med andre retsregler, så snart reglerne er på tegnebordet. Generelt må det konstateres, at der i forbindelse med vurderingerne af skattelovgivningen mangler analyser af skattereglernes påvirkning på civilretten eller samspil med samme. Sådanne analyser kunne udføres i stil med de benyttede skøn over provenuvirkninger, miljøvirkninger og forhold til EU-retten mv., der allerede i dag foretages i forbindelse med fremsættelsen af lovforslag. Problemstillingen ville dog ikke opstå, hvis Skatteministeriet i alle tilfælde fulgte den til enhver tid gældende lovinstruks¹³. Heri henvises til Statsministeriets checkliste for udarbejdelse af lovgivning. Denne checkliste er medtaget som bilag 4 i instruksen. Heraf fremgår som punkt 5, at der i forbindelse med udformningen af lovforslag skal tages stilling til relationerne til anden national og international lovgivning, herunder i form af overlap og modstrid¹⁴.

Økonomi- og erhvervsministeren har i et svar af 18.3. 2003 til Folketingets Erhvervsudvalg på spørgsmål 4 til L 145, bilag 6, udtrykt sin holdning til samspillet mellem skatteret og civilret. Foreningen af registrerede revisorer havde spurgt, om ministeren er enig i, at det er hensigtsmæssigt, at der er overensstemmelse mellem de skatteretlige og de selskabsretlige regler (vedrørende fusioner og spaltninger). Hertil blev det svaret, at det selskabsretlige regelsæt og det skatteretlige regelsæt typisk tjener forskellige formål, og der derfor ikke nødvendigvis altid er overensstemmelse mellem de to regelsæt. Dog kan der forekomme situationer, hvor dispositioner har en sådan odiøs karakter, at hele konstruktionen ud fra en omgængelsesbetragtning vil komme i kon-

12. Jf. Redegørelse fra Skatteretsrådet, 2001, s. 46.

13. Jf. senest instruks af 3.2. 2004.

14. Uddybende hedder det »... Er der tale om et område, der i forvejen er reguleret nationalt eller internationalt? Vil det påtænkte lovforslag overlapse den allerede eksisterende lovgivning (herunder også andre ressortministeriers lovgivning)? Vil det modarbejde den hidtidige regulering? Er der taget højde for endnu ikke gennemført, men planlagt regulering (f.eks. ikke gennemførte EU-direktiver)? ...«.

flikt med det selskabsretlige selvfinansieringsforbud. Det anføres, at tilsvarende betragtninger har betydning ved den skatteretlige tilladel-sespraksis i forbindelse med ansøgninger om skattefri spaltninger.

Af *ligningsvejledningen* fremgår der imidlertid hyppigt udsagn, der indikerer en generel accept af civilretlige forhold i skatteretlig hense-ende. Således forudsættes det i LV 2005 E.C.1.2.2.1. en skattemæssig accept af parternes aftale i relation til afskrivningsloven. Ligeledes frem-går det af LV 2005 E.I.4.1.3.2. om aftaler vedrørende fordeling af goodwill, at en indgået aftale mellem ikke-interesseforbundne parter som hovedregel skal respekteres af ligningsmyndighederne, når der foreligger økonomiske eller skattemæssige modstående interesser. Til-svarende anføres i LV 2005 S.F.2., at et selskab og dets aktionærer, som selvstændige rets- og skattesubjekter, kan drive samhandel med hinan-den eller i øvrigt indgå bindende aftaler med hinanden. Videre anføres det, at de skattemæssige følger af sådanne dispositioner som udgangs-punkt ikke adskiller sig fra konsekvenserne af tilsvarende aftaler mel-lem uafhængige parter. Dog indgås undertiden aftaler mellem et selskab og dets aktionærer og mellem koncernforbundne selskaber med et indhold, der afviger så meget fra almindelige forretningsmæssige disposi-tioner, at de kun kan anses opnået i kraft af aktionærindflydelsen. Så-danne aftaler kan ikke tillægges skattemæssig virkning efter deres indhold¹⁵. Udsagnene refererer til konkrete situationer, men må kunne tages til indtægt for det standpunkt, at ligningsmyndighederne opererer ud fra et udgangspunkt om, at parternes aftaler skal tillægges skatte-mæssig betydning. Der fremkommer imidlertid ikke umiddelbart ud-sagn om andre relationer mellem skatteret og civilret.

1.2. Retspraksis – varierende signaler

Der kan næppe udledes en generel linie af domstols- og administrativ praksis vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. De retsan-vendende instanser har ikke gennem ratio decidendi eller obiter dictae tilkendegivet en generel opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Den foreliggende praksis er præget af den naturligt forekom-mende kasuisme og er oftest konkret begrundet.

Det må i almindelighed anerkendes, at givne juridiske begreber an-vendes i disses almindeligt anerkendte juridiske betydning, såfremt lov-

15. Jf. fortsat LV 2005 S.F.2.

givningen anvender sådanne begreber, og ikke andet fremgår af lovens bemærkninger¹⁶. Et sådant almindeligt fortolkningsprincip må antages også at bestå i skatteretten. Et eksempel herpå findes i UfR 1961, 109 H *Jørgen Stæhr*. Sagen omhandlede spørgsmålet om muligheden for fritagelse fra grundstigningsskyld i henhold til dagældende regler, jf. § 19, stk. 1 a, i lov nr. 265 af 27.5. 1950. Heri fandtes der mulighed for fritagelse blandt andet under forudsætning af, at ejendommen havde været optaget til vurdering mindst to gange i ejerens ejertid. Skattemyndighederne regnede ejerperioden fra tidspunktet for skødet tinglysning. Dette fandt støtte i finansministeriets bekendtgørelse nr. 375 af 1.9. 1950, afsnit E, 2. stk., punkt e. Skatteyderen anførte, at ejendommen måtte anses for erhvervet allerede ved slutsedlens underskrift og godkendelse, og at denne i hvert tilfælde måtte antages at være endelig ved overtagelse af ejendommen. Forarbejderne gav ikke støtte ved fortolkningen af den pådømte bestemmelse. Højesteret fandt, at en sædvanlig forståelse af ordet *erhvervelse* af en ejendom måtte føre til, at det ikke kunne være tinglysningen, der var afgørende. Dog foretog Højesteret den reservation, at der konkret ikke var påvist tvingende praktiske grunde til at fravige denne sædvanlige forståelse, herunder omgængeshensynet, men udelukker altså herved ikke, at eksistensen af sådanne hensyn kunne have medført et andet resultat.

Højesterets dom i TfS 2004, 542 H *Johnson Holding ApS*, udtrykker samme regel specifikt på skatterettens område¹⁷. Se om denne dom straks nedenfor.

Fra tid til anden fremkommer præmisser, der tilsyneladende er udtryk for, at civilretligt gyldige dispositioner generelt tillige må tillægges skatteretlig virkning. Et eksempel herpå findes i UfR 1999, 863 H *Henning Ahrendt Lauridsen*, om annulation af en anpartshavers anparter i et kommanditselskab grundet misligholdelse. Højesteret lagde Vestre Landsrets bemærkninger til grund, hvorfor det blev antaget, at annulleringsprisen var opgjort i overensstemmelse med de principper, der var blevet fulgt ved tidligere tvangsindløsninger af andre anpartshavere, og ikke civilretligt var anfægtet af skatteyderen. Annuleringsprisen fandtes herefter, efter Landsrettens og Højesterets vurdering at

16. Jf. herom eksempelvis *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret Almindelige emner, 2004, s. 170.

17. Se herom *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 671 og *Anders Bjørn* i R&R 2004 SM 236. TfS 1984, 134 Ø *Dan Tiles ApS*.

måtte lægges til grund i skattemæssig henseende som sagsøgerens afståelsessum. Der kan dog ikke udledes generelle retningslinier af dommen. Tilsvarende betragtninger lader til at fremgå af TfS 2000, 485 H *Arne Bach Pedersen*, TfS 1998, 750 Ø *Erik Kastberg Olsen* og ikke offentliggjort Vestre Landsretsdom af 2. November 1999, B-2641-97, hvor det selskabsretlige tidspunkt for omdannelse af et aktieselskab til et anpartsselskab, nemlig registrering og bekendtgørelse i Statstidende, blev lagt til grund, jf. AL § 134 I, stk. 2¹⁸.

Det er blevet anført, at den endelige tilsidesættelse af den skatteretlige substitutionsgrundsætning med dommen i TfS 1998, 485 *Aage Haugland*, er udtryk for en generel civilretlig styring af skatteretten formentlig i den forstand, at civilretten har forrang for skatteretten¹⁹. Dommen er nærmere analyseret i Del VI, kapitel 18, afsnit 7.4.3.3. og skal derfor ikke gengives på dette sted, blot skal der fremhæves visse forhold af betydning for forholdet mellem skatteret og civilret. Dommens udfald medfører i vidt omfang en civilretskonform retstilstand, idet selskabsretligt gyldige selskabsstiftelser anerkendes i skatteretlig henseende. Spørgsmålet er imidlertid blot, om dette resultat kan tages til indtægt for, at der gælder en generel civilretlig styring samt videre, at en fravigelse fra dette udgangspunkt kræver et specifikt skatteretligt hjemmelsgrundlag. Spørgsmålet må efter min vurdering besvares afkræftende, selv om dommen er noget af det tætteste, vi kommer på et sådant udsagn. Dette kan nærmere begrundes med det forhold, at lovgiver med vedtagelsen af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, tydeligt har forudsat, at selskabsretligt gyldigt oprettede aktie- og senere anpartsselskaber er omfattet af fuld skattepligt her til landet, jf. herom kapitel 18 i Del IV. I overensstemmelse med terminologien i foreliggende afhandling er der således tale om et retskildebestemt kongruenskrav. At civilretten konkret er styrende, er derfor ikke overraskende. At der videre kan antages at gælde et hjemmelskrav før der kan foretages en fravigelse herfra, forekommer derfor rigtigt. Højesterets bemærkninger i dommen ses ikke at tale mod en sådan tolkning. Retten bemærkede således, at der hverken i SL § 4 eller på andet retligt grundlag var hjemmel til at

18. Se hertil også *Werlauffs* kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 543 f samt TfS 2002, 702 H og TfS 2002, 703 H om rådgiveransvar vedrørende udløst aktieaktieafgift i samme forbindelse.

19. Jf. *Nikolaj Vinther* i TfS 2000, 945, *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2000, s. 309 ff og *Bent Ramskov* i SR-Skat 2001, s. 294 f, samt mere modificeret *Erik Werlauff* i TfS 1999, 237, men tillige *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* i UfR 2004, B. s. 299.

frakende udøvelse af kunstnerisk virksomhed i selskabform skattemæssig betydning. Afgørelsen er således baseret på det forhold, at der ikke var eller er skatteretlig hjemmel til at nægte Haugland retten til at drive erhvervsvirksomhed i selskabsform. Der kan således ej heller af denne dom udledes et universelt skatteretligt grundprincip om civilrettens forrang.

Det er ligeledes blevet anført, at TfS 1998, 397 H *Kurt Hall Jørgensen* er udtryk for Højesterets holdning om en generel civilretlig forrang for skatteretten²⁰. Sagens problem var, på hvilket tidspunkt en afståelse af aktier skulle anses for at have fundet sted ved selskabets konkurs i relation til den dagældende aktieavancebeskatningslovs tre-års frist for fradrag af tab ved afståelse af aktier. Skattemyndighederne havde gennem en årrække opretholdt en praksis, hvorefter tab på aktier skal fratrække i det indkomstår, hvor det med fornøden sikkerhed sandsynliggøres, at selskabets kapital var tabt. I den konkrete sag fandt skattemyndighederne, at kapitalen var tabt før det tidspunkt, hvor skatteyderen havde været ejer af aktierne i 3 år. På linie med Landsrettens mindretal bemærkede Højesteret, at den af skatteministeriets hævdede fortolkning af aktieavancebeskatningslovens § 1, stk. 2 hverken havde hjemmel i lovens § 1, stk. 2 eller i andre bestemmelser i loven eller lovens forarbejder. Videre fandt Højesteret, at den af skattemyndighederne fremførte fortolkning var i strid med grundprincippet i SL § 5 a. Endelig anførte Højesteret, at det forhold, at aktierne som følge af selskabets endelige opløsning ikke længere eksisterer, nødvendigvis anses for omfattet af begrebet afståelse. ABL § 1, stk. 2 måtte herefter forstås således, at afståelsestidspunktet er tidspunktet for ejendomsrettens ophør ved overdragelse eller på anden måde, herunder ved selskabets endelige opløsning. Højesteret bemærkede herefter, at skattemyndighederne ikke havde haft hjemmel til at nægte Kurt Hall Jørgensen – der indtil selskabets endelige opløsning fortsat var ejer af aktierne – det omtvistede tabsfradrag.

En konklusion om civilrettens absolutte styring (eller nærmere forrang) og et deraf følgende hjemmelskrav er også ved denne sag nær-

20. Jf. *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 141, *Nikolaj Vinther* i TfS 2000, 945 og *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2000, s. 309 ff samt mere modificeret *Erik Werlauff* i TfS 1999, 237. Sidstnævnte forfatter tilslutter sig dog direkte i UfR 2001 B, s. 421, at Højesteret med dommen foretager en ordlydsfortolkningen af aktieavancebeskatningsloven og tager samtidig – med rette – afstand fra at anse dommen som udslag af realitetsgrundsætningen.

liggende. Imidlertid er en sådan konklusion ikke berettiget, idet der også kan findes andre og mere rammende begrundelser for sagens udfald. TfS 1998, 397 H må snarere ses som udtryk for rendyrket lovfortolkning på skatterettens område²¹. Højesteret bevæger sig på intet tidspunkt ud over det for aktieavancebeskatningsloven eksisterende og relevante retskildemateriale. Resultatet indebærer godt nok en civilretskonform fortolkning, idet Højesteret lægger vægt på ejendomsrettens ophør som udslagsgivende ved den skatteretlige vurdering. Et sådant udfald er imidlertid baseret på den omstændighed, at det civilretlige ejendomsretsbegreb er lagt til grund ved vedtagelsen af aktieavancebeskatningsloven²². På dette grundlag kan der siges at bestå et retskildebestemt kongruenskrav i overensstemmelse med den i afhandlingen anvendte terminologi, jf. infra kapitel 7, § 3. Højesteret lagde sig med dommen tæt op ad en ordlydsfortolkning af skattelovgivningen hvilket resulterer i en civilretskonform retstilstand, idet det civilretlige afståelsesbegreb ej heller omfatter den omhandlede situation. At Højesteret skulle lade det skatteretlige afståelsesbegreb følge det civilretlige afståelsesbegreb, er der for så vidt god fornuft i. Problemet er blot det, at Højesteret ikke noget sted i sine præmisser tilkendegiver, at dette skulle være tilfældet. Det konkrete resultat kan for så vidt godt harmonere med en civilretlig opfattelse af afståelsesbegrebet, men dette er ikke ensbetydende med, at der er tale om en generel civilretlig styring, der rækker ud over den konkrete problemstilling.²³

Det er ligeledes nærliggende at opfatte TfS 1996, 654 H *Bo H. P. Kroll*, som udtryk for en generel skatteretlig respekt af civilretten. Sagen drejede sig om fortolkningen af dagældende ABL § 6, stk. 8 vedrørende udnyttelse af tegningsretter. Det nærmere problem gik på at fastslå, hvornår en aktie, der er erhvervet ved udnyttelse af en tegningsret, er erhvervet. Det fremgik af nævnte bestemmelse, at aktierne anses for erhvervet samtidig med den moderaktie, som de nævnte ret-

21. Sml. *Jacob Graff Nielsen*: Legalitetskravet ved beskatning, 2003, s. 326, og *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 95.

22. Jf. bemærkningerne til § 2, nr. 6-8 i lov om særlig indkomstskat (lov nr. 256 af 11.6.1960) i FT 1959-60, tillæg A, spalte 1069 ff. Disse bestemmelser videreførtes af § 1, stk. 2 og 3 i aktieavancebeskatningsloven, jf. FT 1980-81, tillæg A, spalte 3323 ff.

23. Højesteret har tillige konstateret, at aktieavancebeskatningslovens regler om erhvervelsestidspunkt for aktier og anparter mv. må forstås i overensstemmelse med obligationsrettens regler herom. Dette vil sige at der sker erhvervelse ved ejendomsrettens overgang eller på anden måde, jf. TfS 2001.235 H *Brødrene Karlborg*. Også dette resultat må antages at være et direkte udslag af almindelig lovfortolkning.

tigheder knytter sig til. Det nærmere spørgsmål var, om tegningsrets-begrebet skulle fortolkes sådan, at dette alene omfattede ret til tegning af aktier til favørkurs, eller om begrebet i overensstemmelse med selskabsretten tillige omfattede ret til tegning af aktier til markedskurs. Østre Landsret tilsluttede sig kammeradvokatens argument om, at der ikke er identitet mellem det selskabsretlige tegningsretsbegreb og anvendelsen af dette i ABL § 6, stk. 8. Det blev således fastslået, at tegningsretten konkret skulle give adgang til tegning af nye aktier til favørkurs. Kun hermed kunne der efter Landsrettens opfattelse være tale om overførsel af den del af den værdi, der er knyttet til moderaktien, og dermed anledning til at anse erhvervelsen for sket samtidig med erhvervelsen af moderaktien. Højesteret foretog imidlertid også i denne sag en ordlydsfortolkning af bestemmelsen²⁴. Det blev således fastslået, at det ikke kunne være afgørende for erhvervestidspunktet for aktier erhvervet på baggrund af tegningsretter, om tegningskursen var lavere end tegningskursen. Det ses således heraf, at denne sag ej heller bidrager generelt til opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret, selvom resultatet medfører at der konkret må være sammenfald mellem det skatteretlige og det selskabsretlige tegningsretsbegreb²⁵.

Videre ses der ikke at være grundlag for at antage, at dommen i TfS 1999, 289 H *Bygge & Finans A/S* vidner om en generel domstolsanerkendt civilretlig dominans og styring. Sagen skal snarere tages til indtægt for, at en aktieoverdragelse fra et selskab til dettes hovedaktionær og efterfølgende tilbagesalg ca. 2 1/2 måned senere ikke opfyldte betingelserne for tilsidesættelse af skattesalg. Skulle dommen tages til indtægt for en generel civilretlig styring måtte praksis til modvirkning af skattesalg generelt underkendes. Da der imidlertid hverken fremkommer ytringer herom eller om en generel civilretlig styring, må dommens betydning i denne konkrete sammenhæng antages at være begrænset.

Der kan siges at fremkomme argumenter for en generel anerkendelse

24. Sml. *Jacob Graff Nielsen*: Legalitetskravet ved beskatning, 2003, s. 325 og *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 94 f, der ser dommen som et skoleeksempel på almindelig lovfortolkning.

25. Se også *Bente Møll Pedersen* i TfS 1996, 659. Forud for Højesterets dom havde *Lars Fogh & Preben Underbjerg Poulsen* i TfS 1994, 218, argumenteret for, at det var vanskeligt at se, hvordan det skatteretlige tegningsretsbegreb kunne bindes på det selskabsretlige fortegningsretsbegreb. Samme konklusion nåede *Tommy V. Christiansen* i TfS 1994, 141, om en forfatteren var kritisk herfor og anfører, at reglerne trængte til en synkronisering med de underliggende civilretlige regler.

af civilrettens styring ved Højesterets tilsidesættelse af den lange praksis om rentefiksering, jf. herved TfS 1996, 642 H *Freddy Riisgaard Jørgensen*, TfS 1997, 752 H *Bjarne Hjorth* og TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*²⁶. Denne praksis kan således læses, som om Højesteret vil tillægge civilretlige aftaler (om rentefrihed) betydning i en sådan grad, at fravigelser kræver hjemmel, med mindre ganske særlige forhold (omgåelse) gør sig gældende. Imidlertid kan den nævnte praksis også læses således, at der indtil vedtagelsen af LL § 2 ikke var hjemmel i skattelovgivningen til at beskatte skatteydere af ikke-realiserede indtægter (samt at tillade fradrag for ikke-realiserede udgifter).

Endvidere skal omtales dommen i TfS 2000, 149 H *Benny Bech*, der tillige er blevet taget til indtægt for Højesterets generelle anerkendelse af civilrettens styrende funktion og et deraf følgende hjemmelskrav²⁷. Skatteyderen ejede sammen med 3 andre aktiekapitalen i et selskab, således at de hver ejede 24,9%, mens den resterende del ejedes af en advokat. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt skatteyderen ved afslutning af selskabets likvidation ejede mere end 25% af aktiekapitalen og derfor skulle betale skat af avancen efter reglerne i dagældende aktieavancebeskatningslov. Forholdet var det, at en af de hidtidige aktionærer ville udtræde af selskabet, og da de øvrige aktionærer kunne opnå en større betaling for koncernen ved et salg umiddelbart før likvidation af selskabet (der var et holdingselskab), blev det planlagte videresalg hemmeligholdt for den udtrædende aktionær. Skatteyderen gjorde gældende, at der var tale om udlodning af likvidationsprovenu, og dermed at han ikke ved den ene aktionærs udtræden var blevet værnsaktionær. Skattemyndighederne påstod modsat, at skatteyderen var blevet værnsaktionær ved at have overtaget 1/3 af den udtrædende aktionærs aktiepost. Dette anbringende var baseret på en fortolkning af parternes aftalegrundlag i forbindelse med den ene aktionærs udtræden. Højesteret fandt, ligeledes efter en fortolkning af parternes aftalegrundlag, at der ikke var tale om et køb af aktierne, hvilket også efter sagens omstændigheder måtte have formodningen imod sig. Af denne årsag gav Højesteret således skatteyderen medhold i, at skattemyndighederne ikke havde haft fornødent grundlag til at fastslå, at de tre tilbageværende aktionærer købte den udtrædende aktionærs aktiepost, og der-

26. Jf. *Erik Werlauff* i TfS 1999, 237.

27. Jf. *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2000, s. 309 ff.

med var der ikke grundlag for beskatning som sket²⁸. Denne dom giver ikke grundlag for at postulere eksistensen af en almengyldig civilretlig forrang og deraf udledt hjemmelskrav. Højesteret fortolker ganske enkelt parternes aftalegrundlag og finder heri ikke grundlag for at antage, at der var tale om et aktiekøb i stedet for en skævdelt likvidationsudlodning. Sidstnævnte synes derimod at være forudsat i aftalegrundlaget. Det skal i denne forbindelse erindres, at skattemyndighederne ikke argumenterede for et resultat, der indebar en generel skatteretlig fravigelse fra civilretten, herunder en særlig skatteretlig forståelse af begrebet »køb«. Der var derfor i sagen tale om en fortolkning af parternes aftale.

Nærmest bizart bliver det, såfremt højesteretsdommen i TfS 1998, 777 H *Direktør Henry Jørgensen og hustru Rigmor Jørgensens Fond* tages til indtægt for civilrettens styrende funktion og dermed forudsatte forrang for skatteretten. Sagen omhandlede i sin enkelthed spørgsmålet om, hvorvidt der i dagældende § 3, stk. 4, nr. 3 i arveafgiftsloven var hjemmel til at indfortolke et krav om konkretisering af fondes fundatser således, at legatmodtagerne var nævnt heri, førend arveafgiftsfritagelse kunne finde sted. Den nævnte bestemmelse stillede det som krav for arveafgiftsfritagelse, at de midler som fonden var tillagt som arv skulle benyttes til almenvelgørende eller andet almennyttigt formål. Skattemyndighederne praktiserede som nævnt tilsyneladende et konkretiseringskrav. Fonden bestred, at skattemyndighederne havde hjemmel til at stille krav om en konkretisering af legatmodtagerne, hvilket måtte antages at udgøre en indskrænkende fortolkning af begreberne »almenvelgørende« og »almennyttigt«. For Højesteret blev det uddybende anført, at kontrollen med om en fonds formålsbestemmelse overholdes af bestyrelsen, efter gennemførelsen af fondslovgivningen henhører under fondsmyndigheden og ikke under skattemyndighederne. Ligeledes uddybende blev det anført, at et krav om konkretisering var uegnet til at opnå sikkerhed for, at en formålsbestemmelse overholdes af bestyrelsen. Højesteret fandt konkret, at de midler som fonden var tillagt ved arv skulle benyttes til »almenvelgørende eller andet almennyttigt formål« i overensstemmelse med arveafgiftslovens § 3, stk. 4, nr. 3. Efterfølgende forkastede Højesteret i principielle vendinger konkretisering-

28. Derimod beskattedes skatteyderen i overensstemmelse med egen og skattemyndighedernes subsidiære påstand om en yderligere indkomst som følge af en skævdeling i likvidationsprovenuet, jf. SL § 4.

kravet, idet det blev anført, at fondslovgivningen skal sikre, at fondes midler bliver anvendt til formålet. Spørgsmålet er på denne baggrund, om Højesteret herved kan siges at have bidraget til den generelle opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Efter min klare opfattelse må svaret herpå være benægtende. Selve sagens konkrete udfald er ukontroversielt og blot udtryk for en konkret vurdering af faktum sammenholdt med det relevante hjemmelsgrundlag. Den principielle tilsidesættelse af konkretiseringskravet kan ikke siges at indeholde en principerklæring om civilrettens forrang. Derimod indebærer tilsidesættelsen den erkendelse, at skattemyndighederne ikke kan opretholde en konkret fortolkning af specifikke skatte- og afgiftsretlige regler under dække af her igennem, at varetage civilretlige reguleringshensyn, når det faktisk viser sig, at myndighedernes fortolkning netop ikke indebærer en sådan varetagelse. Med resultatet tilgodeser Højesteret således også fondslovgivningens reguleringsfunktion, hvilket i sig selv kan antages at være prisværdigt, men ikke udtryk for en generel forrang for civilretten overfor skatteretten. Højesteret må antages at have fundet, at der ikke fandtes særlige civilretlige hensyn, der kunne tale for en udvidelse af lovens klare ordlyd, selvom en sådan udvidende fortolkning måske blev gennemført ud fra hensynet til fondslovgivningen. Endda må dommen tages til indtægt for det standpunkt, at Højesteret ikke finder, at skatteretten skal varetage civilretlige hensyn gennem særlige skatteretlige fortolkninger (in concreto en udvidende fortolkning), når civilretten selv må antages at varetage disse hensyn.

I TfS 2002, 720 LSR, tilsidesatte Landsskatteretten skattemyndighedernes synspunkt om, at et moderselskabs udleje af hele sin virksomhed til et helejet datterselskab, i stedet var udleje af goodwill, hvilket ikke kan lade sig gøre i skatteretlig forstand. Landsretten lagde imidlertid lejeaftalen til grund og fandt, at denne ikke gav grundlag for at antage, at der i realiteten forelå en afståelse af virksomheden eller at datterselskaber i øvrigt kunne disponere over virksomhedens goodwill. Sagen bliver – formentlig med rette – af *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen* taget til indtægt for en – om end mindre – landvinding i henseende til skatterettens tilknytning til civilretten, idet Landsskatteretten afviste argumentet om, at der kunne finde en partiel opsigelse sted, selv om dette havde noget for sig²⁹.

29. Jf. JUS 2002/31.

Endelig som det seneste skud på stammen bør nævnes den allerede omtalte dom i TfS 2004, 542 *Johnson Holding ApS*. Sagen omhandlede en fortolkning af LL § 8 J. Efter denne bestemmelse kan udgifter til advokat og revisor, der er afholdt i forbindelse med *etablering af en erhvervsvirksomhed* eller udvidelse af en bestående erhvervsvirksomhed fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Denne bestemmelse var hidtil blevet fortolket snævert i administrativ praksis og en enkelt Landsretsdom³⁰. Herefter blev et selskabs besiddelse af aktier ikke anset som erhvervsvirksomhed i LL § 8 J's forstand. Med andre ord udgør en holdingfunktion ikke erhvervsmæssig virksomhed. Landsretten henså særligt til, at nok skal begreberne »etablering« og »udvidelse« fortolkes bredt efter Cirk. nr. 72 af 17.4. 1996, men at der ikke fandtes støtte for en tilsvarende bred fortolkning af udtrykket »erhvervsvirksomhed«³¹. Det er et nærliggende spørgsmål, hvorvidt der er grundlag for at fortolket begrebet »erhvervsdrivende« i skatteretlig henseende på en måde der afviger fra selskabsrettens begrebsdannelse. Dette var temaet for Højesteret.

Johnson Holding ApS blev stiftet i 1997 ved en skattefri aktieombytning. Selskabet kom herved til at eje 100% af aktierne i et datterselskab. Holdingselskabet erhvervede en post obligationer i 1998. Af holdingselskabets regnskab fremgik, at selskabet aktivitet består i at eje aktier i datterselskabet. Holdingselskabets indtægter bestod af resultatet fra datterselskabet samt renteindtægter fra obligationer, indeståender og lån til datterselskabet. Holdingselskabet fratrak ved indkomstopgørelsen for 1997 udgifter til advokat og revisor vedrørende stiftelsen af holdingselskabet. For indkomståret 1998 fratrak selskabet udgifter til revisor og regnskabsassistance. Den kommunale skattemyndighed underkendte samtlige fradrag. Landsskatteretten indrømmede fradrag for udgifterne til revision og regnskabsassistance, jf. SL § 6 a, men fandt ikke at der fra fradrag for stiftelsesomkostningerne i medfør af LL § 8 J.

30. Jf. TfS 2001, 92 LSR, TfS 2001, 93 LSR og TfS 2002, 993 Ø *Johnson Holding ApS*.

31. Dette synspunkt er forsvaret af to af Landsskatterettens medarbejdere, *Jane Juul Kjær & Louise Lillebæk Johansen* i TfS 2001, 98 i tilknytning til TfS 2001, 92 LSR og TfS 2001, 93 LSR. Praksis er imidlertid mødt med kritik hos *Ole Bjørn* i SR-Skat 2001, s. 145 f og samme i SR-Skat 2002, s. 353 f, samt redaktionelt i SpO 2000, s. 386 f. Kritikken synes navnlig centeret om det forhold, at der efter opregningen i cirkulæret tillades fradrag i visse situationer, som ligger på kanten af, hvad en ordlydsfortolkning kan bære, ligesom den konkrete anerkendelse i administrativ praksis af fradrags for løbende udgifter til regnskabsmæssig assistance og revision. Se tillige kritisk *Kristian Nørskov Stridsen & Flemming Schoiler* i TfS 2001, 373.

For Østre Landsret drejede sagen sig alene om stiftelsesomkostningerne. Som omtalt ovenfor fandt Landsretten ikke at holdingaktiviteten kunne anses for at udgøre »erhvervsvirksomhed«, hvorfor der ikke var fradrag i medfør af LL § 8 J, jf. TfS 2002, 993 Ø.

Højesterets flertal (3 dommere ud af 5) tilsidesatte Landsrettens dom med følgende præmisser: »... Ifølge aktieselskabslovens § 1, stk. 1 og anpartsselskabslovens § 1, stk. 1, skal aktie- og anpartsselskaber være erhvervsdrivende, og det er i selskabsretten anerkendt, at kravet herom er opfyldt også for så vidt angår selskaber, hvis virksomhed alene består i at besidde aktier eller anparter i et eller flere datterselskaber. Udgangspunktet må på denne baggrund være, at sådanne moderselskaber også anses for erhvervsdrivende ved anvendelsen af de skatteretlige regler.

Da der hverken i ordlyden af ligningslovens § 8 J, i forarbejderne til bestemmelsen eller i oplysningerne om selskabets virksomhed er holdepunkter for et modsat resultat, må etableringen af Johnson Holding ApS herefter anses for en etablering af en erhvervsvirksomhed, således at selskabet i medfør af bestemmelsen kan fradrage udgifter til advokat og revisor afholdt i forbindelse med etableringen. Dette resultat er også bedst stemmende med skattemyndighedernes anerkendelse af, at selskabet i medfør af statsskatte-lovens § 6, stk. 1, litra a, har fradragsret for de løbende udgifter til revision og regnskabsassistance ...«. Mindretallet kunne af de samme grunde som Landsretten ikke tiltræde dette resultat.

I lyset af disse præmisser er det naturligt at overveje om Højesteret hermed gennem et obiter dictum samtidig har tilvejebragt en generel regel om forholdet mellem skatteret og civilret³². Det må imidlertid

32. Således vil Anders Bjørn i R&R 2004 SM, s. 236 ff (s. 239), tilsyneladende tillægge dommen generel betydning for forholdet mellem skatteret og civilret. Det anføres, at »... Det kan i hvert tilfælde ikke udelukkes, at Højesteret med den nævnte formulering har tilsigtet at understrege, at det skatteretlige begrebsapparat ikke umiddelbart lader sig frigøre fra det civilretlige udgangspunkt, når der ikke er et særligt grundlag herfor ...«. Tilsvarende vil Nikolaj Vinther & Erik Werlauff i UfR 2004 B, s. 298 ff, tillægge dommen afgørende betydning for forholdet mellem skatteret og civilret. Antagelsen begrundes dog ikke nærmere og synes ikke logisk i lyset af forfatternes antagelse om, at der allerede forud for dommen gjaldt et generelt princip om civilrettens dominans. Endelig udleder Ole Bjørn vidtgående konsekvenser af dommen. Forfatteren anfører således i SR-Skat 2004, s. 260, at »... Mig bekendt er det første gang, man direkte i en Højesteretsdom kan finde formuleret, at et civilretligt begrebsapparat også må lægges til grund for den skatteretlige bedømmelse, medmindre der eksisterer et grundlag for, at skatteretten på et givet område har et andet udgangspunkt end det, som den civilretlige lovgivning indebærer ...«. Også Søren Friis Hansen gør sig til talsmand for lignende betragtninger, idet det i FSR's publikation om Partnerselskaber 2005, s. 13, anføres, at: »... Højesteret har således for nylig slået fast (TfS 2004, 542 H), at de civilretlige begreber skal lægges ubetinget til grund ved anvendelse

antages, at en sådan fortolkning er for vidtgående³³. Som nævnt er det mest nærliggende at anse dom som et yderst klart eksempel på anvendelse af den omhandlede generelle fortolkningsregel. Denne fortolkningsregel vedrører ikke alene forholdet mellem skatteret og civilret, men er formentlig generel i forhold til hele retssystemet. Hertil kommer at påvirkningen i forholdet mellem skatteret og civilret som følge af fortolkningsreglen kan gå begge veje. Tilsvarende skal det erindres, at dommen var en snæver flertalsafgørelse og samtidig at den netop vedrører aktieselskabsbegrebet, hvor der faktisk kan konstateres en retskildebestemt kongruenskrav, jf. Del IV, § 7, afsnit 7.4. Der findes således også en anden forklaring på udfaldet af denne dom, end en generel regel om civilrettens forrang.

Disse frembragte domme og ytringerne heri kan følgelig ikke opfattes som principerklæringer fra domstolene om en generel accept af civilretlige dispositioner i skatteretlig henseende eller civilretskonform fortolkning, ligesom der ikke kan udledes en generel civilretlig forrang eller andre generelle regler. I hvert enkelt tilfælde kan der påvises en konkret begrundelse. Så meget desto mere betænkeligt er det, hvis man af de behandlede domme mener at kunne påvise et skatteretligt grundprincip om civilrettens forrang. Eksistensen af et sådant grundprincip må forudsætte en eksplicit tilkendegivelse heraf i praksis, en implicit tilkendegivelse, hvis eksistens i det hele taget kan diskuteres, udgør ikke tilstrækkeligt grundlag.

Omfanget af afgørelser, der indebærer en fravigelse fra civilretten, navnlig i de *specielle misbrugssituationer* er ganske omfattende³⁴. Der kan ikke heraf udledes grundsætninger om hverken styring, forrang, autonomi eller andre synspunkter. Det samme må siges om den praksis,

af skatteretlige regler, medmindre der foreligger klar hjemmel til i en skatteretlig lovbestemelses ordlyd eller dennes forarbejder for at lægge et afvigende begreb til grund ...». Forfatteren baserer vist nok sin udtalelse på Højesterets anvendelse af flertalsformen » de skatteretlige regler«. At Landsskatteretten ikke anser Højesteretsdommen for at have en sådan rækkevidde fremgår af TfS 2006, 22 LSR. I kendelsen nægtedes fradrag for rådgiveromkostninger for et selskab, idet det angivne formål for selskabet aldrig blev opfyldt. Det fandtes således underordnet, at anpartsselskabet var indregistreret i medfør af ApSL.

33. Sml. *Henrik Dam & Rasmus Kristian Feldthusen* i SpO 2004, s. 393 i en redaktionel kommentar til dommen.

34. Dette spørgsmål er indgående blevet behandlet af *Jan Pedersen* i forfatterens doktorafhandling: *Skatteudnyttelse*, 1989, hvor et stort dokumentationsmateriale fremlægges for eksistensen af en realitetsgrundsætning på skatteområdet. Siden er flere afgørelser kommet til, jf. samme forfatter i TfS 2000, 105.

hvorefter skatteminimering ikke i sig selv indebærer, at et skatteretligt udfald kan tilsidesættes. Der ligger snarere en skatteretlig fravigelse fra civilretten heri end en forestilling om, at civilretten stedse udgør en styrende parameter.

Der kan tillige observeres situationer, hvor domstolene tilsyneladende opererer med en fra civilretten frit svævende skatteretlig fortolkning, jf. herved eksempelvis UfR 1977, 964 H og TfS 1992, 78 H.

UfR 1977, 964 H *Højfægernester Claus Christian Castenskiold*, indikerer en afstandtagen fra synspunktet om civilrettens bindende virkning. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt skatteyderen havde adgang til tabsfradrag ved afståelse af nogle aktier, der opstod ved en gældskonvertering, idet skatteyderen havde anset konverteringen som værende sket til kurs pari uanset fordringens reelle værdi. Hermed var aktiernes anskaffelsessum høj (pari), og et salg medførte et tab i to indkomstår. Selskabsretligt var og er retsstillingen den, at kursen ved en kapitalforhøjelse antages at svare til den konverterede fordrings pålydende værdi uanset fordringens reelle kurs. Skatteyderen gjorde under sagen gældende, at konverteringen var en selskabsretlig lovlig og gyldig retshandling, og at skattemyndighederne herefter havde pligt til at lægge til grund, at aktierne var anskaffet til parikurs. Videre blev det anført, at når det selskabsretligt anerkendes, at indbetaling af aktiekapital kan ske ved konvertering, selvom den konverterede fordrings kurs måtte være under pari, men samtidig fastholdes, at aktier ikke i øvrigt må udstedes til underkurs, må det også skatteretligt lægges til grund, at aktierne var anskaffet til kurs pari. Skattemyndighederne anførte herimod, at man ikke ud fra det selskabsretlige forbud mod underkurs kan slutte, at det altid skatteretligt må lægges til grund, at anskaffelsessummen for aktier erhvervet ved konvertering af fordringer ikke kan sættes lavere end aktiernes pålydende værdi, idet der netop ikke selskabsretligt stilles noget paritetskrav som betingelse for registrering. Højesteret lagde til grund, at fordringerne ved konverteringerne utvivlsomt ikke var pari værd, ligesom det forudsattes, at skatteyderen ikke ville have haft adgang til tabsfradrag for det oprindelige lån. På denne baggrund fulgte Højesteret skattemyndighedernes anbringender og bemærkede, at det forhold, at en gældskonvertering sidestilles med anden aktietegning i henhold til aktieselskabslovgivningen, eller at aktierne kunne være erhvervet ved kontant køb ved selskabets indfrielse af de pågældende fordringer, ikke fandtes at kunne begrunde, at skattemyndighederne under de foreliggende omstændigheder ved tabsopgørelsen skulle

lægge til grund, at anskaffelsessummen svarede til aktiernes pålydende værdi. Herefter anerkendte Højesteret skattemyndighedernes adgang til efter § 7 i dagældende lov om særlig indkomstskat, at lægge en skønnet værdi for de konverterede fordringer til grund som anskaffelsessum for aktierne. Dette skøn indebar, at aktieposten blev anset for erhvervet til kurs 5, hvorfor fradragsberettigede tab følgelig ikke fremkom for skatteyderen som følge af aktiesalg til henholdsvis kurs 5 og kurs 10.

I TfS 1992, 78 H *Leif Rosenberg* blev en købsaftale skattemæssigt behandlet som en lejeaftale. Højesteret lader ane, at den skatteretlige vurdering kan adskille sig fra en civilretlig vurdering, idet domstolen ikke nævnte, at aftalen var en lejeaftale, men i stedet fandt, at de indgående aftaler efter en samlet bedømmelse ikke i skattemæssig henseende kunne anses som et køb af andele af en lejlighed.

I TfS 1987, 406 BF blev der set igennem et udenlandsk postkasselselskab således, at nogle danske kommanditister ville bevare afskrivningsretten til et skib efter en påtænkt overdragelse. Skatteretten var i denne sag generelt frigjort fra civilretten. Yderligere forekommer der sager, hvor det skatteretlige udfald formentlig er en konsekvens af, at et civilretligt faktum ikke civilretligt kan accepteres. Dette vil blandt andet være tilfældet, hvor der foreligger *pro forma*.

TfS 2003, 890 H *Erik Bjarne Bruun Ludvigsen* vedrørte også spillet mellem skatteretten og civilretten. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en nedskrivning af aktiekapitalen gennemført samtidig med en kapitalforhøjelse qua gældskonvertering kunne antages at medføre en afståelse af aktier. I tilfælde heraf var det tillige spørgsmålet, hvilke aktier (de oprindelige eller nytegnede) der skulle anses for at være afstået. Skatteyderen anførte, at den civilretlige kvalifikation er afgørende skatteretligt, og at et synspunkt om, at der skatteretligt gælder et obligatorisk FIFO-princip indebærer en fravigelse fra det fundamentale skatteretlige princip om, at den civilretlige kvalifikation er afgørende skattemæssigt. En sådan fravigelse af civilrettens styrende funktion i forhold til skatteretten fordrer efter proceduren enten positiv hjemmel, eller at betingelserne for at anvende den skatteretlige realitetsgrund sætning er opfyldt. Modsat dette fandt skattemyndighederne, at der forelå en afståelse af aktier og, at forarbejderne til ABL § 5 indeholdt tilstrækkelig støtte til at anvende FIFO-princippet også i den foreliggende situation. Det anførtes således, at de skattemæssige regler er løsrevet fra de civil- og selskabsretlige regler om erhvervelse.

Højesteret fandt, at den foretagne rekonstruktion af selskabets kapitalforhold, hvorved et underskud blev udlignet ved en kapitalnedsættelse i forbindelse med tilførsel af ny kapital ved en kapitalforhøjelse, *skattemæssigt* måtte bedømmes således, at det var den hidtidige aktiekapital – ikke den nytegnede – som måtte anses for ligeligt nedsat³⁵. Højesteret noterede en passant, at kapitalforhøjelsen forudsatte, at aktierne blev tegnet mindst til pari³⁶.

Hvis det lægges til grund, at der faktisk er hjemmel til at anvende ABL § 5 i den konkrete situation, har dommen ikke nævneværdig præjudikatværdi, for så vidt angår forholdet mellem skatteret og civilret. Det er imidlertid ikke muligt at slutte noget herom med sikkerhed ud fra Højesterets præmisser, herunder hvad der nærmere ligger i ordet »skattemæssigt«. Antages det derimod, at skatteyderen har ret i sit standpunkt om, at der ikke i skattelovgivningen er hjemmel til den foretagne avancebeskatning uden tilstedeværelsen af en afståelse samt den foretagne anvendelse af FIFO-princippet, er der derimod med dommen tale om et markant eksempel på en skatteretlig kvalifikation, der afviger fra civilretten.

Sammenfattende kan det formentlig allerede på denne spinkle baggrund foreløbigt konstateres, at domstolene og landsskatteretten ikke har udtalt sig i generelle termer om forholdet mellem skatteret og civilret. Praksis udviser en noget spredt fægtning, hvilket kunne tyde på, at der ikke hos domstolene opereres med en fælles opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. I visse tilfælde opretholdes der en stærk styring, mens der i andre tilfælde ikke tøves med at foretage fravigelser fra civilretten i forskellige situationer. Det kan således ikke generelt konkluderes, om de retsanvendende instanser generelt er fortalere for kongruens mellem disciplinerne eller en generel autonomi. Endvidere kan der ikke udledes generelle retningslinier om spørgsmålet. Dertil har afgørelsernes præmisser været for uklare. Det kan derfor heller ikke slutes, om en aktuel fravigelse skyldes, at der savnes en præcis civilretlig kvalifikation, eller om der er tale om en skatteretlig kvalifikation, der utvetydigt afviger fra den civilretlige kvalifikation³⁷.

35. Retstilstanden svarer hermed til beskrivelsen i LV 2005 S.G.2.6.7. og *Henrik Peytz: Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer*, 2003, s. 86 f.

36. Højesterets dom er kommenteret af *Advokatfirmaet Tommy V. Christiansen* i JUS 2003, nr. 45, mens Landsrettens dom er kommenteret af *Lene Hjermand* i TfS 2002, 591.

37. Jf. *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 98.

Praksis kan dog antages at virke censurerende for ligningen, så det forhindres, at forretningsmæssige dispositioner rammes af en skærpet praksis. Det er blevet anført, at realiteten i den retsopfattelse, særligt Højesteret har tilkendegivet gennem senere domme er, at domstolen ikke anser det for at ligge inden for sine samfundsmæssige opgaver at beskytte personer eller virksomheder, der på illoyal måde udnytter skattelovgivningen, medmindre lovens ordlyd eller forarbejder tvinger domstolssystemet til at godkende dispositionen³⁸. Er der derimod tale om normale forretningsmæssige eller civilretlige dispositioner, der ikke er båret af en sådan hensigt, varetager Højesteret disse borgeres interesser ved at fastholde, at en korrektion må have sikker støtte i lovens tekst eller tydelige forarbejder til modvirkning af de omhandlede dispositioner. Det er hertil videre anført, at formålsfortolkning fra myndighedernes side ikke vil blive godkendt, når det illoyale motiv mangler fra borgernes side³⁹. Spørgsmålet behandles nærmere nedenfor i Del IV, kapitel 17, afsnit 5.2.3.3.

Herefter redegøres der for emnets behandling i den skatteretlige litteratur.

§ 2 Akademisk doktrin

2.1. Indledning

En gennemlæsning af de tidlige systematiske fremstillinger over dansk skatteret bidrager ikke stort til en principiel stillingtagen til forholdet mellem skatteret og civilret. Senere bidrag modificerer i et vist omfang denne konstatering. Det er kendetegnende for de fremkomne bidrag, at der udelukkende fokuseres på retsanvendelsesperspektivet og herunder skateudnyttelsessituationerne. Som anført anlægges der i denne afhandling et bredere perspektiv. Nedenstående gennemgang tager udgangspunkt i en inddeling af litteraturen alt efter hvilket standpunkt bidraget repræsenterer: civilrettens styrende funktion, synspunktet om civilrettens primat eller skatterettens autonomi.

38. Jf. Ole Bjørn i SR-Skat 1998, s. 78 og i samme retning Erik Werlauff i TfS 1999, 237.

39. Jf. Ole Bjørn op.cit.

2.2. Relativ binding – civilrettens styrende funktion – kongruens

2.2.1. Opfattelsen hos Thøger Nielsen

Mens forholdet mellem skatteret og civilret var det mest centrale emne i 1920'ernes og 1930'ernes skatteret i Tyskland, skal vi helt frem til *Thøger Nielsens* afhandling i TfR 1963 »Beregningsgrundlag og ligningsgrundlag – bemærkninger om nogle skatteretlige grundproblemer« og samme i sit to-bindes værk *Indkomstbeskatning I og II*, 1965 og 1972, før forholdet bliver nærmere omtalt i dansk skatteret. Til forståelse af *Thøger Nielsens* udredninger er det væsentlig, at have forfatterens systematik i baghovedet. *Thøger Nielsen* benytter en systematik, der sondrer mellem begreberne skattepligt, beregningsgrundlag og ligningsgrundlag⁴⁰. Med denne inddeling in mente er det muligt nærmere at redegøre for *Thøger Nielsens* opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. I anførte afhandling redegøres der for skatterettens stilling i forhold til de øvrige retsdiscipliner⁴¹. Særlig interesse har bemærkningerne om skatterettens forhold til det nationale privatretlige system af retsregler⁴².

Forholdet mellem civilretten og beregningsgrundlaget udtrykkes således: »... Det sæt af retsregler, der tilsammen frembringer beregningsgrundlaget, er i princippet et af den borgerlige ret helt uafhængigt fænomen ...«. På den anden side erkendes det, at der meget vel kan

40. Sondringen er siden ofte anvendt, men har ikke ubetinget slået igennem. Se eksempelvis samme terminologi anvendt hos *Robert Koch-Nielsen*: *Indkomstskatten*, 1970 og *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 55 f. *Skattepligten* refererer sig indledningsvis såvel til spørgsmålet om i forhold til hvem, skattefordringen opgøres og eventuelt også gennemtvinges, som til tidsfaktoren, i hvilken periode skattepligten består, jf. herved *Thøger Nielsen* i TfR 1963, s. 352 ff og sammes *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 56 ff. Det anvendte skattepligtsbegreb tilsvare det traditionelt anvendte begreb: *subjektiv skattepligt*. *Beregningsgrundlaget* defineres af *Thøger Nielsen* som dels værende resultatet af en opgørelse, hvilende på bestemte retsregler, der er normgivende for, hvorledes opgørelsen bør foretages, dels benyttes udtrykket i retlig systematik for selve dette kompleks af regler, jf., TfR 1963, s. 355 ff og *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 51 ff. Den anvendte terminologi anvendes om det resultat, som nås ved anvendelse af reglerne om objektiv skattepligt. Ved *ligningsgrundlag* tænkes på reglerne om tilvejebringelse af de faktiske oplysninger, som er nødvendige for at bringe reglerne om beregningsgrundlaget til fuldstændig og korrekt anvendelse jf. *Thøger Nielsen* op.cit., s. 361 ff og s. 50 ff. Herved ses, at terminologien svarer til, hvad der også kaldes den formelle skatteret, hvor oplysninger og beviseligheder, som er grundlaget for opgørelsen af beregningsgrundlaget tilvejebringes.

41. Jf. TfR 1963, s. 353 ff (363-374).

42. Op.cit. s. 371-373.

forekomme parallelle problemstillinger, men samtidig, at paralleliteten i problemstillingen ingenlunde bør medføre parallel behandling af det givne spørgsmål i de to retsdiscipliner. Ligeledes konstateres det, at visse civilretligt fuldt berettigede handlinger, om end ikke teoretisk, så dog praktisk, er udelukket på grund af skatterettens regler. Det konstateres, at man i visse tilfælde kan notere en vis afsmitning af rent civilretlige hensyn på fortolkningen af reglerne om det skatteretlige beregningsgrundlag. Hertil kommer, at skatteretten i betydeligt omfang inkorporerer fragmenter af det almindelige retssystem som anvendelige også ved bestemmelsen af det rent skatteretlige forhold. Sådanne receptioner findes efter forfatterens vurdering ikke altid lige heldige, og det konstateres, at det kan være vanskeligt at overføre civilrettens synspunkter til en offentligretligt præget disciplin som skatteretten. På den anden side må det implicit være forudsat, at civilretten qua sin styrende funktion for ligningsgrundlaget tillige har betydning for beregningsgrundlaget, jf. straks nedenfor⁴³.

Spørgsmålet tager en ganske anden drejning, når blikket vendes mod civilretten og ligningsgrundlaget. De faktiske oplysninger der ved begrebsdefinitionen tænkes på er for en stor dels vedkommende oplysninger om et givet sagsforholds retlige karakter. Den korrekte anvendelse af beregningsgrundlagets regler forudsætter oplysninger ikke blot om, hvad skatteyderen rent faktisk har foretaget sig i den relevante tidsperiode, men også nok så meget hvorledes den faktiske adfærd retligt skal kvalificeres. Hertil slutter forfatteren, at »... man går næppe for vidt ved at sige, at skatteretten som bestanddel af selve ligningsgrundlaget kan optage næsten ethvert tænkeligt borgerligretligt fænomen som relevant bestanddel. Hyppigt – men ingenlunde altid – vil det derefter gå således, at en efterfølgende anvendelse af de skatteretlige beregningsgrundlagsregler fører til visse korrektioner eller omvurderinger af den retlige bestemmelse af retsforholdet, som ville følge af rent civilretlige regler. Den omstændighed, at den retlige bedømmelse af individets adfærd indgår i ligningsgrundlaget som et faktum, er naturligvis af overvældende betydning for forståelsen af reglerne om beregningsgrundlaget ...»⁴⁴.

43. Jan Pedersen konstaterer da også hertil i Skatteudnyttelse, 1989, s. 223, at Thøger Nielsen i omhandlede afhandling i det store hele betoner den principielle sammenhæng og privatrettens styrende funktion i forhold til såvel beregnings- som ligningsgrundlag.

44. Jf. TfR 1963, s. 373.

Forholdet mellem civilretten og skattepligtsreglerne behandles ikke i de anførte værker. Det må dog antages, at der blandt andet i situationen vedrørende skattepligtsbestemmelsen kan blive tale om anvendelse af begreber hentet fra civilrettens begrebsverden. Denne antagelse bekræftes af forfatteren selv, idet det anføres, at der af flere forskellige grunde kan opstå usikkerheder vedrørende den nærmere afgrænsning af et sagsforhold når skatteretten, nærmest nødtvungent, falder tilbage de i selskabsretten og andre beslægtede discipliner opbyggede forestillinger⁴⁵. Dels kan grænsedragningen i civilretten være ret uklar og vaklende, et forhold der netop kendetegner dansk ret⁴⁶. Dels er det ingenlunde et givent faktum, at den skatteretlige grænsedragning følger tendenserne i civilretten. Thøger Nielsen finder det let forståeligt, at sammenknytningen af selskabsret og skatteret ikke altid får en helt harmonisk karakter. I selskabsretten er det ganske andre praktiske problemer, der har interesse end i skatteretten. Hertil erinderer forfatteren om de essentielle grundhensyn der motiverer den selskabsretlige lovgivning, og derfor medfører en positiv afgrænsning af de selskabstyper der gøres til genstand for regulering og kontrol. Det findes ret uantageligt, at de typedannelser der herved fremkommer uden videre skulle være velegnede til at bestemme den skatteretlige grænsedragning. Det anføres, at det dog har vist sig, at man i ikke ringe omfang, i hvert fald af praktiske grunde, har været nødsaget til at følge trop. Dette forhold følges op af følgende kommentar: »... det er en velkendt sag at et tvangs-betonet ægteskab ikke giver grundlag for helt den samme harmoni som den der kan være resultatet af et frit valg«⁴⁷. Der hersker i Danmark ikke lovregulerede tilstande for selskabstyper udenfor de almindelige selskabslove. Dette har ført til, at man i dansk skatteret for aktie- og anpartsselskabers vedkommende har henholdt sig til det i aktie- og anpartsselskabslovgivningens udviklede begrebsapparat, mens man for andre juridiske personers vedkommende har måttet udvikle en selvstændig begrebsverden⁴⁸. Skattelovgivningen formulerer dog ofte skattepligtsevnen som om de begreber, der benyttes, har et af andre retsdiscipliner fastlagt anerkendt og entydigt indhold. Når således selskabs-skatteloven eksempelvis taler om »andre foreninger, korporationer, stif-

45. Jf. herved *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 610 ff.

46. Loc.cit.

47. Loc.cit.

48. Jf. *Thøger Nielsen* op.cit., s. 611.

telser, legater og selvejende institutioner», jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 6, virker det ganske som om, lovgiver virkelig har vidst, hvad der taltes om. Som Thøger Nielsen konstaterer, kræver det ikke alt for dybdegående analyser at fastslå, at dette i bedste fald er selvbedrag. Pointen i nævnte fremstilling var at understrege, at den målsætning, der er naturlig for selskabsretten ikke behøver at være den der stemmer bedst overens med skatteretlige hensigtsmæssighedsbetragtninger. Når således skatteretten har overtaget hæftelseskriteriet som et afgørende kriterium ved afgrænsningen af den selvstændige skattepligtsevne, er der snarere tale om et lån fra selskabsretten og i mindre grad om et kriterium, der har egentlig selvstændig skatteretlig relevans. Efter Thøger Nielsens opfattelse er afgrænsningen således præget af, at man i vidt omfang har valgt, og til dels har måttet vælge, de i selskabsretten anerkendte afgrænsningskriterier. Herved er man efter forfatterens mening dels blevet tvunget over i irrationelle grænsedragninger, dels i et vist omfang blevet præget af den uklarhed som i betydeligt omfang hersker indenfor civilrettens ulovbestemte områder.

I forbindelse med en omtale om muligheden for en generel foretagendebeskatning konstaterer Thøger Nielsen, at de fremhævede omstændigheder vedrørende problemerne ved samme, giver en del af forklaringen på, at selskabsbeskatningen i meget høj grad støtter sig på de borgerligretlige former ved fastglæggelsen af skattepligtens omfang og nærmere beskaffenhed⁴⁹. Thøger Nielsen fremhæver, at selve tanken om gennemførelsen af en rent økonomisk bestemt foretagendebeskatning fremhæves, fordi den tjener til illustration af skatterettens forsøg på at emancipere sig og derved finde en basis, der er uafhængig af de i retslivet udviklede former. Såfremt den konsekvente gennemførelse af enhedsbeskatning (foretagendebeskatning) opgives, må man i større eller mindre grad falde tilbage på civilretlige begreber⁵⁰.

I artiklen »Solgt – men ikke leveret. I grænselandet mellem skatteret og civilret« fremkommer Thøger Nielsen ligeledes med et bidrag til den generelle forståelse af forholdet mellem civilret og skatteret⁵¹. Således anføres det, at skattelovgivningen i princippet bygger på det øvrige retssystem som en generel faktisk grundforudsætning. Samtidig erkendes det, at det på en række områder viser sig at volde vanskeligheder,

49. Jf. J 1961, s. 608.

50. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 609.

51. Jf. SpO 1978, s. 318 ff.

såfremt de civilretlige kriterier umodificeret skulle accepteres. Således må skatteretten søge sine egne veje for at opnå resultater, der harmonerer med grundtanken bag beskatningsformålet. Det anføres endelig, at der i lovfortolkningen fremkommer svære problemstillinger, som lovgiveren meget sjældent har taget stilling til, og som kun kan beherskes, såfremt man er fortrolig med hele retssystemet.

På ovenstående baggrund må det antages, at Thøger Nielsen har argumenteret for, at civilretten principielt varetager en styrende funktion i forhold til skatteretten, særligt som faktum. Forfatteren har i et vist omfang argumenteret mod hensigtsmæssigheden heraf, men har ikke taget direkte stilling til spørgsmålet om en eventuel rangordning mellem disciplinerne.

2.2.2. Opfattelsen hos E. Polack og Aage Michelsen

E. Polack har bidraget til forståelsen af forholdet mellem skatteret og civilret i dansk ret⁵². Forfatteren lægger den civilretlige kvalifikation til grund for den skatteretlige kvalifikation ved skatterettens placering i det juridiske system⁵³. Hertil føjes, at det anses som et centralt spørgsmål om – eller på hvilke vilkår – skatteretten kan afvige fra den civilretlige grundlag⁵⁴. Forfatteren anser problemet som et af den vigtigste emner i såvel skatteretten som i retssystemet i det hele, idet det vedrører *retssikkerheden*. Polack karakteriserer forholdet således: »... Skatteretten må jo simpelthen knyttes til visse retsstiftende kendsgerninger, og såfremt disse ikke er de samme, som ligger til grund i de civilretlige relationer, er der jo simpelthen tale om et helt andet retssystem, på samme måde som hvis man i eet sprog ved et levende væsen, der bevæger sig og støtter sig med tre lemmer, forstår en kænguru og i et andet en mand med en spadserestok

52. Jf. R&R 1975, s. 134 ff. Forfatterens indlæg, er motiveret af en tidligere artikel af Aage Michelsen i R&R 1974, s. 223 ff. Det anføres heri, at det i visse relationer er anerkendt, at skatteretten ikke nødvendigvis skal bøje sig for den civilretlige betragtningsmåde, s. 242. For så vidt angår kommanditselskaber konkluderes det, at der ikke er noget til hinder for, at man skatteretligt betragter et »kapitalistisk kommanditselskab« som et selvstændigt skattesubjekt i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, selv om man fortsat foretrækker at tale om et kommanditselskab i selskabsretten.

53. Dette standpunkt understreges af overskriften: »Den skatteretlige kvalifikation bestemmes af den civilretlige«.

54. Den meget beskedne forfatter bemærker hertil, at en tilbundsgående diskussion af disse strengt juridiske spørgsmål vel næppe hører hjemme i det valgte forum og at det ville overstige hans evner. Forfatteren ønsker derfor at læseren skal erindre denne baggrund ved læsningen af hans bemærkninger, der, som det anføres, er uvidenskabelige og alene med polemisk anstrøg tjener til markering af problemets rækkevidde.

...«. Det er hermed ikke sagt, at det er udelukket at nå til en forskellig bedømmelse i civilretten og skatteretten, men problemet er efter forfatterens opfattelse, på hvilket grundlag det kan forsvares at gøre det. Hertil anfører *Polack*, at det i mange tilfælde, hvor der sker afvigelse, er et spørgsmål, om der ikke også civilretligt foreligger tilsvarende grundlag for at se bort fra formen og se på realiteten. Endelig fremfører forfatteren det standpunkt, at skatteretlige særstandpunkter bør gennemføres ved lov. Der tages dog ikke herved stilling til det ønskelige i noget sådant eller om en løsrivelse skal efterleve visse kriterier.

Age Michelsen afgav replik til *Polack*⁵⁵. Hovedsynspunktet i denne replik vedrørende forholdet mellem civilret og skatteret er, at skatteretten ikke passivt kan affinde sig med den manglende betydning i selskabsretlig henseende af visse grænsedragninger ved selskabers kvalifikation (in concreto kommanditselskabets karakter af et sådant), idet det ofte er af afgørende betydning hvorledes et selskab kvalificeres, dels fordi ikke alle selskaber er skattepligtige, dels fordi skattepligtige selskaber ikke beskattes ens. Videre anføres det, at såfremt skatteretten undlader at udbygge det selskabsretlige begrebsapparat, vil det ikke være muligt at bringe de differentierede regler i selskabsskatteloven i anvendelse⁵⁶.

Siden har samme forfatter tilkendegivet samme syn på forholdet mellem skatteret og civilret. Således har forfatteren, reserveret men velafbalanceret, indtaget den holdning, at der ved løsningen af skatteretlige konflikter i almindelighed tages udgangspunkt i den civilretlige kvalifikation af begreberne og fænomenerne⁵⁷. Dog konstaterer forfatteren, at det ofte vil være tilfældet, at man i civilretten ikke har foretaget en tilstrækkeligt præcis kvalifikation af begreberne, eller der overhovedet ikke har været lejlighed hertil. I sådanne tilfælde må skatteretten selv foretage den nødvendige kvalifikation, ligesom der også kan forekomme

55. Jf. R&R 1975, s. 142 ff.

56. Forfatteren finder det ud fra mere selvstændige skatteretlige overvejelser derfor nødvendigt at forsøge at foretage en typeinddeling af selskabstyper, der vanskeligt eller overhovedet ikke kan kvalificeres ved anvendelse af den sparsomme selskabsretlige begrebsdannelse. Der vil oftest ikke være nogen modstrid mellem den selskabsretlige og den skatteretlige kvalifikation, idet noget sådant jo ville forudsætte, at der eksisterer et veludviklet selskabsretligt begrebsapparat. Dette finder forfatteren ikke (i 1975) at være tilfældet for de fleste selskabers vedkommende. Modsat anføres, at hvor et veludviklet differentieret selskabsretligt begrebsapparat består, vil problemer vedrørende manglende koordination mellem de selskabsretlige og de skatteretlige regler opstå.

57. Jf. Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 98 ff.

tilfælde, hvor skattelovgivningens målsætning udelukkende kan opnås gennem autonom egenkvalifikation af begreberne. Vedrørende domstolens anerkendelse af en selvstændig skatteretlig kvalifikation ytrer forfatteren, at det ikke kan bestrides, at dette forekommer i et ikke helt ubetydeligt omfang⁵⁸. Dog anføres det, at det ofte vil være vanskeligt af domspræmisserne at udlede, om dette er udtryk for, at der savnes en præcis civilretlig kvalifikation, eller om der er tale om en skatteretlig kvalifikation, der utvetydigt afviger fra den civilretlige kvalifikation. Også problemet vedrørende skatterettens mulige virkning som civilretlig retskilde behandles. I nævnte fremstilling behandler *Aage Michelsen* såvel den skattemæssige kvalifikation af civilretlige begreber som anerkendelsesspørgsmål. Forfatteren indtager dog en reserveret holdning, hvor der henvises til diskussionen og praksis, der går i begge retninger. Følgelig kan bidraget ikke tages til indtægt for hverken standpunktet om skatterettens binding eller autonomi⁵⁹.

2.2.3. Opfattelsen hos Jan Pedersen

Den hidtil mest indgående analyse af forholdet mellem skatteret og civilret er foretaget af *Jan Pedersen* i forfatterens doktorafhandling⁶⁰.

Som udgangspunkt anses skatteretten af forfatteren som værende et

-
58. Der henvises til TfS 1998, 731 H *Villy Jensen* for konstateringen af, at der kan foretages en skatteretlig kvalifikation der afviger fra den civilretlige, selv om en aftale er civilretligt bindende og selv om der hverken er konkret eller generelt interessefællesskab.
59. I foredragssammenhæng har *Aage Michelsen* konkluderet, at civilret og skatteret befinder sig i et dialektisk samspil med en gensidig påvirkning – dog som udgangspunkt med civilretten som den styrende part, jf. forelæsningsnoter af 15.1. 2003 udlevet på et ph.d.-kursus ved Handelshøjskolen i Århus. Samtidig blev det udledt, at forholdet ikke er et spørgsmål om enten eller, ligesom der eksisterer mulighed for en selvstændig skatteret, navnlig, hvor der (1) foreligger reale hensyn og (2) hvor skatteretten er først i tid. Heri synes forudsætningsvis at indgå et element at den traditionelle opfattelse om civilrettens forrang.
60. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 218 ff under overskriften bestemmelsen af ligningsgrundlaget – Skatteret og civilret og senere s. 247 ff under overskriften: »Civilretlige begrebers indhold og den skattemæssige betydning heraf«. Inden den nærmere analyse foretages i nævnte afhandling, afklares begreberne ligningsgrundlag og beregningsgrundlag. Det påpeges af *Thøger Nielsen* i Dansk Skattevidenskabelig Forenings jubilæumsskrift, 1990, s. 53, at det af *Jan Pedersen* anvendte begreb »ligningsgrundlag« adskiller sig væsentligt fra det *Thøger Nielsen* selv formulerede begreb. Dette konstateres ved det forhold, at *Jan Pedersen* i Skatteudnyttelse, s. 217, opererer med begrebet ligningsgrundlag forstået som: »... et spørgsmål om den rette kvalificering af skatteydernes økonomiske dispositioner, således at de materielle skatteregler kan finde anvendelse herpå ...«. Dette påpeger *Thøger Nielsen* som værende en markant afvigelse fra begrebets hidtidige udformning, hvilket bør have i erindring ved den følgende redegørelse. *Jan Pedersen* har ligeledes behandlet samspillet mellem skatteret og civilret i SkatteOrientering 1985,

i princippet selvstændigt regelsystem, der er uafhængigt af andre civil- eller offentligretlige regelsystemer⁶¹. Dog retter skatterettens materielle regler sig i realiteten mod de økonomiske følger af privat- og virksomhedsøkonomiske dispositioner⁶². Når skattekravet skal fastlægges, må skatteretten derfor søge mod den civilretlige fastlæggelse af karakteristika for indtægten, dispositionen eller enheden mv. De civilretlige begreber virker således som præmisser for beskattningen, idet skatteevnen ved hjælp heraf søges afdækket⁶³. Forfatteren finder det derfor evident, at der består en principiel og nøje forbindelse mellem den almindelige civilret og indkomstskatteretten, og at skatterettens beregningsgrundlag som udgangspunkt benytter den civilretlige kvalifikation af de underliggende retsskabende omstændigheder. Det anføres, at disse omstændigheder ved hjælp af civilretten nødvendigvis må kvalificeres som retsstiftende omstændigheder. Hertil anføres det, at en nærmere gennemgang viser, at flere materielle skatteregler indeholder egentlige civilretlige termer af almindeligt eller specielt indhold, samt civilretlige udtryk som ikke har specifikt civilretligt indhold, men hvilke dog er forbundet med en forholdsvis entydig forståelse. Disse begrebers civilretlige indhold skal indgå direkte ved den skatteretlige regelanvendelse. *Jan Pedersen* kalder i denne sammenhæng civilretten præjudiciel i forhold til skatteretten⁶⁴. At det forholder sig således beror – efter forfatterens opfattelse – på det faktum, at skatteretten mangler egne udtryk til betegnelsen af økonomiske fordele⁶⁵. Det har endnu ikke været muligt at opstille et alternativt system til afdækning af skatteevnen hos enkelte skattesubjekter end den eksisterende civilretlige begrebsverden⁶⁶.

Også i relation til skatterettens subjektive regler finder *Jan Pedersen*, at der består en meningsgivende sammenhæng. Civilretlige dispositio-

3.7., s. 6 f og SkatteOrientering 2000, Ø.5., s. 21 ff, i SkatteNytt 1992, s. 580, i Skatteretten 1, 2004, s. 57 ff, i SR-Skat 1992, s. 101 ff og endelig i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 233 ff.

61. Jf. *Jan Pedersen* i SkatteOrientering 3.7., 1985, s. 6.

62. Jf. *Jan Pedersen*, Skatteudnyttelse, 1989, s. 218, samme i SR-Skat, 1992, s. 102 ff, SkatteOrientering, 3.7., 1985, s. 6 og Skatteretten 1, 2004, s. 57.

63. Loc.cit.

64. Jf. Skatteretten 1, 2004, s. 57.

65. I ældre tysk teori omtales den skatteretlige anvendelse af civilretlige begreber som »ein Notbehelf«, jf. herom eksempelvis *Dag Helmers*: Kringgående av skattelag, 1956, s. 67.

66. Jf. nævnte fremstillinger.

ner er af afgørende betydning for skattepligten⁶⁷. Forfatteren finder efter en gennemlæsning af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven, at der kan konstateres en tydelig lovreguleret og tilsigtet uoverensstemmelse mellem den almindelige personrets og den civile procesrets krav til retsevne i forhold til skatterettens krav til skattepligtsevne, hvilket efter forfatterens opfattelse skønnes at have væsentlig betydning ved skatteudnyttelser. Den materielle skatteret er ikke præget af den samme overskuelighed, hvorved den teoretiske mulighed, der består for at opbygge et indkomstskattesystem baseret på et selvstændigt udviklet og autonomt begrebsapparat, på forhånd er dømt til at mislykkes⁶⁸. Det konkluderes efterfølgende, at det skatteretlige ligningsgrundlag må opgøres på baggrund af en civilretlig kvalifikation af de underliggende retsskabende omstændigheder, medmindre andet følger af den omhandlede lovgivning. Der konstateres herved en sammenblanding mellem privatret og offentlig ret, og det er herved også klart, at der består betydelige forbindelseslinier mellem skatteretten og civilretten⁶⁹.

På denne baggrund konstateres, hvad forfatteren kalder *skatterettens indre spænding*. Såfremt en underliggende disposition er reel og utvivlsom, og den berørte skatteregel benytter et entydigt civilretligt udtryk, da må den skatteretlige følge udløses⁷⁰. Er de nævnte grundforudsætninger derimod ikke opfyldt, opstår der en konfrontation mellem skatteret og civilretten, hvilken reelt kan begrundes med de forskellige grundliggende hensyn, som ligger bag de to discipliner. Det anføres, at denne modstrid i formål i praksis ikke sjældent vil give sig udslag i, at en slavisk og ukritisk anvendelse af civilretlige regler og at en »civilretlig« bevisvurdering (med udgangspunkt i afvejningen mellem lige stillede parter) medfører skatteretlige følger, som fra et fiskalt eller simpelt retfærdighedssynspunkt synes mindre rimelige⁷¹. Det anføres

67. Idet reglerne om subjektiv skattepligt er et forholdsvis overskueligt og let afgrænset område finder Jan Pedersen, Skatteudnyttelse, 1989, s. 219, at skatteretten på dette område relativt let kunne udvikle egne begreber herfor.

68. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 219, hvor det også konstateres, at skatteretten dog undtagelsesvis bygger på specifikt skatteretlige begreber og udtryk. Sådanne udtryk anvendes alene i tilfælde, hvor adækvate civilretlige udtryk ikke står til rådighed, eller hvor sådanne ikke kan bibringe den ønskede retstilstand. Det anføres, at specifikt skatteretlig begrebsanvendelse erfaringsmæssigt medfører en detaljeret og vanskeligt forståelig lovgivning.

69. Jf. Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 57.

70. Jf. Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1989, s. 220.

71. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 221.

videre, at problemet intensiveres, hvis modstriden udnyttes ved en skatteudnyttelse, bestående i et misbrug af civilretlige udtryk og dispositioner udelukkende med det formål at opnå skattemæssige fordele. Spørgsmålet om skatterettens frigørelse fra den civilretlige kvalifikation opstår, efter forfatterens opfattelse, såfremt konsekvensen af denne interessenmodsatning drages, og det erkendes, at et misbrug af civilretlige udtryk og dispositioner kan medføre skattefølger, som ikke ville være opstået, såfremt skatteretten havde sin egen begrebsdannelse. Det fremhæves, at såfremt en sådan frigørelse accepteres, opstår spørgsmålet om hvad den tilsidesatte kvalifikation skal erstattes med.

Afslutningsvis fremfører forfatteren sit syn på den almindelige relation mellem civilret og skatteret. Således hedder det, at det er givet, at et indkomstskattesystem må knyttes til visse retsstiftende omstændigheder, og at disse må være retsstiftende omstændigheder, som skaber økonomiske rettigheder og forpligtelser og derfor indtægter og udgifter. Derfor må en forskellig civilretlig og skatteretlig vurdering heraf være båret af et særligt stærkt og umiddelbart ønsket fiskalt behov. Særligt skatterettens høje legalitetskrav og krav om retssikkerhed i henseende til den enkelte skatteydere evne til at forudberegne en given skattefølge må efter forfatterens opfattelse søges værnet bedst muligt. Frigørelse kan herefter alene ske efter en nøje afvejning af disse forhold, hvorunder må medtages hensynet til skattesystemets retssikkerhed, forstået som kravet om den samme beskatning af den samme realitet⁷².

Jan Pedersen finder⁷³, at det er en forudsætning for udviklingen af en teori, som den tyske teori om »Die wirtschaftliche Betrachtungsweise«, at det pågældende retssystem indeholder en fast og begrebsmæssig forståelse af civilretlige termer. Det konstateres hertil, at årsagen til teoriens manglende fodfæste i nordisk ret, skyldes den funktionelle begrebsfastlæggelse i Norden. Herved har modstriden mellem civilret og skatteret ikke været så iøjnefaldende samtidig med, at en alligevel opstået modstrid i vidt omfang er løst ad lovgivningsvejen eller i rets anvendelsen gennem fortolkninger. Selv om en given skatteretlig kvalifikation for en umiddelbar betragtning lader til at være i modstrid med den civilretlige begrebsdannelse, er dette således ikke ved et nærmere eftersyn givet, at denne modstrid faktisk består. Herved vil der altså ikke være tale om afvigelse mellem skatte- og civilretten. Det er dog

72. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 221.

73. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 247.

forfatterens opfattelse, at der kan påvises en restgruppe af tilfælde, hvor retsanvendelsen må ty til løsninger, som i virkeligheden er udslag af generelle hovedregler om skatterettens frigørelse fra civilretten⁷⁴.

Civilretlige begrebers funktionelle indhold er ikke tilstrækkeligt til at eliminere den eventuelle modstrid civil- og skatteretten imellem. Der er nemlig visse begrænsninger tilknyttet det funktionelle indhold i civilretlige begreber⁷⁵. Således kan begrebsdannelsen være af formel karakter, såfremt de civilretlige begreber er forbundet med et absolut indhold gennem visse formkrav eller ydre objektive omstændigheder⁷⁶. Selvom civilrettens begreber er rummelige og funktionelt bestemte, er der således efter forfatterens opfattelse noget der tyder på, at der er et område tilbage, hvor skatteretten tvinges til at gå egne veje⁷⁷. Dog findes dette ikke at kunne afhjælpes (og dermed føre til beskatning) ved en udvidende fortolkning af såvel den berørte skatteregel som den underliggende civilretlige term. Det synes klart, at der kan (og bør) ske en fravigelse, såfremt der foreligger egentlig proforma. Men i sådanne situationer foreligger der ikke nogen uoverensstemmelse, idet skatteyderen i så fald ej heller civilretligt kan påkalde sig den givne disposition. Forfatteren finder derfor, at den civilretlige proformalære som oftest ikke vil kunne finde anvendelse, hvorfor der højst kan blive tale om at anvende en særlig skatteretlig proformalære. Denne særlige skatteretlige proformalære betragter forfatteren som et spørgsmål om skatterettens frigørelse fra den civilretlige kvalifikation⁷⁸. Efter en gennemgang af nogle eksemplificerende domme konstateres det, at det er karakteristisk, at dommene alle vedrører situationer, hvor skatteyderne har benyttet sig af den civilretlige dispositions- og aftalefrihed til at skaffe sig en tilsyneladende skattefordel⁷⁹. *Jan Pedersens* analyse leder

74. Af denne årsag konstateres det, at teorien om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« har stor betydning i dansk skatteret.

75. Se *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 253 ff.

76. Forfatteren fremhæver i denne relation selskabers subjektive skattepligt og skatteplanlægning gennem personselskaber som eksempler.

77. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 254, samme i *Skatteretten* 1, 2004, s. 58 og 138, samt *SR-Skat*, 1992, s. 103.

78. Skatteudnyttelse, 1989, s. 254-255.

79. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 260, hvortil det anføres, »... Den foreliggende praksis viser, at selvom dansk ret ikke indeholder nogen regel om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« eller andre overordnede regler om forholdet mellem privatret og skatteret, og selvom det må anerkendes, at den civilretlige begrebsverden har et funktionelt indhold og således i virkeligheden er særdeles elastisk, er det nødvendigt at gøre sig klart, at sammenfaldet mellem skatteretten og civilretten ikke er fuldstændigt. En anerkendelse af en sådan overensstemmelse

ham til at opstille den såkaldte »realitetsgrundsætning«⁸⁰. Forfatterens belysning af forholdet mellem skatteret og civilret er således udelukkende et hjælperedskab til den retlige bedømmelse af skatteudnyttelser⁸¹.

Jan Pedersen har yderligere afgivet replik om emnet til Strobel⁸². Som også forfatterens doktorafhandling vedrører denne replik skatteudnyttelsessituationerne. Det er dog de mere generelle betragtninger vedrørende forholdet mellem skatteretten og civilretten, der fremdrages i det følgende. Idet domstolene i vidt omfang har korrigeret vilkår og dispositioner i private aftaler, selvom om disse i civilretlig henseende har måttet accepteres som ikke blot lovlige men også gyldige inter partes og i forhold til tredjemand, er en nærmere forståelse af den for skatteretten helt afgørende relation mellem skatteret og civilret derfor fornøden⁸³. På denne baggrund genfremsætter Jan Pedersen sin tese om civilrettens styrende funktion grundet skatterettens ufuldbårnehed og manglende udvikling af brugbare økonomiske modeller til afdækning af skattesubjekternes udveksling af værdier og heraf følgende økonomiske strømme. Civilretten virker herved styrende for skatteretten, således at en given civilretlig disposition som altovervejende hovedregel skal have den hertil hørende skatteretlige konsekvens. Herved har den civilretlige aftalefrihed således også et skatteretligt aspekt, idet skatteretten som overvejende hovedregel skal respektere dette⁸⁴.

Det er Jan Pedersens opfattelse, at der langt hen ad vejen ikke opstår nogen uoverensstemmelse mellem den skatteretlige og den civilretlige begrebsbestemmelse; der er med andre ord *kongruens*. Forfatteren fin-

ville også give skatteudnyttelsen urimeligt gode kort på hånden, idet en mængde tilfælde af skatteudnyttelse netop benytter sig af den formelle civilretlige kvalifikations magiske kraft».

80. Jf. Skatteudnyttelse, s. 435 ff.

81. Hovedindholdet i realitetsgrundsætningen er følgende (s. 435 ff): Beskatningen ved skatteudnyttelser skal knyttes til realøkonomien og realindholdet i de dispositioner, som beskatningen skal ske i forhold til, snarere end dispositionernes formelle ikklædning. Hovedområdet for klausulen er tilfælde, hvor dispositionernes realøkonomi og realindhold står i modsætning til den formelle ikklædning. Realitetskravet hjemler dels adgang til at stille øgede krav om entydig dokumentation for at påberåbe dispositionernes eksistens og indhold, dels adgang til at tilsidesætte og korrigere tomme og kunstige skattebetingede dispositioner. Realitetsgrundsætningen vedrører især de fakta, som skattereglerne skal anvendes på, ligningsgrundlaget. Se herom Del IV, kapitel 17, afsnit 5.2.6.3.

82. Jf. SR-Skat 1992, s. 101 ff: »Mere om forholdet mellem skatteret og privatret«.

83. Op.cit. s. 102.

84. Op.cit. s. 103.

der, at skatteretten i situationer hvor den civilretlige kvalifikation er uanvendelig, at man da (i absolutte undtagelsestilfælde) må og skal fortolke i forhold til dispositioners økonomiske realitet.

Som en sammenfattende bemærkning kan det anføres, at forfatteren i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 234 under henvisning til domstolspraksis bemærker, at såvel den skatteretlige som den civilretlige lovfortolkning i Danmark er pragmatisk. Det anføres, at »... *Respecting the indisputable requirement for the strict foundation of taxation in the words of the tax legislation, the courts have been rather liberal in their application of the law. This is probably a consequence of the fact that the ordinary courts – including the Danish Supreme Court – have jurisdiction to make decisions in all kinds of cases, including all tax cases. Being generalists, the judges have therefore been capable of judging the transactions as a total problem and not only as a specific problem of tax law. By so doing, the courts have undertaken a real legal-political responsibility and have reduced the need for special legislation concerning the relations between tax law and private law in general and concerning tax avoidance in particular ...*«.

Med disse bidrag har Jan Pedersen givet den til dato mest detaljerede redegørelse for forholdet mellem skatteret og civilret. Dog vedrører bidragene primært retsanvendelsen og herunder særligt skatteudnyttelsessituationer. I forhold til den mere bredt anlagte problemstilling i foreliggende afhandling skal der dog knyttes nogle enkelte kommentarer til forfatterens udledninger og placeringen af synspunkterne i forhold hertil.

For det første lader det implicit til at fremgå forskellige steder, at forfatteren ikke finder, at der opstår problemer i spændingsfeltet mellem skatteret og civilret, såfremt der er direkte lovhjemmel til at foretage fravigelser⁸⁵. Herved ses en afvigelse i forhold til denne afhandling. Det er min vurdering, at det også er meningsgivende at diskutere de retlige problemer i forbindelse med forholdet mellem skatteret og civilret, der opstår på lovgivningsområdet.

For det andet lader det til, at forfatteren udelukkende behandler nogle af de relevante spørgsmål, der opstår i relation til forholdet mellem skatteret og civilret. Det må primært antages, at det er spørgsmålet om aftalefrihedens udfald, der behandles. Dog gøres der også specifikke

85. Således anføres det i *SkatteOrientering*, 3.7., 1985, s. 6, at en skatteretlig fravigelse – uden selvstændig lovhjemmel – må være undtagelsen og kræve tungtvejende grunde.

overvejelser vedrørende den skatte- og civilretlige begrebsdannelse, herunder særligt om anvendelsen af civilretlige begreber i skattelovgivningen. Det forsøges i foreliggende afhandling at udsondre relationens forskellige problemstillinger. *Jan Pedersens* bidrag må læses sådan, at det primært er aftalefrihedens udfald, der behandles. Det må imidlertid ud fra en teoretisk betragtning være således, at det kan være acceptabelt at operere med selvstændige skatteretlige fortolkninger, hvor der ikke kan opstilles krav om kongruens.

For *det tredje* begrundes *Jan Pedersen* modstriden mellem disciplinerne, med de grundliggende hensyn der ligger bag disse. Denne konstatering sker til dels med henvisning til *Kurt Balls* afhandling fra 1924, men er ikke i overensstemmelse med moderne tysk og schweizisk skatteretlig teori. I stedet lader det til, at man i disse lande accepterer, at disciplinerne begge er bestanddele af den økonomiske orden med hver deres funktion, men at ingen af dem er fremmedlegemer heri, hvorfor de på et helt overordnet niveau har samme målsætninger⁸⁶.

For *det fjerde* giver forfatteren ikke nogen nærmere begrundelse for, hvorfor kravet om kongruens består ved anvendelse af civilrettens aftalefrihed. Det konstateres som nævnt, at civilretten er præjudiciel for skatteretten, men heri ligger formentlig ikke noget krav om en rangordning mellem disciplinerne⁸⁷. En sådan konstatering er dog ikke kontroversiel i relation til det specifikt behandlede- nemlig aftalefrihedens udfald. Derimod ville det være mere problematisk at opstille et krav om kongruens i almindelighed og dermed om rangforholdet mellem skatteret og civilret, hvilket *Jan Pedersen* netop *ikke* gør.

Endelig for *det femte* lægges til af forfatteren til grund, at udgangspunktet er, at der er forskel mellem disciplinerne, og at forbindelsen mellem disse først opstår når civilretten kvalificerer faktum til brug for skatteretten. Det er min vurdering, at der kan opstå samspilsproblemer ud over det nævnte. Men i forbindelse med anvendelse af civilrettens aftalefrihed er udsagnet rigtigt. Civilretten styrende funktion er derfor primært en betegnelse, der har relevans i forbindelse med anerkendelsesspørgsmål som følge af partsautonomien.

86. Jf. herom nedenfor i kapitel 12 i Del III.

87. Jf. atter Del III om tysk og schweizisk ret men også nedenfor i kapitel 7 i denne del.

2.2.4. Øvrige traditionelle bidrag

Det lader til, at der i vidt omfang er enighed om civilrettens styrende funktion i den skatteretlige litteratur. Nedenfor skal indholdet af nogle bidragene skitseres og kommenteres.

Et bidrag er frembragt af *Mette Neville*⁸⁸. Forfatteren præsenterer interessante synspunkter vedrørende afdækningen af forholdet mellem skatteret og civilret, selvom afhandlingen behandler problemstillingen som en digression med henblik på en nærmere forståelse af kvalifikationen af ejerforeninger og ejerlaug. Indledningsvis redegøres for hidtidig retsvidenskabelig fokusering på spørgsmålet om, hvorvidt skatterettens begrebsapparat er eller bør være anderledes end det civilretlige begrebsapparat. Forfatteren finder synspunktet om skatterettens fuldstændige autonomi teoretisk opnåeligt gennem opbygning af et skattesystem uden referens til civilretlige begreber og termer. Efter en praktisk vurdering findes et sådant system dog hverken muligt eller tilrådeligt, idet en sådan omskrivning af lovgivningen mv. ville gøre udformningen meget omstændig og antageligvis gøre retsområderne mere uoverskuelige. Hertil finder forfatteren da også, at diskussionen i dansk ret er mindre interessant, idet det er fast antaget, at skatteretten bygger på et normsystem, som er opbygget på civilretlige termer. I situationerne hvor der er koblinger mellem disciplinerne⁸⁹, selvom der er tale om to vidt forskellige discipliner, bliver spørgsmålet, om de civilretlige termer også skal gives det civilretlige indhold, eller om skatteretten kan og bør omfortolke de civilretlige termer for derved at opnå en mere effektiv beskatning eller andre fiskale- eller ikke fiskale formål.

Forfatteren sonder herefter mellem sådanne situationer, hvor der er skabt og dermed findes hjemmel i skattelovgivningen til at fravige den civilretlige begrebsfastlæggelse, og sådanne situationer hvor der ikke findes en sådan hjemmel. For så vidt angår den hjemlede fravigelse finder forfatteren ikke, at der hermed opstår problemer også selvom en begrebsbestemmelse strider mod en begrebsfastlæggelse indenfor en anden retsdisciplin. På den anden side finder forfatteren forholdet temmelig interessant i sådanne situationer, hvor der sker en fravigelse af begrebsdannelsen uden hjemmel hertil. Det nærmere problem består

88. Jf. forfatterens licentiatafhandling fra 1993: Boligfællesskaber i selskabsform, s. 162 ff.

89. Hvilket efter forfatterens opfattelse for eksempel kan skyldes, at skatteretlige overvejelser ofte spiller en meget afgørende rolle for civilretlige dispositioner, jf. *Mette Neville*, op.cit., s. 163.

herefter i at bestemme, om en fravigelse kan forekomme og i givet fald under hvilke betingelser. Herefter sondres yderligere mellem typetilfælde, hvor der decideret sker en begrebsfravigelse på den ene side, og på den anden side typetilfælde hvor skatteretten blot syntes at gå forrest ved den nærmere fastlæggelse af et begrebs indhold, eventuelt i situationer hvor begrebet ikke civilretligt er helt klarlagt eller særligt veludviklet. Forfatteren finder det mest betænkeligt, hvor skatteretten direkte foretager en uhjemlet fravigelse fra begrebers civilretlige betydning.

Mette Neville omtaler herefter den ovenfor behandlede litteratur og der foretages en specifik analyse af de nævnte organisationsformers behandling i skatte- og selskabsretten. Det konkluderes, at der ikke på det givne grundlag eller de givne rammer er dannet basis for en nærmere konstatering af skatterettens mulighed for en løsrivelse fra civilrettens begrebsverden og samtidig, at der nok ikke kan gives et entydigt svar herpå grundet problemets kompleksitet. Tvivlsspørgsmålene findes efter forfatterens opfattelse særligt at kunne opstå, hvor en skatteretlig lovbestemmelse indeholder en civilretlig term uden at dennes indhold er nærmere fastlagt i lovgivningen og uden, at der ligger et veldefineret civilretligt begreb til grund. I sådanne situationer finder forfatteren det tvingende nødvendigt, at skatteretten kan gå forrest ved fastlæggelse af et begreb, idet visse regler ellers ikke ville kunne blive bragt i anvendelse⁹⁰. Hvor der findes civilretlige relationsbegreber, bør skatteretten efter *Nevilles* opfattelse, naturligvis kunne benytte sig af sådanne og tillægge et begreb selvstændig skatteretlig betydning under respektfuld hensynstagen til det civilretlige begrebs eventuelle kerneindhold. Sluttelig finder forfatteren, at retssikkerhedsmæssige hensyn betvinger et krav om vægtige og reale hensyn førend skatteretten kan gå egne veje, da en forskellig begrebsfastlæggelse disciplinerne imellem formentlig vil bryde retsfølelsen. Af denne årsag, samt en forøget komplicering af det juridiske stof og formodet usikkerhed om gældende ret, konkluderer forfatteren, at man bør tilstræbe, at skatteretten ikke fjerner sig alt for langt fra det civilretlige indhold i konkrete begreber. Hvor skatteretten er gået forrest og har udviklet det nærmere civilret-

90. Til eksemplifikation fremhæves afgrænsningen mellem interessentskaber og foreninger, idet der kan udledes væsentligt flere kvalifikationskriterier af skatteretten end af civilrettens teori og praksis.

lige begrebsindhold, bør resultatet være det samme, blot her motiveret af hensynet til gennemsigtighed og overskuelighed⁹¹.

Som det ses, er *Neville* tillige fortalende for at opfatte forholdet mellem skatteret og civilret efter grundsætningen om civilrettens styrende funktion. Ligeledes kobler forfatteren sig på dele af den nordiske teori om civilretlige begrebs relativitet, hvorved en overensstemmelse i kerneindholdet medfører, at der ikke er tale om skatteretlige fravigelser fra civilretten. Retssikkerhedskravet benyttes som argument for et krav om relativ kongruens. Forfatteren behandler dog tilsyneladende kun dele af den samlede problemstilling i forholdet mellem skatteret og civilret. Således behandles særligt spørgsmålet om fortolkningen af civilretlige begreber. Ligeledes er det forfatterens opfattelse, at der ikke kan opstå problemer, såfremt der er hjemmel til en skatteretlig fravigelse. Sidstnævnte synspunkt synes ikke rigtigt.

En mere reserveret holdning indtager *Tommy V. Christiansen*⁹². Det fastslås, at civilretten almindeligvis er normerende for skatteretten. Dog anføres det, at fiskale hensyn kan begrunde en bedømmelse, der forudsætter, at skatteretten går sine egne eller helt ubetrukkede veje. Forfatteren anfører, at der undertiden udvikler sig en skatteretlig praksis, der savner rod i den underliggende civilret, og som i og for sig ikke skyldes fiskale hensyn, men udelukkende synes at skulle henføres til manglende overvejelser omkring synkroniseringen af civilretten og skatteretten. Som mere vidtgående situationer fremhæves sådanne tilfælde, hvor der udvikles en skatteretlig praksis, der er baseret på en misforståelse af de underliggende civilretlige regler. Det anføres, at rent fiskale hensyn undertiden fører til, at der opstilles en skatteretlig norm uden noget fundament i civilretten. Omvendt anføres det, at det dog ses, at en given lovfæstet beskatning undlades trods et klart grundlag herfor⁹³.

91. Jf. *Neville*, op.cit., s. 172.

92. Jf. Festskrift til Aage Michelsen, *Paul Krüger Andersen m.fl. (red.)*, 2000, s. 179 ff.

93. Op.cit., s. 180. Forfatteren har i sit virke som advokat dog argumenteret for det vidtgående standpunkt, at den civilretlige kvalifikation er afgørende skatteretligt. Således anføres det i TfS 2003, 890 H *Erik Bjarne Bruun Ludvigsen*, om den skatteretlige behandling af en samtidig gældskonvertering og nedskrivning af aktiekapitalen, herunder om der måtte antages at være tale om to selvstændige dispositioner eller en samlet disposition, at et synspunkt om, at der skatteretligt gælder et obligatorisk FIFO-princip indebærer en fravigelse fra det fundamentale skatteretlige princip om, at den civilretlige kvalifikation er afgørende skattemæssigt. En sådan fravigelse af civilrettens styrende funktion i forhold til skatteretten fordrer efter advokatens udsagn enten positiv hjemmel, eller at betingelserne for at anvende den skatteretlige realitetsgrundsætning er opfyldt.

Som talsmand for civilrettens styrende funktion må ligeledes ses *Erik Werlauff*. Forfatteren finder, at skatteretten skal opretholde sin sikre forankring i civilrettens termer og begreber, der således er udgangspunkt også for den skatteretlige kvalifikation, og hvis denne skal afvige fra civilretten, må der kunne påvises særligt grundlag derfor⁹⁴. Videre har *Werlauff* argumenteret for, at det må have *formodningen for sig*, at den lovligt valgte civilretlige aftale- eller selskabsform også skal tildeles samme skatteretlige indhold og anerkendelse, hvad enten skattemyndighederne eller skatteyderne ønsker en herfra afvigende betragtningsmåde anlagt⁹⁵. Skatteretten kan ikke vilkårligt omkvalificere det valgte udgangspunkt⁹⁶. Hermed er forfatteren på linie med den øvrige litteratur der stiller krav om kongruens⁹⁷. Dog må det også i relation til *Werlauffs* bidrag fremhæves, at der ikke frembringes argumenter for, hvorfor der bør eksistere et krav om kongruens, ligesom det er vanskeligt at se, hvor meget af problemstillingen skatteret-civilret der dækkes af udsagnene.

Bidraget fra *Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graff Nielsen* må tillige placeres blandt de traditionelle⁹⁸.

Endelig kan det nævnes, at tesen om civilrettens styrende funktion og kongruenskravet i vidt omfang er anerkendt i den øvrige skatteretlige litteratur⁹⁹. Kendetegnende for disse bidrag er dog, at der ikke tages

94. Jf. forfatterens anmeldelse af *Jan Pedersens* bog: *Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998 i UfR 1999 B, s. 157 ff.

95. Jf. TfS 1999, 237. Denne sontring imødegås af *Malene Kerzel* som i Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning, 2000, s. 179 med note 153, anfører, at det ikke uden videre forekommer åbenbart, at denne forskel skulle lede til forskellige resultater, idet udgangspunktet i begge tilfælde bør være, at den skatteretlige kvalifikation følger den civilretlige.

96. Se TfS 1999, 237, »Let us pretend« og forfatterens Selskabsskatteret 2004/05 passim (eksempelvis s. 402).

97. På baggrund af de i hovedteksten fremhævede synspunkter har jeg valgt at placere forfatteren i denne kategori blandt tilhængerne af den traditionelle opfattelse. Dog taler visse af forfatterens ytringer i retning af at han snarere skulle placeres i den straks følgende kategori der indeholder nyere vidtgående tendenser. Således hedder det flere steder i TfS 1999, 237, at det kræver særlig hjemmel, såfremt en skatteretlig bedømmelse skal afvige fra det civilretlige forhold. Imidlertid tillægger jeg udsagnet i artiklens sammenfatning, s. 740, større vægt, idet det her anføres, at »... det må have formodningen for sig, at den lovligt valgte civilretlige aftale- eller selskabsform også skal tildels samme skatteretlige indhold og anerkendelse ...«.

98. Jf. Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 211 ff.

99. Blot kan her nævnes *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner, 2000, s. 179 note 143, der tilkendegiver en sådan opfattelse, *Svend Erik Holm* i R&R 1997 SM 87 ff (Aktieafståelse –skatteretligt/civilretligt). Se også *Jane Bolander*: Skat ved gældsefter-

nærmere stilling til forholdet, idet der alene tilkendes en tilslutning til opfattelsen af skatterettens styrende funktion.

2.3. Ny udvikling i teorien – civilrettens primat

2.3.1. Præsentation og kritik

Der er i de senere år fremkommet flere bidrag i debatten om forholdet mellem skatteret og civilret. Der synes i disse bidrag at kunne konstateres en tendens til en mere unuanceret skildring af civilrettens styrende funktion¹⁰⁰. Tendenserne udtrykker grundlæggende en holdning om civilrettens forrang (primat). Af denne årsag har synspunktet fået tildelt særskilt overskrift.

Særligt *Nikolaj Vinther* har gjort sig til talsmand for denne ganske vidtrækkende holdning. Forfatteren går skridtet videre end ovennævnte bidrag ved at opstille et krav om *sikker hjemmel* førend skatteretten kan fravige civilretten. Dette synspunkt gennemsyrrer forfatterens ph.d.-afhandling samt forfatterens øvrige indlæg i debatten¹⁰¹. Forinden grundsynspunktet heri skal analyseres nærmere, skal nævnte afhandling og dennes konklusioner dog generelt vurderes.

I afhandlingen anføres det indledningsvis, at den omhandler »*samspillet mellem civilretten og skatteretten, dvs. det er civilrettens styring af skatteretten, der nærmere analyseres*»¹⁰². Dette udsagn er centralt for

givelse, 1999, s. 276 og samme i TfS 2000, 26, særligt s. 25-26. Ligeledes *Michael Serup* i TfS 1991, 543 og samme i Revisorbladet 1992/3, s. 18 ff, *Søren Jesper Hansen* i TfS 1997, 409 og *Carsten Palsgaard & Jon Stefansson* i TfS 1999, 838, særligt s. 2740, hvor en grundsætning om civilrettens styring af skatteretten lægges til grund for den specifikke fremstilling samt *Michael Svanholm & Jan Steen Hansen* i TfS 2000, 694 og *Carsten Palsgaard* i SpO 2000, s. 340.

100. Dog skal det bemærkes, at *Jan Pedersen* også selv i Skatteudnyttelse, 1989 har tilkendegivet en tilsvarende holdning. Forfatteren har imidlertid ikke tilkendegivet denne opfattelse i forbindelse med en generel beskrivelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Det hedder s. 445 i forbindelse med en kommentar til TfS 1987, 406 BF, at »... Afgørelsen er kritisabel og næppe tilstrækkeligt gennemtænkt. Afgørelsen er udtryk for, at skatterettens frigørelse fra den civilretlige styring ophøjes til en almen regel uden hensyn til, hvilke momenter der tilsiger en sådan frigørelse. Som tidligere nævnt har skatterettens frigørelse betydelige skadevirkninger på hele skatterettens systematik, men er dog resultatet af skatteudnyttelsens tvingende omstændigheder. Foreligger disse omstændigheder ikke, er forudsætningen for skatterettens frigørelse ikke tilstede, og den kan følgelig ikke ske ...«. Rationalet benyttes som argument for ensidig myndighedsanvendelse af realitetsgrundsætningen, men giver støtte for den noget mere vidtgående opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret der behandles i dette afsnit.

101. Jf. *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, samme i TfS 2000, 945 og TfS 2002, 89, samt med *Erik Werlauff* i TfS 2003, 345 og TfS 2003, 705.

102. Jf. Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 11.

afhandlingen. For det første må det af udsagnet kunne udledes, at der efter forfatterens opfattelse ikke eksisterer andre samspil mellem skatteretten og civilretten, end dette der kan formuleres i udsagnet om civilrettens styring af skatteretten. En sådan ubegrundet afgrænsning forekommer unødvendigt snæver. For det andet indeholder udsagnet en præsentation af afhandlingens overordnede tema og titel, nemlig civilrettens styring af skatteretten. Det lægges for afhandlingen til grund, at civilretten *er* styrende for skatteretten¹⁰³. Hertil må dog bemærkes, at det forekommer uhensigtsmæssigt, at der ikke gøres overvejelser om udsagnets indhold. Dette forstærkes særligt af det forhold, at afhandlingen tilsyneladende anvender begrebet i en noget anden udformning end den hidtidige almindelige begrebsanvendelse¹⁰⁴.

Afhandlingen fokuserer særligt på de privatretlige måder, hvorpå krav kan opstå: aftalekravet, erstatning uden for kontrakt og berigelseskravet.

Afhandlingen erklæres hovedsageligt at være baseret på en gennemgang af doms- og administrativ praksis, idet emnet kun er sporadisk behandlet i litteraturen¹⁰⁵. Det erkendes tilsyneladende, at praksis, der tager direkte stilling til civilrettens styrende funktion, er meget sparsom. Således anføres det, at »... Der kan således ikke henvises til en præmisudtalelse fra Højesteret, der angiver nogen klare retningslinier for, hvordan civilretten er styrende for skatteretten, og hvornår skatteretten mere eller mindre kan løsrive sig fra civilretten ...»¹⁰⁶. Hermed burde der også gøres betydelige reservationer i de opnåede resultater. Dog anføres det straks videre, »... Det er imidlertid lige så klart, at der kan henvises til utallige afgørelser, hvor man ganske enkelt ikke kan forstå bemærkningerne og afgørelsens resultat uden en civilretlig forståelse. Alle »mellemregningerne« om civilrettens styring af skatteretten er således undladt i den forstand, at det fremgår implicit af bemærkningerne, dvs. at de er indbefattet uden udtrykkeligt at være nævnt ...». Udsagnet er et postulat og kan

103. Op.cit., s. 14.

104. Som det påvises anvendes begrebet synonymt med »kontrollerende« eller »dominerende funktion«. At dette ikke stemmer overens med begrebets lancering illustreres af ordvalget hos Jan Pedersen i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 233 ff. I denne engelske version er civilrettens styrende funktion oversat til »the guiding function of private law«. Med dette ordvalg synes enhver tvivl fjernet. Samme kvalitet har ordet »styring« ikke, idet der heri ligger en vis tvetydighed.

105. Op.cit., s. 13. Det er kritisabelt, at denne konstatering får den konsekvens, at kun dele af den »sporadiske« litteratur inddrages.

106. Atter s. 13.

næppe be- eller afkræftes¹⁰⁷. Uden videre at lægge til grund, at det forholder sig som nævnt lever næppe op til almindelige standarder for retsvidenskaben, når nu dennes opgave generelt synes at bestå i at finde støtte for synspunkter gennem retspraksis mv. Endda synes det anførte resultat i visse tilfælde at indebære, at eksplicitte præmisser fra domstolene skal bortfortolkes. Ved den valgte fremgangsmåde synes resultatet af analysen nærmest givet på forhånd.

Fire teser opstilles forud for analysen af civilrettens styring af skatteretten¹⁰⁸. *Første tese* kan sammenfattes sådan, at spørgsmål om, *hvem* der overdrages til, *hvad* der overdrages, og *hvornår* der overdrages, bedømmes ud fra det civilretlige grundlag¹⁰⁹. Som et element i denne tese præsenteres en særlig omgængelseslære, hvorefter det »normale« må lægges til grund, hvis der manipuleres med det privatretlige grundlag, således at dette får en udformning, der ikke er i overensstemmelse med det grundlag, som normalt vil blive lagt til grund. Dette, finder forfatteren, udgør en forretningsmæssig begrundelse på faktum-plan. Forfatteren anser tesen for verificeret gennem afhandlingen¹¹⁰.

At der med det præsenterede begrebsapparat skulle være tale om en bedre løsning på skatteretlige omgængelses- og misbrugsspørgsmål mv. end hidtidig teori er tvivlsomt. Særligt må man hæfte sig ved, at henvisningen til et kriterium om en forretningsmæssig begrundelse og normalsituationer forekommer indholdsløs. Forfatteren synes endvidere ikke at have analyseret det spørgsmål, om hvorvidt retspraksis faktisk viser eksempler på, at dette kriterium om en forretningsmæssig begrundelse har vundet tilslutning ved Højesteret som et kriterium, der i sig selv kan medføre tilsidesættelsen af en disposition.

Anden og fjerde tese kan sammenfattes sådan, at den skatteretlige anvendelse af civilretten er udtryk for en forenklet, i nogen grad objektiviseret begrebsdannelse, som har det kendetegn, at der ved dens udformning er taget skyldigt hensyn til *fiscus' tredjemandssposition*. Dette finder forfatteren udgør et tredjemandshensyn på faktum-plan. Noget tilsvarende gælder efter forfatterens opfattelse ved fortolkningen af civilretlige begreber i lovtæksten (afklaring af retsfaktum). Det gøres i

107. Forfatteren synes s. 13 at tage *Aage Michelsens* udsagn i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 98 til indtægt for samme standpunkt. Dette må, så vidt ses, være en fejllæsning.

108. Op.cit. s. 11 f.

109. Forfatteren nævner dog ikke, at tesen omhandler den skatteretlige retstilstand, idet tesen alene omtaler civilretlige forhold.

110. Jf. Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 418 ff.

denne forbindelse gældende, at et begreb kan have såvel et civilretligt som et skatteretligt indhold, hvor det skatteretlige indhold er kendetegnende ved at have en supplerende funktion i forhold til det civilretlige begreb. Teserne anses af forfatteren for gennem afhandlingen at være verificeret¹¹¹. Således anføres det, at der er tale om, at »... *hensynet til fiscus' tredjemandsposition kan være så tungtvejende og sagligt begrundet, at domstolene udvider retsfaktum, således at en disposition er omfattet ...*«¹¹². Noget tilsvarende antages om betydningen af tredjemandspositionen ved fastlæggelsen af faktum.

Det skal hertil bemærkes, at dokumentationen herfor begrænser sig til en gentagelse af de synspunkter der udgjorde rationalet for overhovedet at fremsætte tesen.

Det er klart, at der gælder en form for tredjemandsposition. Positionen er dog opstået ved statens indgreb overfor borgernes økonomi under trussel om magtanvendelse. Der kunne vel argumenteres for, at beskyttelsesbehovet på denne baggrund måtte indtage en noget tilbagetrædende rolle. Retssikkerhedsprincippet er vel netop udtryk for borgerens beskyttelse mod den statslige overmagt¹¹³. Selvom forfatteren antager at have verificeret eksistensen af nævnte hensyn som udslagsgivende ved samspillet mellem skatteretten og civilretten, må man stille sig skeptisk overfor denne bevisførelse. Så vidt ses, kan der ikke peges på retspraksis, hvor et sådant hensyn eksplicit er tillagt betydning, ligesom der ikke kan påpeges støtte i teorien for standpunktet. På dette grundlag er det vel at tage munden lidt for fuld at anse tesen for verificeret.

Afhandlingens *tredje tese* kan sammenfattes sådan, at skatteretten er en ordinær juridisk og forvaltningsretlig disciplin, hvor den almindelige juridiske metode skal finde anvendelse. Dette betyder, at civilretlige begreber anvendt i skatteretlig lovtekst skal fortolkes i overensstemmelse med sit almindelige indhold, og at domstolene ikke er afskåret fra at foretage en udvidende fortolkning af en skattelovsbestemmelse for at imødegå unormale og atypiske dispositioner. Denne tese finder forfatteren er verificeret, dog uden at have ført særligt bevis herfor¹¹⁴.

111. Jf. Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 417 f og s. 420 ff.

112. Som eksempler angives s. 418 det skatteretlige afståelsesbegreb og det skatteretlige ejendomsretsbegreb.

113. Jf. eksempelvis *Anders Fogh Rasmussen* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 467.

114. Op.cit., s. 417.

Tesen kan der som udgangspunkt ikke rettes indvendinger mod. Det synes dog uforklarligt, hvordan forfatteren når til en grundantagelse om civilrettens forrang, jf. nedenfor, hvis udgangspunktet netop er den almindelige juridiske metode. Så vidt vides indeholder den juridiske metode intet krav om forrang for visse retsdiscipliner i forhold til andre.

Den samlede konklusion i afhandlingen erklærer, at der ikke tegner sig noget helt entydigt billede af forholdet mellem skatteretten og civilretten¹¹⁵. Denne usikkerhed har ikke givet forfatteren anledning til at betvivle holdbarheden af »verifikationerne« af afhandlingens teser. Det konstateres, at »... *Civilrettens styring af skatteretten er forholdsvis stærk, når parterne handler ud fra helt almindelige forretningsmæssige overvejelser. Det betyder, at parterne i normalsituationen har en betydelig indflydelse på den skattemæssige bedømmelse. Det er mere ved atypiske dispositioner, at civilrettens styring af skatteretten svækkes. Denne »svækkelse« forekommer på såvel jus- som faktum-siden. Atypiske dispositioner er således blevet tilsidesat enten ved en formålsfortolkning af en bestemmelse, ved at skatteretten har skabt sin egen begrebsdannelse afvigende fra den civilretlige, eller ved at en disposition er blevet sidestillet med det skatteudløsende retsfaktum* Disse fortolkningsmetoder er hovedsageligt forårsaget af fiscus' tredjemandsposition. Denne tredjemandsposition har tillige indvirkning på vurderingen af de virkelige handlinger, dvs. af faktum. Fiscus' tredjemandsposition medfører således, at man har en tendens til at vurdere det civilretlige forhold op i mod en normal forretningsmæssig disposition og lægge det normale til grund, hvis der er en markant diskrepans mellem den civilretlige disposition og den parallelle (hypotetiske) forretningsmæssige disposition ...«¹¹⁶.

Sammenfattende synes der ikke at være leveret et afgørende bidrag til afdækningen af samspillet mellem skatteret og civilret i dansk ret. Denne konstatering må særligt tilskrives følgende forhold:

- At nævnte afhandling alene berører visse af de forekommende samspil mellem skatte- og civilret og er centreret om samspillet med aftalere retten.
- At afhandlingen ikke indeholder principielle eller systematiske overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret.
- At afhandlingen erklærer alene at beskæftige sig med forholdet mel-

115. Op.cit., s. 422.

116. Op.cit., s. 422.

lem skatteret og civilret de lege lata, mens indholdet i virkeligheden i ganske betydeligt omfang må anses som værende retspolitik.

- At afhandlingen opererer med ny begrebsdannelse (ex. »den skatteretlige aftale«, »fiscus tredjemandsposition«), hvis eksistens eller berettigelse ikke dokumenteres, selvom begreberne tillægges afgørende betydning for afhandlingens konklusioner.
- At afhandlingen ikke inddrager fremmed ret til belysning af problemstillingen.
- At afhandlingens grundlæggende syn på forholdet mellem skatte- og civilret ægger til modsigelse.
- At afhandlingens behandling af hidtidig teori om emnet er stort set ikke eksisterende.

Hertil kommer, at afhandlingen langt hen ad vejen savner en indre sammenhæng (rød tråd). Således beskrives mange forhold, der ikke vedrører samspillet mellem skatteret og civilret¹¹⁷. Yderligere indeholder afhandlingen ingen kritisk selvrefleksion, hvorved de opstillede teser og afhandlingens resultater ikke vurderes ud fra alternative synsvinkler. En yderligere generel kommentar er den udbredte brug af postulater og aksiomer uden understøttende dokumentation. Denne fremgangsmåde giver anledning til at rejse spørgsmålet om hvilke kriterier, der bør gælde for retsvidenskaben¹¹⁸. Et gennemgående tema i afhandlingen er begrebet »den skatteretlige aftale«. Begrebet er ikke defineret, men det må antages, at forfatteren sigter mod en almindelig civilretlig aftale men, at denne i visse situationer kan fortolkes anderledes i skatteretlig henseende. I tilfælde heraf er det vanskeligt at forstå, at der overhovedet skulle være tale om en aftale. Med den skatteretlige aftale kan også menes, den civilret som skattemyndighederne skal lægge til grund for ligningen. Undersøgelsens genstand gives i følgende udsagn: »... *Meningen er således at finde ud af, hvordan den skatteretlige*

117. Et eksempel er overvejelserne om derogationsprincippernes anvendelse i skatteretten, s. 48 f, gavebegrebet s. 49 f og fikseringsproblemstikken, s. 51 f, alt sammen under overskriften »afståelse«. Afhandlingens analyser fortabes flere gange i overvejelser om beslægtede forhold, herunder om menneskerettigheder, EU-ret osv. Det skal ikke anfægtes at inddragelsen er relevant, men så længe den egentlige analyse hermed nedprioriteres synes valget ikke hensigtsmæssigt.

118. Et eksempel herpå er den måde, hvorpå der i afhandlingen uden videre gøres op med meget omdiskuterede problemstillinger eller hidtidige antagelser. Se eksempelvis, s. 17: *Selvfølgelig kan en aftalt pris, tilsidesættes og erstattes af den »virkelige« pris.* Se s. 107 f, goodwill kan overdrages særskilt i skatteretlig henseende.

aftale bliver bedømt og hvordan den »binder« fiscus ...»¹¹⁹. Jeg har svært ved at se, at dette udsagn giver mening. Introduktionen af ny begrebsdannelse bør følges op af definitioner. Det synes ikke at være rimeligt blot at forudsætte eksistensen af sådanne nye begreber¹²⁰.

Man kan ikke undgå at bemærke, at afhandlingens *overordnede syn på forholdet mellem skatteret og civilretten* ikke indgår blandt afhandlingens teser. Formuleringen af forfatterens generelle syn på forholdet mellem skatteret og civilret kommer til udtryk forskellige steder i afhandlingen samt i artikelform¹²¹.

Siden Nikolaj Vinthers artikel i TfS 2000, 945 har der således været grundlag for at være opmærksom på den udlægning af forholdet mellem skatteret og civilret, at legalitetsprincippet skulle kunne medføre et generelt hjemmelskrav vedrørende skatteretlige fravigelser fra civilretten¹²². Samme forfatters opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret på det overordnede niveau kommer glimtvis til udtryk i TfS 2002, 89. I sidstnævnte artikel fremføres navnlig fire almene antagelser om skatterettens forhold til civilretten. Således anføres det *for det første*, at der gælder en universel norm med det indhold, at civilretten *bør* være styrende for skatteretten. Med dette udgangspunkt anfører forfatteren *for det andet*, at der heraf følger, at den civilretlige kvalifikation *skal* respekteres også i skattemæssig henseende. Det anføres *for det tredje*, at standpunktet kommer til udtryk derved, at der i skattelovgivningen anvendes begreber, der har et civilretligt indhold, hvor der som eksempler fremhæves køb, leje, løn mv. Endelig *for det fjerde* anføres, at

119. Jf. Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 28.

120. En af afhandlingens centrale konklusioner er at bidrage til formuleringen af »den gode skatteretlige aftale«. Herved er der tilsyneladende alene tale om en opregning af de tilfælde, hvor en aftale kan tilsidesættes, og dermed modsætningsvis, hvornår tilsidesættelse ikke sker. En sådan tilgang til samspillet mellem skatteret og civilret er bestemt ikke uden værdi, men bidrager blot ikke til en principiel afklaring af de vanskelige problemstillinger som samspillet giver anledning til. I stedet synes tilgangen at være rådgivningsorienteret.

121. Forfatteren giver glimtvis sit principielle syn på forholdet mellem skatteret og civilret. Således hedder det, s. 84, at udgangspunktet er, at civilretten er styrende for skatteretten, med mindre andet er bestemt i skattelovgivningen, eller der i øvrigt er tungtvejende grunde til at fravige udgangspunktet.

122. Dette vidtgående udsagn videreudbygges med en antagelse om, at dele af praksis kan tages til indtægt for en udfyldende fortolkningsregel til brug for retsanvendelsen, hvorefter det gælder, at civilretten må være det styrende led, hvis ikke lovfortolkning fører til andet resultat. Den efter forfatterens opfattelse eneste fravigelsesmulighed er konkrete bedømmelser efter realitetsgrundsætningen. Tilsyneladende anerkendes dog muligheden for vilkårskorrektioner i TfS 2002, 89.

disse fænomener, hvis ikke andet fremgår af forarbejder mv., må fastlægges med udgangspunkt i begrebernes civilretlige indhold¹²³.

Denne holdning gentages sammen med *Erik Werlauff* i TfS 2003, 705.¹²⁴ Imidlertid har et tilsvarende standpunkt ikke kunnet genfindes i *Erik Werlauffs* hidtidige forfatterskab.

I TfS 2003, 705 præsenteres standpunktet som følger: »... Eftersom civilretten i vidt omfang har formet vor juridiske begrebsverden gennem meget lang tid, kan den naturlige forståelse af en lovregel ofte føres tilbage til

123. Det anføres, at der for så vidt ikke er noget bemærkelsesværdigt i dette, da skatteretten som udgangspunkt søger at beskatte eller give fradrag for de begivenheder, som civilretten er udtryk for. Tilsvarende finder forfatteren er tilfældet for den konkret behandlede problemstilling, nemlig en nærmere fastlæggelse af indholdet af KGL § 24 i forhold til civilrettens terminologi. Forfatterens konklusion i relation til denne konkrete problemstilling er, at ordene *bortfald* og *nedsættelse* i KGL § 24 skal fortolkes i overensstemmelse med begrebet *frigørelse* i KGL § 1, stk. 1, nr. 2, idet det anføres, at begreberne *nedsættelse* og *bortfald* kan rummes i begrebet *frigørelse*. Det anføres, at da bemærkningerne til KGL § 1, stk. 1, nr. 2 eksemplificerer frigørelse med udgangspunkt i eksempler hentet fra civilretten, er det nærliggende at slutte, at også andre civilretlige måder, hvorpå fordringer kan ophøre er omfattet af bestemmelsen. På denne baggrund anføres det, at når civilretten kvalificerer en gældskonvertering som gælds eftergivelse, må udgangspunktet efter forfatterens opfattelse være, at en sådan gældskonvertering også er at betragte som en gælds eftergivelse i skatteretlig forstand – og dermed skattefri i henhold til KGL § 24. Baggrunden herfor er det forhold, at gælden ved gældskonvertering indfries ved betaling med aktier, er en indfrielse, idet kreditor som et almindeligt udslag af aftalefriheden kan acceptere, at en fordring fyldestgøres på anden måde end ved erlæggelse af den rette ydelse til kreditor. Det konkluderes således, at alt tyder på, at det er civilretten der skal definere anvendelsesområdet for KGL § 24, hvorfor civilretten naturligvis ved fortolkningen heraf må respekteres. Som konsekvens heraf er gældskonvertering omfattet af begrebet gælds eftergivelse, og derfor er skattefri. I overensstemmelse med terminologien i denne afhandling, jf. del II, kapitel 7, må forfatterens konstatering siges at ligge på linie med sådanne situationer, hvor der foreligger et retskildemæssigt kongruenskrav. Under antagelse af, at forfatterens fortolkning er korrekt, må det lægges til grund, at der konkret er tale om et svagt retskildebestemt kongruenskrav, idet der ikke fremkommer eksplicit støtte for at anvende civilretten som udslagsgivende parameter ved fastlæggelsen af anvendelsesområdet for KGL § 24. *Søren H. Mørup* imødegår i TfS 2002, 665 den omtalte artikel og anfører om den konkrete problemstilling, at der blot er tale om et generelt hjemmelsspørgsmål og om abstrakt fortolkning af KGL § 24. Den civilretlige styring er derfor efter forfatterens opfattelse begrænset til, at den civilretlige anvendelse af de begreber, der forekommer i loven må forventes at blive lagt til grund af domstolene ved en ordlydsfortolkning, medmindre andre fortolkningsbidrag, eksempelvis lovens formål, dens forarbejder, andre bestemmelser i loven etc. taler afgørende for, at der anlægges en anden forståelse af begrebet. Forfatteren kan derfor ikke tilslutte sig *Nikolaj Vinthers* betragtning om, at problemstillingen søges løst på samme måde som var der tale om et spørgsmål om præjudiciel kvalificering af faktum. Disse betragtninger kan fuldt ud tilsluttes.

124. Indlægget var en replik til *Jakob Bundgaard* i TfS 2003, 523. Artiklen var formet direkte som en kommentar til *Nikolaj Vinther & Erik Werlauffs* kritiske indlæg i TfS 2003, 345. *Jakob Bundgaard* tog til genmæle i TfS 2003, 995.

et civilretligt begreb og en afvigelse herfra i skatteretlig sammenhæng kræver en særlig begrundelse. Det er på dette relativt simple grundlag, man må fastslå, at civilretten som udgangspunkt er styrende for civilretten ...». Hvis udsagnet skal forstås sådan, at skatteretten kun skal fortolkes civilretskonformt, hvis der kan påvises et grundlag herfor, kan udsagnet helt og holdent tilsluttes. Imidlertid synes forfatterens øvrige formuleringer at pege i retning af, at udsagnet skal forstås helt generelt og uden nødvendigvis at forudsætte direkte retskildemæssig, herunder fortolkningsmæssig støtte for kravet. Således anfører forfatterne afslutningsvis, at: »Vi finder, at skatterettens binding til civilretten ikke blot er udtryk for noget »hensigtsmæssigt«, men at denne binding er udtryk for gældende ret, dvs. et påbud til de retsanvendende myndigheder. Skattemyndigheder og domstole kan således efter vor opfattelse ikke vilkårligt fastlægge de skatteretlige begreber uafhængigt af de underliggende civilretlige regler. Myndighederne skal lægge de civilretlige begreber til grund, medmindre der kan påvises grundlag for en afvigelse, f.eks. afvigende ordvalg i lovreglerne, omgælseshensigt mv. Vores synspunkter har en meget nær sammenhæng med legalitetsprincippet, hvorefter skat kræver hjemmel, og skattemyndighedernes standpunkter kræver hjemmel ...». Som supplement hertil anføres følgende generelle udlægning af forholdet mellem skatteret og civilret i forfatterens artikel i TfS 2003, 345: »... Det antages almindeligvis i dansk skatteret, at den skatteretlige kvalifikation er solidt forankret i civilretten, dvs. at den civilretlige begrebsdannelse også bliver udslagsgivende for den skatteretlige, men at visse saglige hensyn dog helt konkret kan begrunde, at skatteretten foretager sin egen, fra civilretten afvigende begrebsdannelse. At der skal foreligge påviselige »saglige« hensyn, for at skatteretten kan omkvalificere en civilretlig begrebsdannelse, og at en sådan omkvalificering ikke kan ske vilkårligt og uden nærmere refleksioner, skyldes blandt andet, at det retssikkerhedsmæssigt er rigtigst, at der lægges ensartede begrebsdannelser til grund ...». Og videre, »... Hvis skatteretten skal afvige fra civilretten, bør [min fremhævning] dette således være velbegrundet, sagligt og konkret hensigtsmæssigt ud fra de særlige skatteretlige hensyn og behov. Det kommer herved også i betragtning, at civilretten har haft adskillige hundrede år længere til at udvikle og finpudse mange af sine begreber, hvorimod skatteretten som en relativt ung disciplin nødvendigvis må overtage tankegods og begreber fra civilretten ...». Denne beskrivelse synes knap så kompromisløs som den senere udlægning i TfS 2003, 705, som citeret ovenfor og bærer i hvert tilfælde mere præg af retspolitiske overvejelser.

Det anføres som nævnt, at tungtvejende saglige hensyn, hvorunder

nævnes hensynet til omgåelse og fiscus' tredjemandsposition mv. kan begrunde en afvigende begrebsdannelse¹²⁵. Det anføres dog hos *Nikolaj Vinther*, at en sådan fravigelse imidlertid ikke alene kan begrundes ved, at civilretten varetager et andet hensyn og/eller formål end det skatteretlige, idet ingen civilretlig lovgivning er udarbejdet af hensyn til en skatteretlig anvendelse. Den varetager, med forfatterens ord, sit eget formål, ligesom skatterettens varetager sit eget formål. At tolerere en sådan begrundelse for en skatteretlig afvigende praksis vil derfor efter forfatterens vurdering medføre et »fripas« for en vilkårlig løsrivelse fra en civilretlig styring.

Det er svært at se, på hvilket grundlag *Nikolaj Vinther* stiller sig så kritisk over for eventuelle skatteretlige afvigelser fra civilretten ud fra en begrundelse om, at disciplinerne varetager forskellige formål. Man kunne jo stille det spørgsmål, om ikke netop sådanne forskellige formål kan tilsige en forskellige begrebsanvendelse. Der ligger, så vidt kan vurderes, ikke nogen selvstændig argumentation i blot at konstatere, at resultatet ellers er en vilkårlig løsrivelse fra en civilretlig styring. Hertil kommer, at forfatteren ikke giver nærmere anvisninger om, hvornår der skal tages hensyn til den omtalte tredjemandsposition samt i hvilke situationer en sådan foreligger. Man kunne således spørge, om der ikke i alle skatteretlige forhold kan konstateres et sådant beskyttelseshensyn. Er dette tilfældet synes der at være åbnet en sluse for vilkårlige fravigelser fra civilretten som forfatterens så flittigt modarbejder.

I de citerede udsagn indgår dels en konstatering at civilrettens styring af skatteretten, dels en begrundelse herfor¹²⁶. Det er ikke helt klart,

125. Jf. også *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 416. Hvad der ligger i »mv.« redegøres der ikke for. Dog fremkommer dette forskellige steder i afhandlingen. Eksempelvis anføres det s. 47, at domstolene kan kvalificere et forhold anderledes end det civilretlige indhold for at imødegå en for skatteretten utilsigtet virkning og at myndighederne imødekommer erhvervslivet ved en pragmatisk fortolkning af skatteretten.

126. Begrundelserne for civilrettens primat fremhæves i *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 415 ff, hvor det anføres, at »... Da den civilretlige begrebsverden er væsentligt ældre end den skatteretlige, er det naturligt, at man ved konciperingen af skattelovgivningen anvender netop de civilretlige begreber, der dækker det underliggende civilretlige forhold, som skattelovgivningen har til mål at regulere beskatningen af. Med dette for øje giver fortolkningen af civilretlige fænomener i skattelovgivningen også nærmest sig selv. Der må naturligvis tages afsæt i den civilretlige forståelse af begrebet. Hjemmelskravet – jf. atter GRL § 43 – fordrer ganske enkelt dette. Det lægges således til grund, at lovgivningsmagten ved anvendelse af et bestemt civilretligt begreb har haft til hensigt, at dette skal fortolkes ud fra en almindelig forståelse, og at det er den ældre civilretlige begrebsverden, der er fundamentet for denne begrebsforståelse ...«. S. 221 anføres det tillige, at: »... Forudsætningen for en markedsøkonomi er, at parterne frit kan omsætte varer inden for de rammer markedsførings-

hvad forfatterne mener, når det konstateres, at civilretten *skal* respekteres. Som nævnt benyttes udtryk som, *at* myndighederne skal lægge de civilretlige begreber til grund, *at* der er tale om et påbud til de retsansvarende myndigheder, *at* en fravigelse kræver saglige grunde, *at* en fravigelse kræver en særlig begrundelse, *at* dette følger af legalitetsprincippet og dermed, *at* en fravigelse fra civilretten kræver hjemmel. Det er nærliggende at sammenfatte disse synspunkter i ét synspunkt, nemlig at skatteretlige fravigelser fra civilretten kræver hjemmel¹²⁷. Det må tillige antages, at denne holdning generelt gælder for forholdet mellem skatteret og civilret, og derved ikke kun de tilfælde, hvor skatterettens utvivlsomt læner sig op ad civilretlig begrebsdannelse.

Til disse synspunkter skal følgende bemærkes:

Forfatterne blander så vidt ses flere forhold sammen i argumentationen. At civilretten *bør* være styrende for skatteretten er der næppe enighed om. At civilretten i vidt omfang faktisk *er* styrende for skatteretten er almindeligt anerkendt. Dette er dog ikke det samme som, at dette også er det mest ønskværdige ud fra en teoretisk synsvinkel i et ideelt retssystem. Derimod må der stilles visse krav til en skatteretlig anvendelse af civilretlig terminologi generelt, herunder til klarhed og kvalitet mv.

At en retspolitisk ytring om civilrettens præjudice skulle kunne begrunde et krav om, at civilretten *skal* respekteres, forekommer ulogisk og urigtigt. Den fremsatte retspolitiske antagelse kan ikke i sig selv begrunde stærke krav til skatterettens anvendelse af civilrettens kvalifikationer, herunder i form af det ovenfor nævnte hjemmelskrav. At de to just behandlede antagelser skulle kunne antages at komme til udtryk ved skatterettens vidtgående anvendelse af civilretlige begreber mv., er formentlig heller ikke rigtigt. Skatterettens udbredte brug af civilretlig terminologi skyldes, så vidt ses, ikke retspolitiske analyser med det udfald at en sådan anvendelse anbefales og bør fremmes. Sådanne analyser er netop aldrig foretaget i dansk skatteret. Derimod er begrebsanvendelsen ofte udtryk for, at lovgiver falder tilbage på eksisterende begrebsapparater i mangel af alternativer hertil. Dette udsagn gælder

og konkurrencelovgivningen afstikker. Omsætningen mv. sker på baggrund af aftaler indgået mellem parterne. Aftalefriheden sikrer, at dette kan ske på en enkel og fleksibel måde. Naturligvis skal en tidssvarende skatteret ikke ændre eller gøre indgreb heri. Derfor bør udgangspunktet være, at skatteretten er styrende for skatteretten ...».

127. Jf. Nikolaj Vinther i TfS 2000, 945.

også, selvom en vis civilretlig uklarhed herved adopteres. Ofte forholder det sig endda således, at lovgiver ikke eksplicit har gjort sig sådanne overvejelser, hvorfor der intet fremgår herom i lovmotiver mv. Den nævnte antagelse er rigtig derved, at skatteretten i vidt omfang faktisk benytter civilretlig terminologi mv. Dette forhold er imidlertid ikke udtryk for den postulerede sammenhæng mellem antagelsen og det retspolitisk funderede hjemmelskrav (der er herved tale om et meget stærkt kongruenskrav). Derimod kan det antages, at det udbredte brug af civilretlige begreber i skatteretten konkret kan medføre et krav om, at skatteretten skal respektere det anvendte civilretlige begreb, men derimod ikke til et generelt krav om, at skatteretten skal respektere civilretten og civilretlige begreber og kvalifikationer. Ligeledes er der grund til at være opmærksom på sådanne situationer, hvor der konkret ikke eksisterer civilretlige begreber, ligesom konkret eksisterende begreber kan være omgærdet af en vis usikkerhed og uklarhed i civilretten.

Hertil kommer, at udtrykket »civilrettens styrende funktion« tilsyneladende anvendes synonymt med et synspunkt om civilrettens forrang. Hvis dette er tilfældet, er der næppe enighed om, at civilretten er styrende for skatteretten. Antagelsen om civilrettens styrende funktion dækker over det forhold, at civilretten som udgangspunkt tilvejebringer faktum til brug for skatteretten, og tillige i et vist omfang tillige tilvejebringer det skatteretlige retsfaktum. En generel konstatering af civilrettens styrende funktion i sidstnævnte forstand, siger ikke noget i sig selv om det indbyrdes forhold mellem skatte- og civilretten, jf. infra. Der synes således at være tale om en overfortolkning af princippet. Dette har medført, at princippet betydning i forfatterens optik er ændret fra at være en konstatering til at være et selvstændigt princip, hvorfra selvstændige retlige resultater kan udledes.

Selvom *Vinther & Werlauffs* betragtninger formentlig alene vedrører civilrettens betydning som retsfaktum i skatteretten, redegør forfatterne ikke nærmere for deres overvejelser herom, og der foretages ikke nogen afgrænsning af rækkevidden af deres udsagn. Selvom forfatterens ytringer afgrænses til alene at vedrøre civilrettens betydning ved den skatteretlige fastlæggelse af retsfaktum, er der næppe enighed om retsstillingen. Indlæggene skal vist nok forstås sådan, at den civilretlige styring kan fastlægges uden at tage stilling til, om der konkret er grundlag herfor. Som forfatterens generelle udsagn er formuleret, springes

der efter min vurdering over denne centrale bedømmelse af, om der faktisk foreligger en civilretlig styring i den konkrete situation.

Det synes misvisende at søge legalitetsprincippet anvendelsesområde udstrakt til også generelt at løse spørgsmål om forholdet mellem skatteret og civilret. At skatteopkrævning skal have hjemmel i lov, er der vist ingen der vil anfægte. Forfatterens tankegang synes at være, at beskatning kræver hjemmel, men at denne hjemmel alene eksisterer, hvis skatteretlige bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med civilretten. Synspunktet må således være, at skatterettens hjemmelskrav er opfyldt, hvis der er hjemmel i civilretten til en given forståelse af et begreb mv. Hvis legalitetsprincippet tillige kunne antages at løse alle vores samspilsproblemer skatte- og civilretten imellem, skulle man umiddelbart være tilfreds med en henvisning til dette således omnipotente princip.

Som det fremgår, deles opfattelsen ingenlunde. Et ræsonnement, der bringer læseren fra denne åbenbare konstatering til et generelt skatteretligt hjemmelskrav til fravigelser fra civilretten, må vel med forfatterens egne ord kaldes »pudsigt«. Tilsvarende er det usædvanligt, at forfatterne netop henviser til legalitetsprincippet, når det nu ikke er muligt at påpege et hjemmelsgrundlag for deres standpunkt, og der hermed må være tale om retspolitiske udsagn. Heri er indbygget en mærkværdig selvmodsigelse.

Der kan ikke udledes et generelt hjemmelskrav vedrørende skatteretlige fravigelser fra civilretten, hverken af civilrettens præjudice eller legalitetsprincippet. Der findes ikke tilstrækkeligt retligt fundament for det fremsatte grundpostulat. Konklusionen er derfor, at der ikke kan udledes nogen grundregel om skatterettens absolutte binding til civilretten samt det heraf afledte hjemmelskrav. Der er ganske enkelt ikke tilstrækkelige holdepunkter herfor. Derfor må det være klart, at der i alle tilfælde må foretages en *konkret vurdering* – en vurdering, der dog meget vel kan føre til, at der gælder et retskildebestemt krav om kongruens mellem disciplinerne vedrørende det konkrete spørgsmål¹²⁸.

128. At der skal foretages en *konkret vurdering* er bedst skrevet hos Harald Hauge: Realisasjonsprincippet som periodiseringsregel, 2001, s. 43: »... Men i tråd med de generelle standpunkt som er lagt til grunn foran, kan en ikke uten videre være bundet av de privatrettslige fortolkninger og løsninger. Dette er også det tradisjonelle standpunktet i norsk skatterett ...« og videre »... Spørsmålet om en i skatteretten er bundet av de privatrettslige standpunkt, er altså ikke et enten/eller. Det er mer et spørsmål om i hvilken grad en er bundet, og dette vil måtte bedømmes ut fra den enkelte regel – og faktisk også ut fra det enkelte

Hertil kommer, at der formentlig kan opstilles en formodningsregel om, at civilretlige begreber tillægges betydning, hvis der ikke konkret findes skatteretligt retskildemateriale, der trækker i en anden retning. Samtidig gælder formentlig også en almindelig fortolkningsregel, hvorefter begrebers almindelige juridiske betydning skal lægges til grund, såfremt der findes en sådan betydning. Det vil dog været at gå for langt at tage disse forhold til indtægt for en generel regel om civilrettens dominans. *Vinther & Werlauff m.fl.* låser sig efter min vurdering for hurtigt fast på resultatet, og afskærer sig dermed gennem automatikken fra en konkret fortolkning af den aktuelle skattelovbestemmelse. En sådan generalisering kan efter min vurdering ikke accepteres, idet der bør kunne påvises et sikkert fundament for generaliseringer, hvis ikke sådanne skal fremstå som værende unuancerede.

Der må stilles strenge krav til argumentationsbyrden, hvis man ønsker at introducere en ny regel eller et nyt grundprincip. Denne byrde har forfatterne ikke løftet, og det er ikke tilstrækkeligt blot at henvise til legalitetsprincippet. Derfor havde det vel været mere rammende at præsentere synspunktet i hypoteseform og ikke som sket som et skatteretligt aksiom. I dette lys er det fortsat min vurdering, at der ligger en retspolitisk overbevisning bag forfatternes synspunkt. Udledningen antager nærmest karakter af begrebsjurisprudens, idet der udledes retlige følger af selve konstateringen¹²⁹.

Et standpunkt svarende til ovenstående fremkommer hos *Bent Ram-*

tolkningsspørmål ...». At der ikke af legalitetsprincippet kan udledes en krav om kongruens bekræftes hos Anders Hultquist: Legalitetsprincippet vid inkomstbeskattningen, 1995, s. 362 ff. Forfatteren sammenfatter sin analyse på følgende vis: »... Från legalitetssynpunkt kan inte frågan om skatterättens anknytning till civilrätten besvaras mer än med påståendet att detta måste avgöras utifrån varje bestämmelse ...». Roger Persson Österman i Richard Arvidsson m.fl. (red.) Festskrift til Gustaf Lindencrona, 2003, s. 361 ff (s. 373) tager inspiration hos Jan Hellner og tager herefter udgangspunkt i, hvorvidt der kan identificeres retspolitisk adekvans. Det anføres: »... Jan Hellner kallar det för bristande rättspolitisk adekvans. Begreppet fungerar utmärkt i analys av bolagsrättens ställning i skatterätten och jag är av den uppfattningen att analysmetoden kan användas även i andre sammenhang där frågan om civilrättens ställning i skatterätten är aktuell. Jag menar att civilrätten bör följas i skatterätten endast i de fall syftena bakom civilrätten har relevans i skatterätten. Saknas sådan relevans gör RR rätt i att utifrån skatterätten göra egna ställningstaganden».

129. Helt grundlæggende fornemmes en identisk målsætning, nemlig, at skatteretten og civilretten bør fungere bedre sammen. Det synes derfor at være såvel forfatternes som min holdning, at en forbedret sameksistens skal på det retspolitiske landkort. Uenigheden kan vel lidt groft sagt siges at bestå i, at *Vinther & Werlauff* finder, at vi allerede har fundet midlet til at nå målet, og at dette middel allerede benyttes. Modsat dette kan det antages, at vi endnu ikke har fundet det rette middel, men at retsvidenskaben kan

skov¹³⁰. Forfatterens udgangspunkt er dog den traditionelle opfattelse om skatterettens styrende funktion¹³¹. Det står dog hurtigt klart, at forfatteren går betydeligt videre i sine antagelser, end den traditionelle udlægning af civilrettens styring kan tages til indtægt for. Således anføres det, at en konsekvent afdækning af civilretten nærmest pr. automatik indebærer en afdækning af en given transaktions reelle indhold – faktum – til brug for den skatteretlige kvalifikation¹³². Dette er efter min vurdering en alt for unuanceret beskrivelse af forholdet. Forfatteren går dog videre endnu, idet det konkluderes, at Højesteret med dommen i TfS 1998, 357 H *Kurt Hall Jørgensen*¹³³ endnu engang har lagt sig tæt op ad en ordlydsfortolkning af skattelovgivningen samt anvendt den civilretlige kvalifikation for en transaktion som udgangspunkt for den skatteretlige kvalifikation¹³⁴.

Bent Ramskov henviser videre til ekstraktet af Skatteministeriets Notat om legalitetkravet på skatte- og afgiftsområdet af 6. januar 1998 som gengivet i TfS 1998, 137. At betegne de i notatet omtalte sager som udtryk for princippet om civilrettens styrende funktion forekommer forkert, og det må igen fremhæves, at overholdelse af legalitetsprincippet og civilretskonform fortolkning ikke nødvendigvis er det samme. Henvisningen til notatet må således bygge på en forudsætning om eksistensen af et hjemmelskrav til at foretage skatteretlige fravigelser fra civilretten. Forfatteren anlægger den samme synsvinkel i forbindelse med behandlingen af det generelle afståelsesbegreb, hvor forfatteren ufravigeligt låser sig fast på det civilretlige afståelsesbegreb¹³⁵. Herefter kritiseres enhver skatteretlig fravigelse fra det civilretlige afståelsesbegreb endda selvom afståelsesbegrebet generelt udgør et juridisk relati-

og skal bidrage til at formulere retningslinier til analysen af de komplekse samspil mellem skatteret og civilret. Langt hen ad vejen kan og skal problemstillingerne dog løses gennem almindelig lovforklaring.

130. Jf. forfatterens ph.d.-afhandling: Intern selskabsomstrukturering, 2001. Denne afhandling kan ses som et vægtigt bidrag til forståelsen af samspillet mellem civilret og skatteret ved visse former for selskabsretlige omstruktureringer, sml. *Erik Werlauff* i UfR 2001, B, s. 422.

131. Jf. det indledende afsnit s. 46 ff. Se også artiklen »Skillelinien mellem lovlig skatte-tænkning og ulovlig skatteudnyttelse ved intern selskabsomstrukturering«, SR-Skat 2001, s. 294 f og SpO 2002, s. 239 ff, hvor det skatteretlige goodwillbegreb søges indsat i en civilretlig kontekst, og særligt s. 239-240 om civilrettens styrende funktion.

132. Op.cit., s. 47.

133. Se herom kapitel 5, afsnit 1.2.i Del II.

134. Jf. Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 141.

135. Op.cit., s. 67 ff.

onsbegreb. Tilsvarende gør sig gældende ved den skatteretlige behandling af vedtægtsændringer, hvor et generelt kongruenskrav opstilles¹³⁶. Synspunktet fremkommer tydeligst ved konstateringen af, at der ingen tvivl er om, at den civilretlige baggrund er bestemmende for den skatteretlige kvalifikation langt hen ad vejen, og derfor må anvendes og lægges til grund ved løsning af skatteretlige problemer¹³⁷. Forfatteren henviser i denne forbindelse til *Aage Haugland-sagen* i TfS 1998, 485 H. Det er rigtigt, at resultatet af denne dom er en kongruent retstilstand. Men afgørelsen er baseret på det forhold, at der ikke var eller er skatteretlig hjemmel til at nægte Haugland retten til at drive erhvervsvirksomhed i selskabsform. Det er således min vurdering, at der ej heller af denne dom kan udledes en uviverselt skatteretligt grundprincip om civilrettens styrende funktion, jf. tillige kapitel 5, afsnit 1.2. i Del II. I forbindelse med en behandling af afståelsesspørgsmålet ved købe- og salgsretter, lægges det tilsyneladende til grund, at spørgsmålet om civilretskonform fortolkning af afståelsesbegrebet er synonymt med hjemmelspørgsmålet¹³⁸. Også denne konklusion går efter min vurdering for langt.

I forbindelse med en analyse af den skatteretlige behandling af betingelser i tegningsrets- og aktieoptionsaftaler anfører *Jan Guldmand Hansen*, at det civilretlige udgangspunkt som altovervejende hovedregel også skal lægges til grund skattemæssigt¹³⁹. Som dokumentation herfor anføres, at Højesteret efter forfatterens vurdering i de senere år gentagne gange har afvist at undergive dispositioner en skattemæssig behandling, der afviger fra den civilretlige behandling/kategorisering. Der henvises i denne forbindelse til dommene i TfS 1998, 307 H (fejlhenvisning, idet der antageligvis er tilsigtet en henvisning til TfS 1998, 397 H), TfS 1999, 289 H og TfS 2000, 149 H.

Ingen af de af forfatterne fremhævede domme ændrer den samlede konklusion¹⁴⁰. Ét er, at der skal være hjemmel i skattelovgivningen til beskatning. Er der således hjemmel til beskatningen, kan der formentlig ikke stilles yderligere hjemmelkrav i skatteretten, herunder ej heller krav til civilretskonformitet. Noget andet er, at der også skal være

136. Op.cit., s. 163 ff.

137. Jf. Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 285.

138. Op.cit., s. 287 ff.

139. Jf. SR-Skat 2000, s. 309 ff (311).

140. Jf. analysen i Del II, kapitel 5.

hjemmel til skatteretlig fravigelse fra andre skatteretlige hovedprincipper¹⁴¹. Men et ganske andet, og herfra afvigende spørgsmål er, om der tillige skal være hjemmel til at fravige civilretten. Det er klart, at en forankring i civilretten medfører mange fordele og ofte vil indgå som led i faktumbeskrivelsen i den konkrete situation og ofte endda som retsfaktum. Imidlertid følger dette ikke af et generelt hjemmelskrav til eventuelle fravigelser, såfremt kongruens ikke er resultatet af almindelige retskildeprincipper. Dette resultat følger af den almindelige retslære. Civilretten udgør ikke i denne forbindelse en universel retsnorm, ligesom det skal erindres, at skatteretten og civilretten bedst lader sig beskrive som ligeordnede og værdige retsdiscipliner. Heraf følger også, at civilretten som disciplin ikke alene i kraft af det tidsmæssige forspring må tillægges generel forrang for skatteretten.

Der skal hjemmel til at fravige en civilretlig lov i civilretlig henseende. Men da en skatteretlig fravigelse jo ikke nødvendigvis indebærer en civilretlig fravigelse, støtter dette ikke hjemmelkravet. Afhandlingens analyser kan meget vel føre til tilsvarende resultater, som gjaldt der et hjemmelkrav, men såfremt dette konkret er tilfældet, er begrundelsen en anden, nemlig en almindelig lovfortolkning. I henhold til den her anvendte terminologi forudsætter eksistensen af et kongruenskrav, at et sådant kan baseres på retskilder, ligesom et kongruensbehov udspringer af koordinationstanker, jf. i detaljer infra kapitel 7. Såfremt der på et givet område kan konstateres et retskildebestemt kongruenskrav, kan der ligeledes opstilles et hjemmelkrav til fravigelser fra det således konstaterede civilretlige udgangspunkt, der er adopteret af skatteretten. Er et koordinationsbehov derimod alene koordinationsbestemt, kræves der ikke særskilt hjemmel til fravigelser fra civilretten. Hvis det skatteretlige udgangspunkt er det samme som civilrettens udgangspunkt (men der altså ikke kan konstateres et krav om retskildebestemt kongruens), må der kræves hjemmel til at fravige det skatteretlige udgangspunkt. Dog har denne situation ikke noget at gøre med forholdet mellem skatteret og civilret, men er derimod et spørgsmål om almindelige lovfortolkningsprincipper.

141. Jf. *Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 16.

2.3.2. Øvrige reaktioner

Særligt som reaktion på den omtalte artikel i TfS 2002, 89 om fortolkningen af KGL § 24 har Søren H. Mørup som en anden mulig reaktion på de vidtgående tanker præsenteret en nuancering af udsagnet om civilrettens styrende funktion¹⁴². Denne nuancering imødegår i det hele den nye vidtgående tendens i udsagnet om civilrettens styrende funktion.

Søren H. Mørup tilslutter sig som udgangspunkt, at civilretten er styrende for skatteretten. Imidlertid findes det relevant at sondre mellem civilrettens styrende funktion i to henseender: *Dels* for så vidt angår spørgsmålet om den civilretlige bedømmelse af et konkret retstilfælde kan tænkes tillagt betydning for den skattemæssige vurdering – altså en styrende funktion ved fastlæggelsen af *faktumsiden*. *Dels* for så vidt angår den civilretlige bedømmelse af, om et begreb kan tænkes at have betydning for den abstrakte fortolkning af en skatteretsregel, altså en styrende funktion ved fastlæggelse af *retsfaktum*.

Forfatteren finder at sondringen finder sin berettigelse, når man skal afgøre, hvorledes civilretten »styrer« skatteretten, og om skatteretten »løsriver« sig fra civilretten. På baggrund heraf udleder forfatteren nogle principielle tanker om civilrettens styrende funktion.

Det anføres, at disse spørgsmål er *forskellige* i de tilfælde, hvor den *civilretlige styring angår faktum*: (A) Den måde, hvorpå civilretten styrer skatteretten, kommer til udtryk ved, at en civilretlig bedømmelse af et konkret retstilfælde (i.e. den civilretlige retsstiling) foretages og lægges til grund for beskatningen. Der er herved ikke tale om fortolkningen af skatteretlige regler, men om fastlæggelsen af faktum, som også efter denne forfatters opfattelse må foretages præjudicielt i forhold til beskatningen. Selve beskatningen må herefter bero på fastlæggelsen af retsfaktum i de relevante beskatningshjemler, dvs. på fortolkning af skatteretlige regler. (B) Den måde, hvorpå skatteretten eventuelt løsriver sig fra den civilretlige bestemmelse af faktum, kommer ligeledes til udtryk ved anvendelsen af de skatteretlige regler og beror også på en fastlæggelse af retsfaktum. Forfatteren henviser her til realitetsgrund sætningen og vilkårskorrektionsbestemmelserne. Forfatteren erkender på denne baggrund, at civilretten med hensyn til fastlæggelsen af faktum i langt de fleste tilfælde vil være styrende for skatteretten, og derfor

142. Jf. TfS 2002, 665.

vil være den praktiske hovedregel. Hermed konkluderes det, at det er velbegrunderet at tale om, at civilretten er styrende for skatteretten, når der menes styrende for hvilket faktum der lægges til grund. Forskeligheden i spørgsmålene ses således ved konstateringen af, at spørgsmålet om civilrettens styrende funktion for så vidt ikke skal besvares samtidig med besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt skatteretten efterfølgende løsriver sig fra civilretten.

Derimod finder forfatteren, at spørgsmålene om civilrettens styring og skatterettens løsrivelse fra civilretten for så vidt angår *fastlæggelsen af retsfaktum*, er *sammenfaldende*. Hertil anføres det, at spørgsmålet om og hvorledes den civilretlige begrebsdannelse »styrer« skatteretten, beror på en fortolkning af den skatteretlige regel, herunder hvorledes et civilretligt begreb forstås inden for civilretten, og om der skal anlægges en anden fortolkning af reglen end den, som en civilretlig begrebsanvendelse fører til, hvilket kan ske ud fra almindelige fortolkningsprincipper og -faktorer. Dermed antager problemstillingen efter forfatterens opfattelse, karakter af et generelt hjemmelsspørgsmål, og civilrettens »styrende« funktion beror herved alene på, at den almindelige sproglige forståelse af et udtryk, der stammer fra civilretten, ofte vil være den sædvanlige civilretlige forståelse af udtrykket. Forfatteren tydeliggør ikke, på hvilket grundlag denne almindelige fortolkningsregel hviler. Dog henvises der til det almindeligt anerkendte fortolkningsprincip om, at givne juridiske begreber anvendes i disses almindeligt anerkendte juridiske betydning, såfremt lovgivningen anvender sådanne begreber, og ikke andet fremgår af lovens bemærkninger¹⁴³. Idet

143. Jf. op.cit., note 38. Det er da også den sædvanlige forståelse af ordet »frivillig akkord«, der danner basis for forfatterens konklusion i henseende til artiklens konkrete problemstilling, nemlig at kursgevinstloven ved anvendelsen af begrebet »frivillig akkord« ikke omfatter ordninger, hvor der opnås en gældsnedsettelse mod udstedelse af aktier, da sådanne ordninger ikke kan rummes inden for en naturlig sproglig forståelse af dette udtryk, uanset at det modsatte fremgår af lovens forarbejder. Det lægges således også til grund, at det endvidere følger af almindelige lovfortolkningsprincipper, at hvis lovens ordlyd er *tilstrækkelig klar*, er det uden betydning, at udtrykket er givet en anderledes betydning i lovens forarbejder, i hvert tilfælde når det drejer sig om et retsområde, hvor der gælder et skærpet hjemmelskrav. Hertil må dog anføres, at det for mig at se er vidtgående at anse ordlyden af en skattelovbestemmelse for *tilstrækkelig klar*, når fortolkningen må inddrage den almindelige sproglige forståelse af et begreb og qua dette inddrager civilrettens begrebsdannelse. Ligeledes er det vel et spørgsmål om der strengt taget er belæg for så håndfast at afskrive lovforarbejdernes betydning generelt i sådanne tilfælde. Jeg mener således ikke man i sådanne tilfælde kan sige at en bestemmelse er så klar i sin ordlyd, at man kan bortse fra andre væsentlige fortolkningsfaktorer der trækker i modsat retning. Således kan eksempelvis udtalelsen i TfS

der ikke hersker fuldstændig klarhed om fortolkningsreglens skatteretlige betydning, ville det være ønskeligt, hvis forfatteren havde tydeliggjort sit standpunkt.

Forfatteren antager herefter, at »styringen« eller »løsrivelsen« ganske enkelt sker som en følge af legalitetsprincippet. Det anføres, at »styringen« eller »løsrivelsen« derfor ikke er noget særligt bemærkelsesværdigt, da der blot er tale om sædvanlig fortolkning af retsregler. Civilretten kan derfor ikke i denne henseende siges at være styrende på samme måde, som den er det i tilfælde, hvor styringen angår faktum. Forfatteren ønsker på ingen måde ønsker at anfægte, at den civilretlige forståelse af et begreb er en væsentlig fortolkningsfaktor. Det anføres således, om det ikke nærmest er misvisende at betegne civilretten som styrende for skatteretten i denne henseende, ligesom det er et spørgsmål, om denne betegnelse ikke er mere egnet til at sløre den reelle problemstilling end at afdække den. Endelig anføres det, at sontringen kompliceres ved, at begge de beskrevne former for »styring« kan være problematiserede i et og samme tilfælde. Der kan således være usikkerhed om såvel den præjudicielle civilretlige vurdering af et retstilfælde som den abstrakte fortolkning af de regler, som det pågældende retstilfælde kan tænkes henført under, herunder reglerne om den eventuelle tilsidesættelse af den civilretlige vurdering af retstilfældet samt selve subsumptionen.

Det må medgives, at det i visse situationer synes klart, at der ikke er tale om civilrettens styring af skatteretten. Et eksempel herpå må være den konkret behandlede problemstilling om forståelsen af KGL § 24. Derimod synes det ikke berettiget terminologisk at ville forlade civilrettens styrende funktion i de tilfælde, hvor skattelovgivningen utvivlsomt anvender civilretlige begreber¹⁴⁴. Hermed er det jo netop i mangel

1993, 209 Ø, siges at trække i modsat retning af *Mørups* argumentation. I sagen blev det er anført, at enhver fortolkning, som går ud over en lovs ordlyd, af retssikkerhedsmæssige grunde må kræve klar støtte i lovens forarbejder. Fortolkningsreglen er vel snarere også den, at en lovbestemmelses ordlyd vil være afgørende, når dens forståelse ikke giver anledning til tvivl og ingen andre væsentlige fortolkningsfaktorer trækker i modsat retning, jf. *Jens Garde* i *Forvaltningsret – almindelige emner*, 2004, s. 170. Altså en fortolkningsregel med et noget andet indhold end den af *Mørup* opstillede temmelig hårde regel. Det skal dog bemærkes, at *Mørup* anfører, at fortolkningsreglens primære anvendelsesområde må være, hvor forarbejderne er svage, herunder uklare spørgsmål til og svar fra skatteministeren. Om forfatterens konkret behandlede problemstilling anføres det endvidere, at forarbejderne endvidere direkte strider mod lovens ordlyd.

144. Som *Søren H. Mørup* synes at lade fremgå af note 7 i TfS 2002, 665.

af bedre alternativer valgt at lade civilretten udgøre en styrende faktor for den skatteretlige begrebsanvendelse. Dette gælder selvom der ikke herved er tale om frembringelse af faktum. Hermed fastholdes indholdet af udsagnet om civilrettens styrende funktion i overensstemmelse med den traditionelle udlægning heraf, hvor skatterettens anvendelse af civilretlige begreber indtager en central plads, jf. *supra*.

Det må mod mod bidraget indvendes, at det tilsyneladende ikke heri erkendes, hvilken nøje sammenhæng der består mellem faktum og retsfaktum. Begreberne fremstilles uden hensyntages til det forhold, at det skatteretlige faktum i sin helhed eller dele heraf kan udgøre det skatteretlige retsfaktum, såfremt det anerkendes, at civilretten som faktum faktisk tillades at være styrende i de konkrete situationer. Faktum og retsfaktum er dermed overlappende, idet retsfaktum jo netop blot er den retligt relevante del af faktum. Der består således ikke sådanne vandtætte skodder mellem faktum og retsfaktum, som *Mørup* synes at lægge til grund.

Sammenfattende har *Søren H. Mørups* bidrag i TfS 2002, 665 værdi derved, at civilrettens styrende funktion atter søges sat i det rette forståelsesmæssige lys, hvorved de forsøgte og udokumenterede udbygninger af udsagnet kan afvises. Bidraget har været nødvendigt og er vigtigt som følge heraf.

2.4. Skatterettens autonomi

2.4.1. Opfattelsen hos I. A. Strobel

Som en imødegåelse af den af *Jan Pedersen* postulerede civilretlige styring af skatteretten, jf. *supra* (og realitetsgrundsætningen) fremkom *I. A. Strobel* med et modsynspunkt¹⁴⁵. Forfatteren argumenterer således for skatterettens fuldstændige autonomi siden 1919, hvilket var årstallet for den første højesteretsdom om maskeret udbytte, UfR 1919, 601 H *A/S Dansk Gardin- og Textilfabrik*. Forfatteren stiller indledningsvis spørgsmålet om, hvorvidt skatterettens begreber er kongruente med privatretlige begreber, men erkender umiddelbart, at der ikke skal forventes noget klart og entydigt svar herpå ved læsning af domme og afgørelser¹⁴⁶. *Strobel* kritiserer *Jan Pedersen* for at lede diskussionen på et galt spor ved at behandle problemstillingen med udgangspunkt i

145. SR-Skat 1991, s. 377 ff: »Forholdet mellem skatteret og privatret (Med nogle afsluttende bemærkninger om forholdet mellem skatteret og skatteret)«.

146. *Op.cit.*, s. 377.

svensk teori, idet fortolkningstraditionen og de praktiske rammer om prøvelsen af skatteansættelser i Sverige adskiller sig væsentligt fra, hvad vi i Danmark er vant til. Således finder *Strobel*, at der er et skær af skindiskussion over udredningen. Dette begrundes med, at mens Kammerätten og Regeringsretten i Sverige har haft tilbøjelighed til at lade den privatretlige kvalifikation afgøre den skatteretlige, blev det i Danmark allerede i 1919 med den nævnte højesteretsdom fastslået, at ligningsmyndighederne ikke uden videre er bundet af privatretlige regler. Sagen, der omhandlede maskeret udbytte, er som bekendt siden fulgt op af utallige andre domme og afgørelser, som på samme måde fastsætter den skattepligtige indkomst uden at være bundet af gyldige civilretlige dispositioner. Ved henvisning til den nævnte dom, og andre der tilsvarende løsriver den skatteretlige bedømmelse fra det civilretlige grundlag, kritiseres *Jan Pedersens* udsagn om en principiel og nøje forbindelse mellem den almindelige civilret og indkomstskatteretten samt kongruensopfattelsen. *Strobel* konstaterer også, at de privatretlige begreber langtfra altid er entydige, tværtom er de ofte uskarpe i konturerne¹⁴⁷. Det forhold, at *Jan Pedersen* ikke giver nærmere anvisninger på, hvorledes der skal vælges mellem flere mulige civilretlige begrebsbestemmelser, anser *Strobel* som en afgørende svaghed ved denne del af forfatterens afhandling. *Strobel* finder det endvidere klart, at det valg, mellem begreber som *Jan Pedersens* tese gør nødvendigt, må træffes ud fra skatteretlige synspunkter. Ligegyldigt hvilken blandt flere privatretlige definitioner man valgte, ville valget være ensbetydende med, at skatteretten havde gjort sig uafhængig af de definitioner, som blev forkastet. Herfra finder *Strobel* ikke, at skridtet er langt til at sige, at også hvor civilretten har en éntydig definition, må skatteretten være uafhængig af den. På denne baggrund finder *Strobel* det mere realistisk at opfatte forholdet således, at når skatteretten inkorporerer et privatretligt begreb, har det en vis kerne i begrebet for øje, så at sige det essentielle i begrebet; mens den nærmere afgrænsning må ske ud fra de hensyn, som behersker skatteretten. Det præciseres, at der blandt de skatteretlige overvejelser naturligvis kan indgå, at man anser det for ønskeligt ikke at fjerne skatteretten alt for langt fra de øvrige dele af retssystemet. Men samtidig understreges det, at man ikke på forhånd kan tildele privatrettens begrebsapparat anden prioritet end den, der

147. Op.cit., s. 378.

ligger i, at denne disciplin er et par tusinde år ældre, og fordi privatretten er kommet til først vil denne dominere når begrebers kerneindhold eller essentielle elementer skal udfindes. Det konstateres hertil, at ethvert begreb hentet fra privatretten på den ene side har en kerne, der er fælles for skatte- og privatretten, og at man i det store flertal af afgørelser ikke bevæger sig uden for dette område. På den anden side anføres det, at skatteretten er suveræn når det gælder den nærmere begrebsafgrænsning i skatteretlig sammenhæng, og at skatteretten netop er sådan indrettet, at den ikke tåler en uskarphed, som man meget vel kan acceptere i civilretten. Det anføres, at de hårfine detaljer i grænsedragningen indenfor skatteretten kan have store konsekvenser opgjort i kroner og øre. Det er særligt i disse grænsetilfælde problemstillingen aktualiseres. *Strobel* finder herefter, at der ikke er kongruens mellem skatteretlige og civilretlige begreber, selvom der er udstrakt lighed mellem begreberne. Denne tese benytter *Strobel* til at argumentere for, at mange problemer efter en accept af den fremsatte tese løser sig selv i relation til skatteudnyttelser¹⁴⁸.

Herefter inddeler *Strobel* situationerne fra domspraksis i forskellige kategorier¹⁴⁹. I en kategori behandles tilfælde, hvor de civilretlige krav ej heller er opfyldte. I denne gruppe volder kongruensproblemet, efter forfatterens opfattelse, ingen vanskeligheder af den simple årsag, at vedkommende arrangement ikke opfyldte privatrettens krav. Proforma dispositioner kan henføres til denne kategori. Skatteretten skal naturligvis ikke acceptere sådanne dispositioner, der er foretaget på skrømt. Andre dispositioner, hvor der ligeledes ikke civilretligt kan ses at eksistere en given disposition, kan henføres under denne kategori¹⁵⁰.

I en anden kategori behandles sager, hvor der er tale om en åbenlys fravigelse af den civilretlige kvalifikation. Dette forekommer efter *Stro-*

148. Idet man kan nå til de skatteretligt acceptable resultater uden at ty til fremsættelsen af en realitetsgrundsætning eller tilsvarende foranstaltninger, når blot man – som det fremføres – ikke hæfter sig fast i privatrettens frakkeskøder. Det skal dog fremhæves, at *Strobel* på dette punkt fremkommer med den (lidet holdbare) forudsætning, at nok giver præmisserne støtte til realitetsgrundsætningen men, at resultatet kunne være nået uden denne form for begrundelse.

149. Op.cit., s. 380 ff.

150. Som dokumentation henvises der til UfR 1975, 788 H, UfR 1976, 925 H, SKDM 1976, 161 V, TfS 1986, 58 LSR, UfR 1950, 7 H, SKDM 1985, 622 Ø, UfR 1986, 22 H og UfR 1986, 435 H, TfS 1986, 21 V og UfR 1977, 405 Ø. Alle de nævnte domme og afgørelser finder *Strobel* at kunne henføre til denne kategori.

bels opfattelse i sager vedrørende placering af indtægter og fradrag hos den rigtige skatteyder (rette indkomstmodtager)¹⁵¹.

En tredje kategori indeholder sager, hvor der ikke direkte er modstrid, men snarere er forskelle i den nøjagtige afgrænsning på de to retsområder¹⁵². Forfatteren finder, at det følger naturligt af skatterettens særlige beskaffenhed, at der kan stilles krav om klarhed og bestemthed, som man ofte kan tage let på i civilretlig sammenhæng¹⁵³. Strobels konstaterer, at adgangen til skattemæssigt at underkende et arrangement, når det relevante beløb er fastsat vilkårligt, kan ses som et specielt udslag af en grundsætning om, at et retsforhold ikke blot må manifestere sig på papiret, men skal have aktuel eller eventuel betydning i andre relationer¹⁵⁴. Fravigelsesadgangen har efter Strobels opfattelse to aspekter. Det er ikke nok, at skattevæsenet overbeviser domstolene om, at der kan rettes kritik mod skatteyderens kvalifikation; det er tillige nødvendigt at overbevise domstolene om, at skattevæsenet har valgt den rette løsning at sætte i stedet¹⁵⁵. Det fremhæves endelig, at det af og til kan være nødvendigt at opløse en transaktion i to eller flere dispositioner for at nå den rette skattemæssige kvalifikation¹⁵⁶.

Endelig nævnes en fjerde kategori der illustrerer, at den skatteretlige selvstændighed er så stærk, at den end ikke er afhængig af kvalifikationen i anden skatteretlig sammenhæng¹⁵⁷.

På baggrund af den skitserede praksisgennemgang finder forfatteren sig i stand til af besvare det indledningsvist stillede spørgsmål om kongruens afkræftende. Således hedder det: »... Jeg kan ikke se rettere, end at praksis viser, at når et begreb optræder på begge retsområder, udformes det inden for skatteretten på skatterettens egne præmisser. Inden for privatret-

151. Til belysning heraf påberåbes UfR 1960, 535 H Aalborg Havnemølle, UfR 1983, 699 H Direktør Kjeld Tage Bohart, SKDM 1985, 83 V og UfR 1990, 526 H.

152. Der henvises til UfR 1968, 859 Ø og UfR 1969, 319 H (del af salgssum som goodwill?), UfR 1980, 414 H, UfR 1970, 767 H, (gældsproblemet – forskellig afgrænsning ved civilret og skatteret) ved UfR 1967, 905 Ø, UfR 1960, 535 H, UfR 1960, 355 H og UfR 1970, 8 H.

153. Se hertil UfR 1963, 734 H, SpO 1983, 62 V, UfR 1967, 11 H, UfR 1984, 121 H, TfS 1987, 5 V, TfS 1990, 220 V og 1991, 10 V, TfS 1988, 108 LSK, SKDM 1982, 374 Ø, TfS 1988, 404 Ø.

154. Op.cit., s. 383 f. Der henvises herved til UfR 1982, 738 Ø Helgstrand, UfR 1983, 396 H, TfS 1989, 110 Ø Hans Ludvigsen, TfS 1989, 428 V.

155. Jf. UfR 1988, 493 H.

156. Der henvises herved til UfR 1958, 1164 H, SKDM 1984, 326 V, UfR 1986, 772 H, SKDM 1985, 801 Ø.

157. Der henvises i denne forbindelse til UfR 1977, 405 Ø og UfR 1986, 649 H.

tens forskellige discipliner skal det pågældende begreb tilsvarende udformes på vedkommende retsområdes præmisser; men det er der bare ikke nær så mange retsafgørelser om»¹⁵⁸. Det erkendes i umiddelbar forlængelse heraf, at det strengt taget er indholdsløst at tale om skatterettens egne præmisser, såfremt der ikke følger en nærmere redegørelse for indholdet heri.

Af den gennemgåede praksis finder *Strobel*, at han kan udlede følgende *vejledende principper*: For det første er skatteretten ikke uden videre bundet af den betegnelse, som skatteyderne selv vælger. Dette gælder ikke blot de tilfælde, hvor den valgte betegnelse synes at savne forbindelse til virkelighedens verden. Det gælder efter *Strobels* opfattelse også sager, hvor der kan anføres lodige argumenter for skatteyderens opfattelse, men hvor udfaldet bliver, at han er kommet for skade at lande på den forkerte side af grænsen for det specifikt skatteretlige begreb. For det andet er der adgang til at spalte udadtil fremtonende enkeltstående dispositioner op, med henblik på at opnå den korrekte skatteretlige kvalifikation. Herved bedømmes hvert led for sig og udløser de relevante skatemæssige konsekvenser (step by step). For det tredje skal skatten beregnes af det ifølge skattelovgivingen korrekte beløb, og beløbet skal placeres hos den skatteyder, hvor det virkelig hører hjemme. Endelig for det fjerde stilles der efter *Strobels* opfattelse to specifikt skatteretlige krav til den pågældende disposition: forpligtelsen skal have en vis grad af klarhed og bestemthed, og at den skal manifestere sig andre steder end på skattebilletten¹⁵⁹.

Samlet konkluderer *Strobel*, at praksis for længst har frigjort sig for den postulerede binding til privatrettens begreber. Når først navlestrengen er klippet over, er der ikke brug for nogen særlig realitetsgrund-sætning eller anden generalklausul til at forklare praksis¹⁶⁰. *Strobel* fremhæver herefter, at skatteretten er en selvstændig juridisk disciplin,

158. Op.cit., s. 387.

159. *Jan Pedersen* finder det i SR-Skat, 1992, s. 105 vanskeligt at argumentere mod gyldigheden af de af *Strobel* fremførte præmisser. På den anden side anføres det, at »... det er misvisende – og meningsforstyrrende – at opfatte disse hovedpræmisser som en generel »lakmusprøve«, der er afgørende for, om en given skatteudnyttelse skal tilsidesættes og udløse andre skatemæssige konsekvenser end, hvad der umiddelbart følger af dispositionens ydre form. Hovedpræmisserne indeholder da også et element af selvmodsigelse, idet *Strobels* overordnede afvisning af eksistensen af generelle normer til fordel for en konkret rent skatteretlig bedømmelse i de mangfoldige tilfælde herved fraviges«.

160. Det anføres, at tendensen i skatteretten kan sammenlignes med konkursretten, hvor de formueretlige regler tilpasses på en måde, hvori forfatteren ingen væsensforskel finder.

der lægger stor vægt på komponenter, som på andre retsområder spiller en mere tilbagetrukket rolle.

Jan Pedersen har siden i replikform vendt sig mod den af *Strobel* fremsatte tese om fuldstændig autonomi i skatterettens forhold til civilretten¹⁶¹. *Jan Pedersen* finder *Strobel's* tese særdeles vidtgående i relation til myndighedernes tilsidesættelsesadgang, og endda mere vidtgående end realitetsgrundsætningen. Den tidligere omtalte forudsætning hos *Strobel* om bortseelse fra dommenes præmisser kritiseres ved, at det påpeges, at den juridiske videnskab må være meget påpasselig med at udlede andet og mere af en given afgørelse, end kan rummes i afgørelsens præmisser. Det konstateres, at der de lege lata tilsyneladende er enighed mellem de to forfattere vedrørende konstateringen om, at skatteretten ikke uden videre og per se er kongruent med civilretten i henhold til den retlige kvalificering og karakteristik af indholdet og udstrækningen af økonomiske dispositioner. Der fremhæves dog ét væsentligt punkt, hvor der tilsyneladende hersker uenighed mellem de to forfattere. Det er *Strobel's* tese, at et begreb udformes på skatterettens egne præmisser, når begrebet optræder inden for begge discipliner. Inden for privatrettens forskellige discipliner skal det pågældende begreb tilsvarende udformes på vedkommende retsområdes præmisser. Som redegjort for tidligere er det, modsat *Jan Pedersen's* opfattelse, at skatteretten principielt og i den daglige løsning af skatteretlige problemer som alt overvejende hovedregel (og kun indtil et vist punkt) er styret af den civilretlige kvalifikation. Kun herved finder forfatteren, at den systematiske og forudsatte sammenhæng i vores indkomstskattesystem vil fastholdes. Uanset denne væsentlige uoverenstemmelse mellem *Strobel* og *Pedersen* er begge dog nødsaget til at besvare spørgsmålet om, hvilke præmisser der ved bortfaldet af de civilretlige præmisser virker styrende for skatten. Som det ses udgør *Strobel's* bidrag en modsatrettet holdning af synspunktet om civilrettens styrende funktion.

Jeg skal i det følgende fremhæve nogle af de forhold, der bør have ved de følgende analyser af samspillet mellem skatteret og civilret. Indledningsvis skal det bemærkes, at *Strobel* behandler forholdet mellem skatteret og privatret i snæver forstand, forstået således at det udelukkende er anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretten der tilsigtes en analyse af, herunder i forbindelse med udfoldelse af den

161. Jf. SR-Skat 1992, s. 103 ff.

civilretlige aftalefrihed. Hertil kommer, at *Strobels* analyse alene vedrører retsanvendelsen. Yderligere lader det til, at *Strobel* og *Jan Pedersen* er enige, for så vidt angår konstateringen af funktionelle begreber i civilretten. Imidlertid lader det til at *Strobel* ikke drager den fulde konsekvens og opstiller et krav om kongruens, for så vidt angår begrebernes kerneindhold. Det postuleres på den ene side, at civilretlige begreber er funktionelle og, at der findes en vis kerne i begreberne, hvorved der ikke er tale om en skatteretlig afvigelse fra civilretten ved accept heraf. På den anden side konstateres det, at der ikke er kongruens mellem disciplinerne. *Strobel* begrundet dette med, at den nærmere afgrænsning er op til skatteretten. Forfatterne er altså som udgangspunkt enige, men *Strobel* holder fast i, at der ikke kan være kongruens. Det forekommer dog mere logisk, såfremt udredningerne om begrebers kerneindhold benyttes til at konstatere, at der oftest ikke er tale om en skatteretlig fravigelse men at civilretlige begrebers kerneindhold bør respekteres i skatteretten.

Den væsentligste begrænsning i *Strobel's* indlæg er de bevidste bortseelser forfatteren foretager fra domstolenes præmisser med henblik på at påvise, at et givent resultat kunne nås gennem traditionel lovfortolkning under antagelsen af bekræftende besvarelse på spørgsmålet om skatterettens autonomi. En sådan metodik hører efter min vurdering ikke hjemme på retsvidenskabens område, og afsvækker da også forfatterens resultater betydeligt. I realiteten lader forfatteren, som om domstolene ikke begrundede deres afgørelser som de nu engang gjorde, for herved at skaffe næring til beviset for sin egen tese. Med andre ord: havde domstolene vidst, hvad der egentlig gjaldt, så ville de da også vide, hvad de skulle begrunde deres afgørelser med. Øjensynligt finder forfatteren ikke, at domstolene har denne indsigt. Jeg er dog enig med *Strobel* i udgangspunktet om, at skatte- og civilretten er selvstændige uafhængige retsdiscipliner. Der ligger ikke i civilrettens præjudice noget krav om kongruens. Men rækker kun så langt, at synspunktet kan være udgangspunktet for en yderligere nuancering af forholdet mellem skatteret og civilret¹⁶².

162. Se kapitel 7 i Del II.

2.4.2. Øvrige bidrag

Et standpunkt om skatterettens fuldstændige autonomi er også tidligere fremsat hos andre forfattere. Således har *Tommy V. Christiansen* forfægtet dette med den begrundelse, at skatteretten forfølger egne og andre særegne formål¹⁶³. Forfatteren finder ikke anledning til at tvivle på, at skatteretten går sine egne veje, hvilket ikke alene findes i de overordnede systemer og konstruktioner men også mere konkret. Heraf følger blandt andet, at de ord og begreber, der anvendes i skattelovgivningen, ofte tillægges et indhold, der afviger fra den mening, de samme begreber er tillagt i andre love. Disse ytringer må siges at udgøre de mest håndfaste til dato i den danske skatteretlige litteratur¹⁶⁴. I retning af skatteretlig autonomi kan *Bent Iversens* udsagn ligeledes tolkes, idet forfatteren generelt lader til at acceptere en skatteretlig afvigelse grundet de forskellige hensyn, der ligger bag disciplinerne¹⁶⁵.

§ 3 Kan der konstateres en stigende emancipation eller koordination?

Uafhængigt af hvilken principiel opfattelse der anlægges til forholdet mellem skatteret og civilret, kan man gøre sig nogle overvejelser om, hvorvidt der i de senere år har fundet en stigende skatteretlig emancipation fra civilretten sted eller om der i stedet kan observeres en stigende koordination af forholdet i retspraksis og lovgivning.

Det antages a priori i foreliggende afhandling, at et sådant spørgsmål ikke kan besvares med tilstrækkelig sikkerhed¹⁶⁶. En sådan antagelse er

163. Jf. R&R 1984, s. 241 ff. Hermed benyttes konstateringen af de forskellige formål mv. til at argumentere for skatterettens autonomi. Som det sås ovenfor benytter *Jan Pedersen* konstateringen til at begrunde modstrid mellem disciplinerne, men samtidig at holde fast i et krav om kongruens.

164. Det skal dog bemærkes, at forfatteren tilsyneladende har ændret standpunkt, jf. de omtalte betragtninger i Festskrift til Aage Michelsen, *Paul Krüger-Andersen m.fl. (red.)*, 2000, s. 179 ff.

165. Jf. Dansk Privatret, 2003, s. 15.

166. Se eksempelvis *Jan Pedersen* i SR-Skat 1995, s. 397 f, hvor det om dommen i TfS 1995, 637 Ø konstateres, at denne er »... endnu et udtryk for, at skatteretten i stigende grad betragtes som et isoleret retsområde, der til trods for anvendelsen af almindelige civil- og selskabsretlige begreber dog giver disse et indhold, som er i direkte modstrid med det indhold, som begreberne har i civil- og selskabsretten. Det siger sig selv, at en sådan retsudvikling ikke er befordrende for overskueligheden og sammenhængen i retssystemet ...«. Sagen i TfS 1995, 637 Ø vedrørte et ulovligt aktionærlån. Landsretten fandt, at der det ydede lån allerede

imidlertid ikke i sig selv af videnskabelig værdi. Af denne årsag tages der med de foretagne studier tillige stilling til, hvorvidt en sådan emancipation er forekommer og i givet fald hvor dette er tilfældet. Forhold der taler for konstateringen af en stigende emancipation kan være en klarere praksis vedrørende misbrug samt det forhold, at skatteretten gennem længere tid ikke har været tilstrækkeligt tilset af jurister, men i stedet har været overladt i revisors varetægt.

Der kunne ligevel stilles det spørgsmål om ikke forholdet mellem skatteret og civilret i de senere år, særligt på retsanvendelsesområdet, er gået i retning af større konformitet/koordination. Et sådant standpunkt lægges til grund i nyere skatteretlig litteratur¹⁶⁷. Som det er fremgået, er der efter alt at dømme ikke tilstrækkelige holdepunkter i retspraksis for en sådan antagelse.

Det må således generelt hævdes, at der ikke er holdepunkter for at fremsætte udsagn om den generelle opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret i hidtidig retspraksis og offentlige udredningsarbejder mv.

§ 4 Retsvidenskabelig forskningskarakteristik – behovet for en generel analyse af forholdet mellem civilret og skatteret

Som ovenstående har vist, er der ikke i dansk ret foretaget grundige analyser af forholdet mellem skatteret og civilret. Der findes ikke prin-

på ydelsestidspunktet i skatteretlig henseende i stedet udgjorde maskeret udbytte. Begrundelsen herfor var anpartshaverens manglende tilbagebetalingsevne. Trods dette fandt Landsretten ikke at beskatningen ændrede låneforholdets karakter i selskabsretlig henseende. Dommen er tillige kommenteret af *Ole Bjørn* i SR-Skat 1995, s. 366 f. Forfatteren forsvare synspunktet om, at maskeret udbytte skal finde sted, hvis fordringens værdi for kreditor er under pari, og den pågældende hævning reelt er definitiv. Forfatterens synes at ville lade en realitetsbedømmelse være udslagsgivende i disse situationer. Se generelt om skatteretlig praksis vedrørende ulovlige aktionærlån *Lene Bendix* i TfS 1995, 531. I LV S.F.2.2.4.1., angives det, at den selskabsretlige rentesats skal anvendes ved rentefiksering ved et ulovligt aktionærlån, idet der henvises til ASL § 115 og ApSL § 49 og den heri anførte rentesats. Spørgsmålet om maskeret udbytte og aktionærlån er udførligt behandlet af *Knut Rodhe*: *Förtäckt vinstutdelning och lån från aktiebolag*, 1973.

167. Se blot *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, passim, *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2000, s. 311 og *Nikolaj Vinther* i TfS 2000, 945, der alle henviser til nyere højesteretspraksis for en sådan konstatering.

ciipielle overvejelser af mere generel karakter i offentlige udredninger eller domstolspraksis om forholdet mellem skatteret og civilret. Dette var dog heller ikke forventet. De sporadiske udtalelser og erklæringer er typisk meget konkret begrundet.

Som det er fremgået, er der væsentlig uenighed i litteraturen vedrørende spørgsmålet om skatterettens løsrivelse fra civilretten. En skole af forfattere finder, at der eksisterer en løsrivelse per se mens en anden – og klart dominerende skole – finder, at der er tale om en principiel styring, der må opretholdes, med mindre særlige og tungtvejende forhold gør sig gældende. Hertil kommer den konstaterede tendens til at opfatte forholdet som et spørgsmål om civilrettens primat.

Ovenstående leder til den konstatering, at der ikke er enighed om det helt overordnede forhold mellem skatteret og civilret i dansk ret, om end der syntes at være overvejende tilslutning til synspunktet om skatterettens styrende funktion. En sådan tilslutning er der intet uforståeligt ved, når der henses til det forhold, at civilretten er tidligere og bedre udviklet end skatteretten, ligesom civilretten oftest udgør anerkendt viden om forskellige retsforhold. Afsmitningen til skatteretten er således nærmest givet på forhånd.

Det er kendetegnende for den hidtidige danske litteratur, at kun dele af problemstillingen behandles. Ligeledes behandles traditionelt udelukkende spørgsmål vedrørende den skatteretlige retsanvendelse, herunder med særligt fokus på skatteudnyttelsesspørgsmålet. Yderligere er det kendetegnende, at der ikke præsenteres argumenter for at opstille et kongruenskrav som udgangspunkt ved bedømmelsen af forholdet mellem skatteret og civilret. Ligeledes benyttes der ikke et helhedssyn til bedømmelse af problemstillingen. Det er min vurdering, at emnet indeholder flere problemstillinger, der alle vedrører forholdet mellem skatteret og civilret¹⁶⁸. I foreliggende afhandling behandles flere af disse problemstillinger. Sigtet er dermed bredere anlagt end traditionelt i dansk ret. Det er naturligt at spørge til den nærmere begrundelse for den hidtidige opfattelse. Der findes formentlig ikke nogen entydig forklaring herpå. Dog er det givet, hvilket anføres af fortalerne for kongruenskravet, at skatterettens udviklingsstadiet bevirker, at retsbegreber fra civilretten anvendes til at afdække økonomiske processer og dispositioner. Dette skyldes efter *Klaus Tipkes* opfattelse, for tysk rets

168. Jf. nedenfor i kapitel 8, Del II.

vedkommende, dels tradition, dels mangel på bedre, dels nødvendighed, dels hensigtsmæssighed¹⁶⁹. Som en anden årsag til den hidtidige fokusering kan det anføres, at det forekommer evident for det 21. århundredes kontinentaleuropæiske jurister, at skatteret og civilret kan henføres til to forskellige retsvidenskabelige discipliner. Dette er formentlig begrundet i sontringen mellem offentlig ret og privatret. Det er imidlertid blevet anført, at sontringen mellem offentlig ret og privatret ikke udgør en naturlig sontring og er alt andet end selvfølgelig¹⁷⁰. Således anføres det, at opdelingen i offentlig ret og privat var ganske ukendt i middelalderen¹⁷¹. Begrebet offentlig ret forudsætter udviklingen af egentlige suveræne stater, hvilket ikke var udbygget i middelalderen¹⁷². Yderligere skal man formentlig forbi det 13. århundrede, før der kan udsøndres en forskel mellem privatretlige afgifter og skatteretlige afgifter. *Thomas Koller* fremhæver, at udviklingen i sontringen mellem privatretlige afgifter (leje, forpagtningsafgift osv.) og skatter hænger nøje sammen med fremkomsten af suveræne stater¹⁷³. Endda var sontringen i perioden herefter ikke ganske skarp¹⁷⁴.

169. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, 1993, Band III, s. 1284 f.

170. Jf. herved *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 23 ff med henvisninger.

171. Begrebet privatret i romerretten vedrørte enkeltpersoner, mens begrebet offentlig ret vedrørte den romerske stat. Det kan derfor siges, at begrebet offentlig ret i dag har et andet indhold, særligt for så vidt angår skatter. Se generelt om sontringen i romerretten *Morten Wegener*: Juridisk metode, 2000, s. 44, der netop anfører, at opdelingen har rødder tilbage til denne tid. *Stig Jørgensen* anfører i Træk af privatrechts udvikling og systematik, 1966, s. 37, at sontringen har en vis forbindelse med den romerretlige sontring mellem ius publicum og ius privatum, men videre i note 12, at romerretten vel i det hele taget væsentligst var privatret. Det anføres, at sontringen mellem offentlig ret og privatret for romerne snarere gik på præceptive respektive deklaratoriske regler. Se også kritisk om sontringen *Alf Ross*: Om ret og retfærdighed, 1953, s. 251.

172. Se også *Jørgen Dalberg-Larsen* i To reguleringstraditioner – Om sontringen mellem offentlig ret og privatret, *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle* (red.), 1996, s. 41 ff.

173. Op.cit.

174. Den såkaldte fiskusteori blev udviklet i Tyskland denne periode. Denne teori tilsigtede at beskytte borgerne mod staten. *Thomas Koller* anfører op.cit., s. 24 f følgende herom: »... Unter der Herrschaft dieser sogenannten Fiskustheorie, ... konnten daher finanzielle Streitigkeiten zwischen Steuerpflichtigen und – als vom Staat getrenntes Rechtssubject gedachtet – Fiskus vor Zivilgerichten ausgetragen werden. Damit wurde vor dem Entstehen einer verwaltungsunabhängigen Steuerjustiz vor allem der verfahrensmässige Schutz der Bürger gegenüber dem Staat in Vermögensfragen Bedeutung, da grundsätzlich sämtliche Vermögenbeziehungen – also nicht nur steuerfragen – zwischen dem »Fiskus« unter dem Bürger als zivilistische betrachtet wurden. Auch in dieser materiellrechtlichen Hinsicht kam der Fiskustheorie vorwiegend die funktion zu, den Bürger gegen den Staat in einer Epoche zu schützen, in der das materielle Verwaltungsrecht noch kaum ausgebaut war ...«. Et tilbageblik på såvel middelalderen som fiskusteorien er imidlertid ikke kun af historisk interesse. Dette viser nemlig, at sontringen mellem civilret og skatteret ikke er natur-

I modsætning til behandlingen i dansk ret, er teori og praksis i flere lande problemstillingen meget bevidst. Dette har resulteret i en lang tradition for akademisk behandling af forholdet mellem skatteret og civilret, ligesom emnet har haft en stor bevågenhed i praksis¹⁷⁵. Af denne årsag er indstillingen til spørgsmålet temmelig nuanceret i forhold til situationen i Danmark. Der kan med fordel søges inspiration i de udenlandske erfaringer og forsøges at overføre nogle af disse på danske forhold med henblik på en tilsvarende nuancering af indstillingen i dansk ret.

I Danmark er der fra flere sider ytret ønske om en gennemgribende analyse af forholdet mellem civilret og skatteret. Der er dog også fremkommet ytringer der stiller sig tvivlende overfor muligheden for at gennemføre et sådant studie. *Jens Feilberg Jørgensen* forholder sig til problematikken på den følgende måde¹⁷⁶: »... På den ene side kan der ikke være tvivl om at man vil nægte at acceptere den rene ombenævnelse af et forhold; på den anden side kan skatteretten ikke, først og fremmest af praktiske grunde, skabe det helt autonome begrebssystem uafhængigt af den borgerlige ret. Imellem disse to ekstremer skal man placere besvarelsen, som varierer fra tilfælde til tilfælde. Et generelt svar, der ikke skal være helt indholdstomt er det næppe muligt at give ...«.

En knap så reserveret holdning giver *Age Michelsen* udtryk for, idet forfatteren konkluderende anfører, at der såvel ved udarbejdelsen af ny lovgivning som i det retsvidenskabelige arbejde er et påtrængende behov for, at man i videre omfang, end hidtil analyserer og vurderer om ændringer på henholdsvis selskabsrettens eller skatterettens område gør det nødvendigt at foretage korresponderende ændringer på det andet retsområde¹⁷⁷. Dette udsagn forholder sig dog nok nærmere til regu-

given men snarere er udtryk for behændigheden i retsordenen. Henvisningen til fiskusteorien viser, at udvikling af retsstaten har udviklet skattefænomenet fra et magtforhold til et retsforhold og hermed, at der ikke var et naturligt skel mellem skatteret og privatret. Den omstændighed, at den ensidige opfattelsesmåde ved løsningen klassiske privatretlige og skatteretlige problemstillinger under hævdvundne civilretlige synspunkter ikke var tilfredsstillende, førte til dannelsen af skatteretten som en selvstændig og adskilt disciplin. *Thomas Koller* anfører op.cit., at dette praktisk talt ikke må være slutningen på udviklingen, idet der bør fokuseres på de fælles berøringspunkter mellem disciplinerne frem for de adskillende forhold.

175. Forholdet mellem skatteret og civilret var det mest centrale skatteretlige emne i 1920'erne og 1930'erne i tysk ret. Emnet har dog aldrig mistet sin relevans og bliver løbende analyseret.

176. Jf. Omgåelse af retsregler, 1966, s. 109.

177. Jf. artiklen »Forholdet mellem selskabsret og selskabsskatteret« i NTS 1999/1, s. 98.

leringen på de respektive områder og ikke til spørgsmålet om hvordan skatteretten skal lægge civile retlige begreber til grund.

Jan Pedersen fremkommer med følgende udsagn: »... I sammenligning med øvrige retsområder er det kendetegnende, at skatteretten kun i begrænset omfang har været undergivet en generel retsvidenskabelig analyse af fagets almindelige problemer og struktur. Den skatteretlige teori har trods et overvældende omfang koncentreret sig om beskrivelsen af specialområder eller øjeblikkets problemer, medens behandlingen af de grundlæggende almindelige problemer, deres retlige struktur og sammenhæng kun er sket i begrænset omfang. Skadevirkningerne heraf er ikke ubetydelige. Såvel lovgivning som retsanvendelse har bl.a. af denne årsag stedse haft en kasuistisk karakter. Ikke mindst dette forhold har været medvirkende til, at gældende skatteret fremstår som kompleks og vanskelig tilgængelig ...«¹⁷⁸. Samme forfatter tilkendegiver, at skatteretten i sammenligning med andre retsområder præges af en uheldig kasuisme, således at skatteretten ofte opleves som en endeløs række af tilsyneladende enkeltstående love og afgørelser, hvis oprindelige indbyrdes sammenhæng og systematik undergraves af ny lovgivning og konkrete afgørelse¹⁷⁹. Forfatteren anser det som en forudsætning for, at indkomstbeskatningen i det mindste i retlig henseende er forbundet med en vis troværdighed, og at skatterettens almindelige problemer undergives en generel teoretisk behandling, som rækker ud over behandlingen af dagligdagens konkrete og aktuelle spørgsmål.

På baggrund af samtlige fremhævede forhold lader der til at være anledning til at foretage en grundig analyse og formentlig også en revidering af såvel den almindelige som den specielle relation mellem skatteret og civilret i dansk ret¹⁸⁰. En sådan foretages i afhandlingens følgende afsnit.

Forfatteren behandler forholdet mellem selskabsret og selskabsskatteret som en væsentlig del af den generelle problemstilling om forholdet mellem civilret og skatteret.

178. I Skatteretten 1, 2004, s. 56. I forordet til sin Skatteret fra 1957 skriver Mogens Glistrup at »... For utallige medborgere ... er skatteretten i dag den vigtigste retsdisciplin. Når den ligger som den gør nu, skyldes det efter min opfattelse for en stor del, at vore førende jurister har begået undladelsessynder. Skulle de end i de kommende år hævne i den modsatte groft, vil for eksempel vor obligationsret nok kunne holde standarden i domstolenes, Lassens og Ussings kyndige hænder. Men det syge barn har mest pleje behov. Kan det endnu helbredes, tror jeg, at medicinen må blandes i en omfattende retsvidenskabelig skattedebat, ført af almenjurister«. Forfatteren fortsætter i samme stil i § 8 side 24.

179. Jf. FSR's årsskrift 1990 – Skatteret, s. 178.

180. At forholdet mellem skatteret og civilret, bortset fra misbrugstilfælde, ikke i dansk ret er beskrevet i en systematisk sammenhæng, er dog ikke ensbetydende med, at der efter

Mod afslutningen af arbejdet med foreliggende afhandling fremkom en ph.d.-afhandling vedrørende samme overordnede emne¹⁸¹. Fremkomsten heraf giver naturligvis anledning til at stille spørgsmålet, om emnet herved er udtømt. Som det er fremgået ovenfor er dette ingenlunde tilfældet, snarere tvært imod. Denne konstatering må som nævnt særligt tilskrives følgende forhold, jf. afsnit 2.3.1.:

- At nævnte afhandling berører alene visse af de forekommende samspil mellem skatte- og civilret og er centreret om samspillet med aftalereppen.
- At afhandlingen ikke indeholder principielle eller systematiske overvejelser om forholdet mellem skatteretten og civilretten.
- At afhandlingen erklærer alene at beskæftige sig med forholdet mellem skatteret og civilret de lege lata, mens indholdet i virkeligheden i ganske betydeligt omfang må anses som værende retspolitik.
- At afhandlingen opererer med ny begrebsdannelse (ex. »den skatteretlige aftale«, »fiscus tredjemandsposition«), hvis eksistens eller berettigelse ikke dokumenteres, selvom begreberne tillægges afgørende betydning for afhandlingens konklusioner.
- At afhandlingen ikke inddrager fremmed ret til belysning af problemstillingen.
- At afhandlingens grundlæggende syn på forholdet mellem skatte- og civilret er diskutabelt.
- At afhandlingens behandling af hidtidig teori om emnet er stort set ikke eksisterende.

Afhandlingen udtømmer herved ingenlunde diskussionen om forholdet mellem skatteret og civilret, men bekræfter for så vidt en stigende interesse for emnet.

I forhold til hidtidig dansk teori kan den opfattelse, der plæderes for i foreliggende fremstilling, placeres et sted mellem de beskrevne standpunkter. Som det fremgår straks nedenfor, kan udgangspunktet hos autonomiskolen tilsluttes, men alene som et aldeles groft udgangspunkt. På den anden side må det også være klart, at der er visse forhold eller

min vurdering består et behov for en tilnærmelsesvis udtømmende fremstilling af forekommende samspil mellem disciplinerne. Derimod er det min opfattelse, at der består et behov for en samlet fremstilling af de grundlæggende strukturelle overvejelser.

181. Jf. Nikolaj Vinther: *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005.

grundhensyn, der skal respekteres af skatteretten (og andre retlige discipliner), hvilke ikke uden videre kan negligeres, ligesom også almindelige juridiske fortolkningsprincipper skal respekteres. Såfremt dette ikke var tilfældet, ville der blive skabt nogle u hensigtsmæssige effekter, som er svære at leve med i et retssystem. Dog må det også gælde, at særlige skatteretlige forhold efter en konkret vurdering kan tillægges større betydning i en konkret situation. Forinden uddybningen af disse synspunkter undersøges værdigrundlag og grundhensyn i skatte- og civilretten, som har betydning for formuleringen af generelle udsagn om forholdet mellem skatteret og civilret.

Kapitel 6

Introduktion til værdigrundlag og grundhensyn i skatte- og civilretten

§ 1 Indledning

I det følgende introduceres grundlæggende hensyn i civilretten, herunder i selskabsretten og i skatteretten¹. Disse hensyn kan også benævnes som disciplinernes værdigrundlag og grundhensyn. Det skal således på et overordnet niveau afdækkes, hvilke intentioner eller hvilken ratio der ligger til grund i civilretten og skatteretten. Der findes også mere specifikke hensyn og intentioner bag konkrete normeringer, hvilket kan benævnes som ratio legis (le but social de la loi). Sådanne hensyn behandles kun sporadisk i dette afsnit, hvorfor der for detaljerede udredninger henvises til afhandlingens specialafsnit. De generelle værdigrundlag holdes afslutningsvis op mod hinanden med henblik på at undersøge forskelle og ligheder heri.

§ 2 Civilretten

Overordnet beskæftiger civilretten sig med spørgsmål om individets autonomi og frihed samt med en afvejning af de implicerede parter interesser². Civilrettens værdigrundlag kan groft forenklet siges at være privatautonomien (her benyttet synonymt med partsautonomien) og

-
1. Se generelt *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, 2000, Band I, s. 49 ff, *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, s. 49 ff og *H. Vogel*: Wertungsdivergenzen zwischen Steuerrecht, Zivilrecht und Strafrecht, NJW 1985, s. 2986 ff.
 2. Jf. *Stig Jørgensen*: Træk af privatreten udvikling, Acta Jutlandica XXXVIII: 1, skrifter fra Aarhus Universitet, samfundsvidenskabelig serie 12, 1966, s. 38. Se også *Jens Evald* i Om retsprincipper, 2004, s. 109 om retsprincipper i formueretten.

den heraf udspringende kontrakts- eller aftalefrihed³. Dette udgangspunkt har sin oprindelse i en liberalistisk samfundsanskuelse, men var allerede anerkendt af naturretslærerne på kontinentet⁴. Som følge af samfundsudviklingen er der fremkommet et ændret syn på den økonomiske politiks mål og midler. Denne udvikling har medført betydelige indskrænkninger i aftalefriheden⁵. Som det udledes nedenfor, udgør privatautonomien dog fortsat civilrettens centrale værdigrundlag, hvorved kontraktsfriheden stadig er et grundlæggende retligt princip.

Som antydnet findes der adskillige indskrænkninger i privatautonomien. Dette gælder navnlig i forholdet mellem erhvervslivet og forbruger såvel i forholdet mellem kontraktsparterne som i forholdet til tredjemand. Således er den økonomiske virksomhed undergivet et betydeligt antal retlige reguleringer med forskellige formål og af forskelligt indhold, der udgør fravigelser fra udgangspunktet om aftalefrihed. Bag disse fravigelser fra det civilretlige udgangspunkt om privatautonomi ligger forskellige hensyn. Særligt ses det, at der i stigende grad tages samfundsmæssige hensyn i civilretten, hvilket primært har medført en hensyntagen den svage part i aftaleforhold. Hvor der ikke findes nogen offentlig regulering, hersker der dog økonomisk frihed. *Viljes- og tillidshensyn* udspringer grundlæggende af aftalefrihedens tanke⁶. Af disse overordnede hensyn kan under viljeshensynet tillige udsondres hensynet til de *forudsætninger*, som parterne bevidst eller ubevidst lagde til grund for et løfte. Under overskriften »forventningshensyn« kan udsondres *tillidshensynet*, *notoritetsprincippet*, *transaktionshensynet* og *kontinuitetshensynet*.

Som nævnt er der tale om en grov forenkling at antage, at *privatautonomien udgør civilrettens værdigrundlag og grundhensyn*. Dette begrundes med, at de forskellige retsområder indenfor civilretten er præget af mange forskellige værdigrundlag/hensyn.

Andre hensyn ligger således til grund for den retlige regulering eller argumentation indenfor civilrettens forskellige områder⁷. Som følge af,

3. Der er naturligvis tale om en forenkling ved denne anskuelse, jf. *Jens Evald: Retskil-derne og den juridiske metode*, 2000, s. 115.

4. Jf. herom nedenfor i Del IV, kapitel 18.

5. Jf. atter afhandlingens Del IV, kapitel 18 herom.

6. Jf. om dette og de følgende hensyn *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, 2002, s. 459 ff.

7. En behandling af grundværdier og hensyn må ses som en del den retlige argumentation, der præger et givent retsområde. Den retlige argumentation vedrører dog såvel de bag

at så mange af de vigtigste forpligtelser/skyldforhold opstår som led i transaktioner, der er kendetegnet ved en udveksling af forskelligartede ydelser som vederlag for hinanden, må sådanne dispositioner nødvendigvis udspringe af økonomiske overvejelser. Samfundet har en betydelig interesse i håndhævelse af gensidigt forpligtende aftaler⁸. Obligationsrettens regler er med til at sikre, at *parternes forventninger holder stik*, og at det samfundsøkonomiske kredsløb holdes sammen. Det spiller således også en rolle i obligationsretten, herunder i køberetten, at tilgodese *hensynet til omsætningen*. I visse henseender søger den civilretlige lovgivning at *sikre økonomien*, herunder via effektiv konkurrence og velfungerende markeder⁹. *Ønsket om at bevare værdier* er et gennemgående tema i obligationsretten (værdisynspunktet). I forlængelse af denne tanke kan det antages, at parterne i fællesskab har en interesse i at bevare disse værdier – en betragtning der kommer til udtryk i den obligationsretlige loyalitetspligt¹⁰. Såvel i obligationsretten som i aftaleretten spiller forudsætningssynspunktet en vis rolle. Således tillægges det betydning, hvad man med rimelighed kan forvente, og hvad man med rimelighed bør gøre for at sikre de førnævnte værdier.

Overalt i den juridiske verden spiller *forudberegneligheds*syn ind. Dette er også tilfældet i civilretten. Af dette hensyn udspringer videre en hensyntagen til, at juridiske konsekvensbetragtninger og andre systemhensyn spiller en stor rolle i obligationsretten¹¹.

Videre spiller overvejelserne om *fordeling af risiko* en vis rolle i obligationsretten, idet der herved er tale om en afvejning af hensyn ligesom risikoovervejelser indgår i hensynsafvejningen. I erstatningsretten udgør det centrale værdigrundlag de *reparative og præventive hensyn*. Nævnes kan også, at *publicitets- eller notoritetshensynet* spiller en central rolle i tingsretten. Ligeledes varetages *kreditorinteressen* i vidt omfang i insolvensretten, herunder særligt ved at modvirke utilbørlige dispositioner fra debtors side og misbrug af aftalefriheden ved skabelsen af

lovgivning mv. liggende hensyn, som de hensyn der i praksis har betydning ved ret-anvendelsen. Se om aftaleretlig argumentation Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret, 2002, s. 459 ff og om obligationsretlig argumentation Joseph Lookofsky i Lærebog i Obligationsret, 2000, s. 29 ff.

8. Jf. Joseph Lookofsky i Lærebog i Obligationsret, 2000, s. 32.

9. Konkretiseret ved konkurrenceretten og kapitalmarkedsretten.

10. Op.cit, s. 30.

11. Jf. Joseph Lookofsky: op.cit., s. 32.

kreditorly. I det hele taget kan nævnes hensynene til *personbeskyttelse*, *interesseudjævning* og *tredjemandsbeskyttelse*.

I *selskabsretten* må det antages, at privatautonomien fortsat udgør et grundprincip¹². Dette udgangspunkt om aftalefrihed er dog indskrænket, idet selskabsretten tillige varetager andre interesser. Således er kapitalselskaber undergivet en intensiv materiel regulering. Dansk aktieselskabslovgivning bekender sig til det kombinerede normativ- og publicitetssystem, hvilket indebærer, at der som udgangspunkt er fri adgang til at stifte selskaber, men at selskaberne undergives et sæt beskyttelsespræceptive regler og regler om vidtstrakt offentlighed om selskabernes forhold. Dette middel benyttes med henblik på at tilgodese hensynet til investorer, kreditorer, medarbejdere og samfundet. Dansk selskabslovgivning er hermed klart stakeholderorienteret. Således prioriteres grundlæggende *investorbeskyttelse*, herunder såvel i relation til nuværende som potentielle investorer – selskabsdeltagere. Denne beskyttelse skal primært sikre, at der ikke foretages investeringer på et fejlagtigt grundlag. Samtidig ligger hensynet til selskabsdeltagerne bag de selskabsretlige regler, der sikrer indsigt i selskabernes anliggender og indflydelse herpå. Et væsentligt led i beskyttelsen af selskabets kreditorer og potentielle investorer er offentlighed omkring selskabets økonomiske forhold. En sådan offentlighed tilsikrer regnskabslovgivningen blandt andet at tilvejebringe. *Det selskabsretlige lighedsprincip*, jf. ASL § 17 sikrer investorerne en ligelig behandling, og værner dermed mod misbrug. Ligeledes prioriteres *kreditorbeskyttelse* i høj grad i selskabsretten. Dette hensyn hænger i høj grad sammen med hæftelsesbegrænsningen i kapitalselskaber og kommer blandt andet i dansk selskabsret til udtryk ved muligheden for at vurdere og følge med den påtagne kreditrisiko, ligesom der stilles krav til eksistensen af en vis selskabskapital. En væsentlig del af de for aktie- og anpartsselskaber gældende regler er således udformet med henblik på kreditorbeskyttelse. Dette gælder selskabslovenes regler om kapitalbeskyttelse og procedurerne ved ændringer heri. I nyere tid har hensynet til *virksomhedens medarbejdere* tiltaget sig plads i det selskabsretlige univers, herunder i form af regler om bestyrelsesrepræsentation, medarbejderaktier og udbyttedeling. Endelig skal det nævnes, at også mere overordnede samfundsmæs-

12. Der henvises til Del IV, kapitel 18 for en nærmere drøftelse heraf.

sige interesser tilgodeses gennem krav til åbenhed i forskellige varianter.

§ 3 Skatteretten

3.1. Generelt

Skatteretten har ganske andre grundhensyn end ovennævnte¹³. Beskatningen kan siges at tilsigte effektiv udnyttelse af landets ressourcer og en retfærdig fordeling af goderne¹⁴. Disse målsætninger kan opnås gennem anvendelse af forskellige principper. Særligt evneprincippet spiller en fremtrædende rolle ved udformningen af skattelovgivningen¹⁵. Erhvervsbeskatningen tilsigter også at opnå skatteprovenu. Samtidig tilsigtes, at der er harmoni mellem erhvervsbeskatningen og erhvervslivets øvrige rammevilkår, hvorfor skattesystemet skal indrettes i forlængelse af erhvervspolitikken, så det i størst muligt omfang medfører lige vilkår for alle aktiviteter¹⁶.

På *retsanvendelsesområdet* spiller forvaltningsrettens lighedsprincip, og de heraf udspringende krav til myndighedsudøvelsen, en tilsvarende stor rolle. Særligt retssikkerhedsprincippet indtager en fremtrædende rolle. Helt overordnet er det dog beskatningens oprindelige og fundamentale formål at skaffe indtægter til finansiering af de offentlige udgifter, herunder at skabe økonomisk mulighed for offentligt forbrug, offentlige investeringer samt transfereringer fra det offentlige ved at indtage privat købekraft¹⁷. Disse målsætninger benævnes skattesystemets fiskale formål. Her ud over findes der visse ikke-fiskale formål, så som

13. For en generel behandling af, hvad der kræves af et skattesystem, førend dette kan antages at udgøre et godt skattesystem henvises til *Norton L. Steuben: Fundamental Aspects of a Good Tax System*, Tax Notes International, 2000, s. 1571 ff.

14. Jf. *Erling Eide: Rettsøkonomi for offentlig rett*, 1999, s. 85 f.

15. Jf. *Jan Pedersen i Skatteretten 1*, 2004, s. 35 ff.

16. Jf. *Erhvervslivets skattemæssige rammevilkår*, 1999, pkt. 2.1. I pkt. 2.3. i samme rapport anføres det, at det også har stor betydning, at skattereglerne er gennemskuelige, og at reglerne ikke er unødigt komplicerede.

17. Jf. *Jan Steen Jensen i Konflikten mellan beskattningens fiskala och icke-fiskala ändamål*, NSFS 13, 1983, Dansk nationalrapport, økonomisk del, s. 7. Se også *Harald Herz: Die Einordnung grenzüberschreitender kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften*, 1997, s. 41 ff om målsætningerne i skatteretten: 1) fremskaffelse af midler og 2) den rette fordeling af skattebyrden. Forfatteren konstaterer, s. 43, at de generelle målsætninger er for ukonkrete til at kunne udlede konkrete resultater heraf. Man må i stedet identificere sekundærmålsætninger så som retfærdighed og beskatning efter ydeevne til brug herfor.

de fordelingspolitiske, konjunkturpolitiske, allokeringspolitiske samt forskelligartede mere konkrete formål¹⁸. Sidstnævnte formål vil ofte variere fra skattelov til skattelov. Disse mere konkrete ratio legis skal ikke nærmere omtales på dette sted. Dog introduceres nedenfor visse af de centrale skatteretlige principper til brug for den senere analyse, idet disse varetagelsen af hensynene bag disse principper kan udgøre begrundelser for eventuelle skatteretlige fravigelser fra civilretten. Det er formentlig ikke muligt at sige noget klart om afvejningen mellem alle ovenstående hensyn, hverken intra- eller interdisciplinært. Hertil kommer, at hensynene ikke er bestandige og ændrer sig over tid.

3.2. Grundlovsmæssige hindringer for udøvelsen af en autonom skatteret eller påbud om en kongruent retstilstand?

En analyse af hvorvidt der i dansk ret findes særlige forfatningsmæssige forhold, der indebærer en begrænsning i skatterettens muligheder for at agere autonomt, er ikke nødvendig. Således er det uden videre muligt at konstatere, at grundloven ikke forskriver noget sådant. Grundlovens betydning på dette område begrænser sig til legalitetsprincippet hjemmelsskrav, jf. herom straks nedenfor.

I andre lande ses generelt at være få forfatningsmæssige begrænsninger i muligheden for at indføre begreber i skattelovgivningen med specifikt økonomisk eller skatteretligt indhold, men denne frihed udnyttes dog ikke i alle lande, herunder eksempelvis Frankrig¹⁹. Grundet Argentinas forfatning har det været diskuteret om provensielle lovgivere retmæssigt kan modificere civilretlige begreber, der er defineret i landets samlede love. Synspunktet har dog ikke vundet tilslutning hos landets højesteret²⁰.

18. Jf. Konflikten mellan beskattningens fiskala och icke fiskala ändamål, NSFS 13, 1983 passim og Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 35 ff.

19. Jf. Frederik Zimmer i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 27.

20. Jf. Horacio D. Díaz Sieiro i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 72 f, der anfører, at »... Because of the way in which the National Constitution has structured the legislative powers in Argentina, the authority of the provincial legislative powers to modify the contents of any private law concepts defined in the substantive codes of law when issuing tax laws has been called into question. The contention is that such an action would violate article 75, clause 12 and article 31 of the National Constitution, which respectively grant the federal government the exclusive power to issue the basic laws, and provide that the provincial constitutions and laws must necessarily conform to the norms of the National Constitution. This objection based on the Constitution, which has also been raised regarding cases where the provinces have issued general rules against tax avoidance to permit

3.3. Elementer af den skatteretlige fortolkningslære der har betydning for forholdet mellem skatteret og civilret

Forvaltningsretlig, herunder skatteretlig lovfortolkning, adskiller sig principielt ikke fra den almindelige fortolkningslære²¹. Herom skal der ikke fremføres uddybende bemærkninger. Derimod er der anledning til at fremhæve i hvert tilfælde tre forhold ved fortolkningslæren, der må antages at have betydning for forholdet mellem skatteret og civilret. Dette skyldes, at det indgår som en central hypotese i afhandlingen, at almindelig fortolkningsvirksomhed i vid udstrækning medfører en løsning af konkret forekommende samspil mellem skatteretten og civilretten.

For det første synes det relevant at fremhæve, at det kan siges at ordlyden af en lovbestemmelses vil være afgørende, når dens forståelse ikke giver anledning til tvivl, og ingen andre væsentlige fortolkningsfaktorer trækker i modsat retning²². Hvis der er modstrid mellem lovens ordlyd og forarbejderne, må lovens ordlyd tillægges forrang, idet skatterettens skærpede hjemmelskrav må forstås som et skærpet krav til, at lovens ordlyd hjemler en given beskatning²³. Dette støttes også af den prioritering af retskildematerialet, der i nyere praksis synes at have

them, for tax purposes, to dispense with the legal private law forms chosen by the parties, has been set aside by the National Supreme Court of Justice alleging that no such violation of the Constitution exists provided that in modifying the private law scope of the concept, the provincial legislation does not purport to influence or apply the modification to any sphere other than that of the tax law. It is therefore understood that if the modification of the content of the civil law concept within the provincial tax norm is aimed at improving the collection of tax resources and a fairer distribution of the tax burden, without changing or altering the legal relations and the business relations within the private law sphere, there is no violation of the system under which legislative authority is distributed among the provinces and the national state according to the National Constitution ...». I samme rapport anføres det, at antiudnyttelseslovgivning i flere lande ses at give anledning til visse forfatningsmæssige konflikter.

21. Jf. herom *Jens Garde* i *Forvaltningsret – almindelige emner*, 2004, s. 165 ff, *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 34, *Jan Pedersen* i *FSR's årsskrift* 1990, s. 175 ff, samme i *Skatteretten I*, 2004, s. 128 ff, *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 91 ff og *Erik Olsen* i *SkatteOrientering* Ø.1., 1998 samt *Mogens Eggert Møller* i *R&R* 1965, s. 151 ff.
22. Jf. *Jens Garde* i *Forvaltningsret – almindelige emner*, 2004, s. 169. En noget hårdere fortolkningsregel formuleres af *Søren H. Mørup* i *TfS* 2002, 665 og *Jacob Graff Nielsen* i *SpO* 2002, s. 192 ff (197 f), hvoraf følger, at, hvis lovens ordlyd er tilstrækkelig klar, er det uden betydning, at udtrykket er givet en anderledes betydning i lovens forarbejder, i hvert tilfælde når det drejer sig om et retsområde, hvor der gælder et skærpet hjemmelskrav. Se også *TfS* 1993, 209 Ø.
23. Jf. *Søren H. Mørup* i *TfS* 2002, 665 og *Jacob Graff Nielsen* i *SpO* 2002, 198.

fundet sted, således at først og fremmest lovens ordlyd og i anden omgang lovens klare forarbejder tillægges betydning ved lovfortolkningen²⁴. Hermed sættes visse grænser for forholdet mellem skatteret og civilret ved retsanvendelsen. Således gælder det, at en civilretskonform fortolkning af anvendte begreber mv. må kunne rummes i lovens ordlyd samt, at ingen andre væsentlige fortolkningsfaktorer må trække væk fra en sådan anvendelse. Hermed tilkendegives det atter, at skatterettens forhold til civilretten på retsanvendelsesområdet ikke adskiller sig fra øvrig skatteretlig retsanvendelse.

For *det andet* bør nævnes den i dansk ret almindeligt antagne fortolkningsregel, hvorefter juridiske begreber anvendes i disses almindeligt anerkendte juridiske betydning, såfremt lovgivningen anvender sådanne begreber og ikke andet fremgår af lovens bemærkninger²⁵. Det har ikke hidtil været muligt klart at påvise domspraksis, der støtter eksistensen af en sådan generel fortolkningsregel i gældende skatteret. Reglen fremgår imidlertid nu klart af TfS 2004, 542 H *Johnson Holding ApS*, der udgør et skoleeksempel på anvendelse af fortolkningsreglen²⁶. Et eksempel på fortolkningsmåden findes også i UfR 1961, 109 H *Jørgen Stæhr* og TfS 1984, 134 Ø *Dan Tiles ApS*. Fortolkningsreglen uddybes nærmere nedenfor i kapitel 7, afsnit 2.2.

Endelig for *det tredje* bør nævnes den måde, hvorpå skatteretten har grebet skatteudnyttelsesproblemet an på, nemlig formentlig ved en forudgående faktumfortolkning som udslag af realistisk retsanvendelse²⁷.

3.4. Særlige skatteretlige grundprincipper af betydning for forholdet mellem skatteret og civilret

3.4.1. Indledning

Det er fundet relevant kort at gengive hovedindholdet i centrale skat-tepolitiske principper. Baggrunden herfor er, at netop disse principper

24. Jf. TfS 1993, 209 Ø, TfS 1994, 812 H *Jannie Elleboe og Jeanette Ellebo*, TfS 1996, 577 LSR, TfS 1996, 654 H *Bo P.H. Krøll*, TfS 1998, 397 H *Kurt Hall Jørgensen* og TfS 1998, 485 H *Aage Haugland*.

25. Jf. herom eksempelvis *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret Almindelige emner, 2004, s. 170.

26. Se hertil *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 671. Dommen er tillige kommenteret af *Anders Bjørn* i R&R 2004 SM 236, *Ole Bjørn* i SR-Skat 2005, s. 258 ff og *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* i UfR 2004 B, s. 298 ff.

27. Jf. *Jan Pedersen* i FSR's årsskrift 1990, s. 207 og herom infra Del IV, kapitel 18.

har stor betydning i forbindelse med vurderinger af forholdet mellem skatteret og civilret. Nedenfor redegøres der således for evneprincippet, legalitetsprincippet, retssikkerhedsprincippet og neutralitetsprincippet. Det skal bemærkes, at der ikke kan udledes konkrete resultater ved fortolkningen af enkeltspørgsmål i lovgivningen med henvisning til evneprincippet og neutralitetsprincippet. Noget sådant ville formentlig være en misforståelse af princippernes karakter²⁸. Principperne kan forklare, hvorfor skattelovgivningen er indrettet, som den er, eller hvordan den bør indrettes, men i almindelighed ikke, hvorledes enkeltspørgsmål i retsanvendelsen kan løses. Principperne inddrages derfor i denne afhandling til brug for retspolitiske afvejninger af de relevante grundhensyn, der ligger bag skatteretten og civilretten. Dog inddrages retssikkerhedsprincippet også ved bedømmelsen af enkeltspørgsmål.

3.4.2. Evneprincippet²⁹

Et helt grundlæggende princip i mange indkomstbeskatningssystemer er evneprincippet. Heri ligger, at den nødvendige beskatning fordeles på borgerne i forhold til deres økonomiske evne. Skattepligtige med en høj indkomst må efter dette princip svare en større skat end skattepligtige med en lav indkomst. Selvom princippet, er en vigtig bestanddel af indkomsskattesystemet er det ikke givet, at skatteretlige regler i deres tilblivelse og eksistens må tilpasse sig de økonomiske, politiske og øvrige vilkår i det samfund, hvori de skal virke. I tråd hermed kan det siges, at målet med den skatteretlige regulering er at knytte skattemæssige konsekvenser til økonomiske forhold.

3.4.3. Legalitetsprincippet

3.4.3.1. Alment om indholdet

Legalitetsprincippet er et centralt princip i skatteretten. Princippet anvendes indenfor flere offentligretligt prægede retsområder, og indholdet

28. Jf. *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 10.

29. Jf. herom *Aage Michelsen* op.cit, *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 37 ff, *Gunnar Thorlund Jepsen*: *Skattepolitik*, 1996, s. 36 ff, *Robert Koch-Nielsen*: *Indkomstskatten*, 1970, s. 10 f, og i tysk ret om die Leistungsfähigkeitsprinzip *Klaus Tipke & Joachim Lang*: *Steuerrecht*, 2002, s. 78 ff og *Klaus Tipke*: *Die Steuerrechtsordnung*, 2000, Band I, s. 473 ff.

kan fastlægges generelt, idet begrebet er mangefaceteret³⁰. Almindeligvis inddrages princippet i to led³¹: (1) Den formelle lovs princip (princippet om lovmæssig forvaltning) og (2) kravet om lovhjemmel (lex superior)³². Den formelle lovs princip indebærer, at lovene i den retlige trinfølge går forud for administrative afgørelser (forvaltningsafgørelser og anordninger)³³. I relation til forvaltningen betyder den formelle lovs princip, at forvaltningsmyndighederne er bundet til at overholde lovene under udøvelsen af deres virksomhed, og følgelig ikke kan træffe afgørelser, der er uforenelige med loven. Kravet om lovhjemmel indebærer selvsagt, at forvaltningen ikke kan træffe afgørelse uden den fornødne bemyndigelse fra lovgivningsmagten. I almindelighed betyder kravet, at forvaltningen til syvende og sidst må kunne legitimere sig gennem en henvisning til en formel lovbestemmelse³⁴. I skatteretlig henseende udgør udgør hovedindholdet af legalitetsprincippet kravet om lovhjemmel til beskatning (nullum tributum sine lege). I dansk ret skærpes princippet betydning af grundlovsfæstelsen i dennes § 43, der fastlægger et strikt hjemmelshjemmelkrav i form af et delegationsforbud³⁵. Der stilles således principielt ved beskatningen et krav om, at hjemlen hertil

-
30. Jf. *Anders Hultquist: Legalitetsprincippet ved indkomstbeskatningen*, 1995, s. 7. Se også *Jacob Graff Nielsen: Legalitetskravet ved beskatning – De forfatnings- og forvaltningsretlige rammer*, 2003, og samme i J 2004, nr. 4.
31. Der er ikke enighed om, hvorvidt disse i et eller andet omfang kan støttes på grundlovens § 3. At hjemmelkravet skulle kunne udledes af grundlovens § 3 repræsenterer opfattelsen om det materielle lovbegreb. En sådan opfattelse forfægtes af Poul Andersen, Max Sørensen og Peter Germer men imødegås af Alf Ross, jf. herom *Jacob Graff Nielsen* i SpO 2002, s. 193 f, der tilslutter sig Ross' opfattelse.
32. Jf. herom eksempelvis *Jens Garde* i *Forvaltningsret almindelige emner*, 2004, s. 162 ff og *Jon Andersen: Forvaltningsret – Sagsbehandling, Hjemmel, Prøvelse*, 2000, s. 79 ff. Det skal dog anføres, at disse to elementer i legalitetsprincippet ikke skarpt lader sig adskille.
33. Loc.cit.
34. Loc.cit.
35. Princippet på skatteområdet er afdækket i den forvaltningsretlige og statsretlige teori, hvortil der henvises. Særligt skal dog henvises til det meget detaljerede bilag til Skatteretsrådets notat om, hvorvidt der lovgives for specifikt og for detaljeret på skatteområdet, 2001, s. 63 ff med en behandling af såvel statsretlig som skatteretlig litteratur og praksis. Det konkluderes s. 118, at det er den herskende opfattelse, at grundlovens § 43, 1. led, indeholder et delegationsforbud, der er til hinder for, at Folketinget kan delegere sin skattepålægningsmagt til skatteministeren eller administrationen. Forbudet angår kun fastsættelsen af skattebyrden, hvorimod der ikke er noget til hinder for, at skatteministeren bemyndiges til at give administrative bestemmelser om reglernes nærmere forståelse og anvendelse. Administrativt fastsatte regler, der angår skattebyrden, forudsætter detaljerede og specifikke regler i loven. Se endvidere Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 1999, s. 228 ff.

findes direkte i lovgivningen. GRL § 43 retter sig dels mod at varetage almindelige statsretlige hensyn om regulering af forholdet mellem de øverste statsorganer dels mod at varetage forvaltningsretlige hensyn overfor den enkelte skatteborger³⁶. Der kan hermed siges at være tale om et *skærpet hjemmelskrav*, således forstået som et krav til, at skatte-lovgivningens ordlyd hjemler en given beskatning.

Flere væsentlige og især skatteretlige grundprincipper udspringer fra legalitetsprincippet³⁷. Således kan der argumenteres for at opfatte rets-sikkerhedsprincippet og lighedsprincippet som udspringende heraf³⁸.

3.4.3.2. Kravet om lovhjemmel³⁹

Legalitetsprincippets krav om lovhjemmel er i dele af den nyere skat-teretlig teori fremhævet som baggrund for at anføre, at civilrettens styrende funktion indebærer, at der kræves specifik skatteretlig lov-hjemmel til eventuelle fravigelser fra dette udgangspunkt. En sådan udlægning og anvendelse af legalitetprincippet kan ikke tiltrædes⁴⁰.

3.4.3.3. Retssikkerhedsprincippet⁴¹

Ofte påberåbes det af retssikkerhedsprincippets materielle del udsprin-gende krav om *forudberegnelighed* som argument for, at skatteretten skal følge civilretten. Det er centralt i forudberegnelighedskravet, at skat-

36. Jf. herved *Jan Pedersen* i Danmarks riges grundlov med kommentarer, Henrik Zahle (red.), 1999, s. 228.

37. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 309.

38. At der er overlapninger anerkender *Anders Hultquist*: Legalitetsprincippet ved indkomst-beskattningen, 1995, s. 6 in fine, men forfatteren finder vist nok ikke, at der er tale om en fuldstændig overlapning. Man kan formentlig opfatte forholdet således, at legali-tetsprincippet udgør et vigtigt led i beskyttelsen af borgernes retssikkerhed.

39. Se skatteministeriets vejledning om legalitetskravet på skatte- og afgiftsområdet, af 9. januar 1998, j.nr. 15-97-709-21. Der findes et kort referat heraf i TfS 1998, 137.

40. Jf. nærmere herom supra kapitel 5, § 2, pkt. 2.3.

41. Retssikkerhed på skatteområdet har været genstand for betydelig analyse i den skat-teretlige litteratur. Der kan således henvises til NSFS nr. 12, 1982, *Svend Gram Jensen*: Skattemyndighedernes kompetence, 1997, s. 98 ff, samme i TfS 1991, 223, *Jan Peder-sen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 309 f, og samme i J 1991, s. 385 ff, samme i Festskrift til Aage Michelsen, *Paul Krüger Andersen m.fl. (red.)*, 2000, s. 169 ff, *Ole Bjørn i R&R* 1995/7, s. 15 ff og samme i R&R 2000/1, s. 23 ff, *Tommy V. Christiansen* i Skatterevi-soren 1999/2, s. 20 ff, *I. A. Strobel* i Advokaten 1992/11, s. 297 ff, *Finn Thomsen* i Advokaten 1980/4, s. 53 ff, *Anders Hultquist*: Legalitetsprincippet ved indkomstbeskatt-ningen, 1995 passim, Betænkning nr. 1187, 1989 og Betænkning nr. 945, 1982, samt skatteministeriets redegørelse om retssikkerhed, 1992, de årlige retssikkerhedsrede-gørelser udgivet af Kommunernes Landsforening og Foreningen af Danske fra 1992 Skat-teankenævn og SOU 1993:62.

teyderne på forhånd skal kunne beregne en given dispositions skattemæssige betydning med rimelig sikkerhed⁴². Det er blevet påpeget, at kravet har betydning i forbindelse med valg mellem forskellige løsninger på området men også, at kravet har betydning som argument for kongruens mellem skatte- og civilretten⁴³. Mod anvendelse af retssikkerhedshensynet som et argument for civilretskonform fortolkning i retsanvendelsen kan indvendes, at det ikke forekommer rimeligt at forudsætte, at civilretten nødvendigvis tilvejebringer optimal retssikkerhed i sig selv. Ligeledes forekommer det ej heller rimeligt at forudsætte, at civilretten tilvejebringer mere eller bedre retssikkerhed end skatteretten⁴⁴. Det er dog efter min vurdering med rette, at retssikkerhedsbetragtninger indgår ved bedømmelsen af forholdet mellem skatteret og civilret, selvom det ikke er muligt klart at fastlægge, hvilken rolle hensynet bør spille eller faktisk spiller.

3.4.3.4. Objektivitet – lighedsprincippet

Lighedsprincippet medfører, at lige forhold skal behandles lige, herunder også at samme realitet skal beskattes ens. Dette gælder såvel i relation til retsanvendelsen hos domstole og forvaltning, hvor princippet kan omskrives til, at lige forhold skal bedømmes ens. Men ofte gælder princippet også ved udformning af en konsekvent lovgivning på indkomstbeskatnings område⁴⁵. Som det fremgår straks nedenfor, hænger princippet også ganske nøje sammen med neutralitetsprincippet, idet en del af ligebehandlingsprincippet går på at indkomster skal behandles ens. Også lighedsprincippet kan indgå i argumentationsmønstre om forholdet mellem civilret og skatteret.

42. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 309 og NSFS nr. 12: Rättssäkerheten i beskattningen, passim.

43. Jf. diskussionerne i svensk, tysk og dansk ret.

44. Jf. *Joachim Schulze-Osterloh*: Zivilrecht und Steuerrecht, StuW 1986, s. 74 ff (81) og *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 53.

45. Om den uskrevne forvaltningsretlige lighedsgrundsætning se eksempelvis *Bent Christensen*: Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation, 1997, s. 146 f, *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.*: Forvaltningsret, 2003, s. 340 ff og *Claus Haagen Jensen & Carl Aage Nørgaard*: Forvaltning og borger, 1988, s. 198 f. Om anvendelsen i skatteretten se *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 71 ff. Se om det i svensk ret indeholdte ligformighetsprincip, *Sven-Olof Lodin m.fl.*: Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, 1999, s. 35.

3.4.4. Neutralitetsprincippet

3.4.4.1. Alment om indholdet

Af overordentlig stor betydning i skatteretten og skattepolitikken er også neutralitetsprincippet. Heri ligger, at den skattemæssige behandling af forskellige handlingsalternativer skal være neutral. Som allerede nævnt hænger neutralitetsprincippet hermed sammen med lighedsprincippet, når det gælder udformningen af skattereglerne⁴⁶. Ved at skabe lighed øges neutraliteten. Det er væsentligt at fastlægge betydningen af begrebet »skatteneutralitet«. En fastlæggelse af neutralitetsbegrebet er i særdeleshed nødvendig, idet begrebet anvendes inkonsekvent og ofte uden definatorisk afklaring heraf⁴⁷. Neutralitetsbegrebet motiveres oftest med samfundsøkonomiske grunde, ligesom princippet kan forsvares med henvisning til retfærdighedsprincipper. I økonomien benyttes begrebet ofte i forbindelse med skattepolitikken, hvor skatteneutralitet opfattes som den situation, hvor alternative beskatningsmæssige tiltag ikke medfører virkninger på de samfundsmæssige allokeringer eller på incitamenterne til forskellige finansieringsformer etc.⁴⁸. I erhvervspolitik henseende indebærer princippet, at beskatningen ikke må indeholde barrierer for erhvervsmæssige aktiviteter, der er samfundsøkonomisk rentable. Internationalt opereres traditionelt med begreberne kapital eksport neutralitet (CEN) og kapital import neutralitet (CIN), hvilke økonomer har brugt til at beskrive de økonomiske effekter af

46. Jf. *Sven-Olof Lodin m.fl.*: *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt*, 1999, s. 35 og *Roger Persson Östermann*: *Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen*, 1997, s. 31.

47. Se dog det indledende og veludførte forsøg hos *Mogens Eggert Møller* i *Afhandlinger fra Handelshøjskolen i København* udsendt i anledning af højskolens 50 års jubilæum den 1. oktober 1967, s. 348 ff.

48. Se eksempelvis herom i økonomisk sammenhæng *Gunnar Thorlund Jepsen*: *Skattepolitik*, 1996, s. 302 f, *Roger Persson Östermann*: *Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen*, 1997, s. 29 ff, OECD: *Taxing Profits in a Global Economy*, 1991, kapitel 2 og kapitel 6 samt annex 3 og yderligere *George Kopits (ed.)*: *Tax harmonization in the European Community*, 1992 og *Michael Devereaux & Mark Pearson*: *Corporate Tax Harmonisation and Economic Efficiency*, 1989, The Institute of Fiscal Studies, Report Series, no. 35.

bl.a. skattemæssige lempelsesprincipper⁴⁹. Det er klart, at skatteneutralitet i det hele taget er økonomisk funderet⁵⁰.

Der kan fremsættes nogle vigtige økonomiske *neutralitetsrelationer*. Det må dog erkendes, at relationerne er legio⁵¹.

Relationerne kan være: Valg af virksomhedsform, finansieringsform og kapitalplacering, anskaffelses- og realisationstidspunkt og form og –sted, bopæl, beboelsesform, virksomhedsbeliggenhed, aflønningsform, etc. Specifikt for erhvervsbeskatningen kan de væsentligste neutralitetskriterier nævnes som: Neutrale regler for erhvervsbeskatning uanset ejerform, ensartet beskatning af kapital- og lønindkomst for hovedaktionærer og selvstændige, ensartet beskatning af kapitalafkast, symmetri i behandlingen af indtægter og udgifter, størst mulig samtidighed i opgørelsen af fradrag for kapitalomkostninger og skat på avancer og tab ved salg af aktiver og ophør, ingen særordninger, der begunstiger bestemte brancher eller aktiviteter, en så enkel og ensartet administration som muligt, miljøbelastningen indgår fuldt ud i virksomhedens produktionsbeslutninger, ensartet skattemæssige vilkår ved forskellige former for medarbejder aflønning. Herefter kan der foretages visse fundamentale sondringer til en forøget forståelse af problematikken. Således sondres mellem; tilsigtet contra utilsigtet neutralitet, formel contra reel neutralitet, speciel contra generel neutralitet, fortidsrelativ contra fremtidsrelativ neutralitet, direkte skatters contra indirekte skatters neutralitet, ekstern contra intern neutralitet.

Når princippet anvendes indenfor koncernbeskatningen, mener man dog, at et foretagende som drives i koncernform, ikke skal udsættes for hverken højere eller lavere beskatning (mer- eller mindrebeskatning) pga. den valgte organisationsform⁵². Koncernbeskatningen kan derved

49. Førstnævnte med den betydning, at afkastet før skat er identisk, hvilket betyder, at realinvesteringerne er fordelt effektivt mellem landene på den måde, at man ikke ved at flytte kapital fra det ene land til det andet kan øge produktion og indkomst for hele verden. Sidstnævnte opnås når afkastet efter skat er identisk for indlændinge og udlændinge. Dette betyder, at man ikke ved at flytte opsparing fra et land til et andet kan øge velfærden for hele verden. CEN og CIN benyttes udelukkende i international sammenhæng.

50. Sml. Mogens Eggert Møller op.cit., der s. 355 anfører: »... Min foreløbige konklusion er, at der ikke findes noget »rent juridisk« neutralitetsprincip, der ikke har referens til økonomiske fænomener og problemer ...«.

51. Se Mogens Eggert Møller op.cit., Sven-Olof Lodin m.fl.: Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, 1999, s. 36 og Skatteministeriets rapport om Erhvervslivets skattemæssige rammevilkår. 1999.

52. Se for en gennemgang af neutralitetsbegrebet i dansk ret Jakob Bundgaard: Koncern-

siges at bestå i et spørgsmål om udbredelsen af skatteneutralitet, hvorved skattebyrden gøres uafhængig af de valg og handlinger foretaget af skatteyderen⁵³.

Der er næppe tvivl om, hvilken betydning neutralitetsprincippet har i skattepolitikken. Endda lader det til at være det bærende princip for erhvervsbeskatningen⁵⁴. Fokuseringen er forstærket i Danmark gennem de sidste 25 år og er fortsat en vigtig målsætning for fremtidige justeringer. Som ovenstående har vist, er der altså tale om et temmelig betydningsfuldt princip, der i konkrete situationer skal holdes op mod civilretlige grundprincipper.

3.4.4.2. Er en konkret udbygning mulig og hensigtsmæssig?

Som det er fremgået af ovenstående, har det skatteretlige neutralitetsbegreb en temmelig vidtgående indhold og anvendelsesområde. Enhver tanke om yderligere udvidelse af begrebets anvendelsesområde kunne derfor umiddelbart afvises under henvisning til den manglende gennemslagskraft af en sådan udbygning. Dog må det antages, at de koordinations tanker, der præsenteres i afhandlingen, med rette kan henføres til neutralitetsprincippet. Koordinations tankegangen vedrører således et ønske om at skabe neutralitet mellem skatteretten og civilretten. Uagtet dette benyttes neutralitetsterminologien ikke i det følgende, idet koordinations terminologien anvendes i stedet.

skatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 21 ff og *Jan Pedersen* i *Transfer Pricing*, 1998, s. 11. For svensk ret se *Roger Persson Österman*: *Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskattningen*, 1997, s. 29 ff, *Sven-Olof Lodin*: *Koncernbeskattningen i USA*, 1973, s. 29 ff og *Bertil Wiman*: *Beskattning av företagsgrupper*, 2002, s. 21 ff. Generelt for Skandinavien se *Gustaf Lindencrona og Nils Mattson* i *NSFS* nr. 19, 1988, *Generalrapport*, s. 132 f. Se endelig *Marco Scheuchzer*: *Konzernbesteuerung in der Europäischen Union*, 1994, s. 32 ff.

53. Jf. *Sven-Olof Lodin*: *Koncernbeskattningen*, 1973, s. 29.

54. Jf. herved Skatteministeriets rapport: *Erhvervslivets skattemæssige rammevilkår*, 1999, der har det som sin generelle målsætning at undersøge, om reglerne er neutrale. Ved neutralitet forstå i rapporten, at den enkelte virksomhed ikke tilskyndes til at gennemføre investeringer og aktiviteter, som er samfundsøkonomisk urentable eller omvendt bevirker, at samfundsøkonomisk rentabel aktivitet bliver urentabel for den enkelte virksomhed, jf. pkt. 1.3. Det konkluderes i rapporten, at neutrale regler gavner samfundsøkonomien mest og skaber størst velstand.

§ 4 Fælles koblingspunkter mellem skatteret og civilret

Som det er fremgået, er skatteretten og civilretten væsensforskellige i formål og grundhensyn. Herved kunne det uden videre slutes, at der ikke eksisterer fælles koblingspunkter mellem disciplinerne. Det er dog ikke hensigtsmæssigt at afslutte diskussionen hermed. Det eksisterer nemlig tætte forbindelseslinier mellem skatteretten og civilretten⁵⁵.

Det er således en forudsætning hos *Thomas Koller*, at skatteretten ikke udgør et fremmedlegeme i den økonomiske orden⁵⁶. Selvom en overfladebetragtning medfører, at der ikke kan konstateres noget fælles koordinationspunkt mellem skatteret og civilret, viser en dybere analyse efter forfatterens opfattelse dog, at der findes en fælles basis der er uløseligt forbundet selvom disciplinerne har forskelligt regelindhold og forskellig funktion⁵⁷. Således anføres om privatrettens funktion, at »... *In einer Gesellschaftsordnung, die auf einer freiheitlich-liberalen Wirtschaftsverfassung aufgebaut ist und in der den einzelnen Privatpersonen sowie nichtstaatlichen Kollektiven die dominierende Rolle bei der Gestaltung des wirtschaftlichen Lebens zukommt, bildet das privatrecht die Organisationsgrundlage zur rechtlichen Ausgestaltung beinahe aller wirtschaftlichen Vorgänge ...*«⁵⁸. Civilretten vil derfor selvsagt spille en større rolle i en økonomi, hvor der primært findes privat erhvervsliv, mens den vil spille en mindre rolle, hvor der overvejende findes statslige virksomheder. I en liberal økonomi findes der få statsmonopolvirksomheder. Staten varetager derfor oftest opgaver, der ikke altid er forbundet med stort økonomisk afkast. Stater, hvis økonomi primært er indrettet med privat erhvervsliv, har derfor behov for finansielle midler til finansieringen af statens opgaver. Skatteretten stiller rammerne for fremskaffelsen af disse midler. Herved ses det, at også skatteretten spiller den største rolle, hvor der er tale om en stat med primært privat erhvervsliv. Det konstateres hos *Koller*, at skat i liberale stater ikke er noget frem-

55. I tysk og schweizisk ret har spørgsmålet om disciplinernes fælles koblingspunkter været behandlet mere indgående, dog uden at man er nået til enighed herom.

56. Dette understøttes af et historisk tilbageblik, jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 23 ff.

57. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 34.

58. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 34. Se også *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky*: *Lærebog i obligationsret I*, 2001, s. 32 om civilrettens funktion.

medlegeme⁵⁹. Denne sammenhæng har som en naturlig følge, at beskatningen må knytte sig til de økonomiske resultater af retshandlinger, der udspringer af civilretten⁶⁰.

Rainer Walz har ligeledes argumenteret for en indre sammenhæng mellem skatterettens evneprincip og civilrettens grundprincip om aftalefrihed⁶¹ og har videre konstateret, at en konsekvent liberal stats- og samfundstankegang benytter skattepligten som korrelat til en retssubjektivitet med udgangspunkt i aftalefriheden. Retsevne og skattepligt udgør med andre ord over- og undersiden af samme mønt⁶².

Som det ses, kan der argumenteres for, at skatteret og civilret på et helt overordnet niveau faktisk besidder fælles koblingspunkter. Erkendelsen lægges dog ikke til grund i den overvejende del af nutidig tysk og schweizisk teori om forholdet mellem skatteret og civilret. Heri tages oftest udgangspunkt i de forskellige målsætninger (telos) bag disciplinerne, når der argumenteres for skatterettens løsrivelse fra civilretten⁶³. Man kan dog også med en vis føje tale om, at »ånden« er forskellig i

59. Op.cit., s. 38.

60. Dette udtrykkes af Thomas Koller: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 38 ved: »... Dieser organische Zusammenhang zwischen Privatrecht und Steuerrecht im modernen Staat hat zwangsläufig zur Folge, dass das Steuerrecht – in welcher (rechtstechnischen) Form auch immer – an die wirtschaftlichen Ergebnisse des Rechtsverkehrs anknüpfen muss, der vom Privatrecht seinen organisatorischen Rahmen und die notwendigen Instrumente erhält ...«. Videre hedder det: »... Steuerrecht und Privatrecht haben so in einem liberalen, weitgehend auf dezentrale Wirtschaftssubjekte ausgerichteten Wirtschaftssystem notwendigerweise den selben organischen Anknüpfungspunkt, die «nämliche gegenständliche Materie», die ihnen überhaupt erst ihre eigenliche Bedeutung verleiht. Unterschiedlich sind nur die Zwecke dieser beiden Teilrechtsordnungen sowie die Mittel, die ihnen zur Erfüllung ihrer Aufgabe zur Verfügung stehen ...«.

61. Jf. Die Steuerrechtliche Herausforderung des Zivilrechts, ZHR 147/1983, s. 285 ff, særligt s. 289. S. 301 hedder det »... Beide haben einen gemeinsamen Bezug zum wertmaß marktbezogener Austauschgerechtigkeit – das Steuerrecht dadurch, daß es diese privatrechtliche Austauschgerechtigkeit und was sich durch sie herstellt, möglichst unangetastet läßt; und beide haben ein gemeinsames wirtschafts- oder ordnungspolitisches Fundament: eine dezentrale Organisation der Wirtschaft, in der die Rolle des Staates sowohl als planender Lenker wie als »Mitbewerber« durch staatliche Unternehmen weitgehend zurückgedrängt ist ...«.

62. Jf. Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung – Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik, 1980, s. 36. Også Georg Crezelius har betonet den funktionelle sammenhæng mellem disciplinerne, men har dog udledt ganske andre resultater heraf, jf. Steuerrechtliche Rechtsanwendung und Allgemeine Rechtsordnung, 1983, s. 283 ff og s. 312 ff.

63. Jf. generelt herom Harald Herz: Die Einordnung grenzüberschreitender kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 37, med henvisninger. Se også Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung I, 2000, s. 49 og Klaus Tipke & Joachim Lang: Steuerrecht, 2002, s. 6 f. Georg Crezelius finder dog i Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine rechtsordnung, 1983, s. 178 og 330

skatteretten og civilretten⁶⁴. Det bør dog fremhæves, at denne generelle opfattelse oftest kun gælder ubetinget på retsanvendelsesområdet. Selv fortalerne for at skatteretten skal opfattes som en anneksret til civilretten, udstrækker kun deres udsagn til at gælde på retsanvendelsesområdet.

Der er utvivlsomt tale om væsensforskellige målsætninger disciplinerne imellem. Samtidig må der dog antages at eksistere visse indre forbindelseslinier og fælles koblingspunkter mellem disciplinerne⁶⁵. Det skønnes dog ikke, at der kan udledes selvstændige kongruenskrav af denne konstatering, men at de tydelige forskelle mellem skatteretten og civilretten taler for, at der ikke kan gælde en generel forrang for den ene disciplin frem for den anden. På den anden side kan det antages, at de skitserede sammenhænge taler for en vis koordination mellem retsområderne.

ff, at forskellen i målsætninger intet siger om civilrettens eventuelle forrang for skatteretten. Også *Thomas Koller* tilslutter sig generelt dette, jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, passim.

64. Jf. også *Alf Ross*: *Om ret og retfærdighed*, 1953, s. 245 om forskellig »ånd« i de forskellige juridiske discipliner som udtryk for de grundsætninger og idéer der udtrykker dominerende vurderinger indenfor det pågældende retsområde.

65. Det anføres hos *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 38, at denne erkendelse ofte er oversat i tysk ret.

Kapitel 7

Grundbetragtninger

§ 1 Indledning og målsætning

I dette kapitel præsenteres afhandlingens grundbetragtninger om samspillet mellem skatteret og civilret. Før præsentationen heraf er det væsentligt at redegøre for, hvilket værdigrundlag der ligger til grundlag for den foretagne formulering af disse.

Som forsøg på at tilsikre objektivitet findes det nødvendigt at foretage den her præsenterede kritiske selvrefleksion. Hermed søges det subjektive element minimeret, ligesom rene friretlige overvejelser forsøges stillet i baggrunden. Dog må det samtidig erkendes, at værdigrundlaget til foreliggende afhandling ikke lader sig skjule, idet dette implicit fremgår af trufne valg, herunder i valg af terminologi og afgrænsninger mv. De overvejelser, der ligger bag formuleringen af de følgende grundbetragtninger, er ikke udtryk for urokkelige grundnormer om hvilke fortræffeligheder der hersker fuldstændig konsensus. Derimod præsenteres nogle overvejelser, der indgår i andre henseender i forbindelse med vurdering af en given retstilstand eller udformning af en given regulering¹. Disse paramentre suppleres dog af egne synspunkter om, hvad der bør udgøre et ideelt forhold mellem skatteret og civilret. Det subjektive element spiller derfor uundgåeligt en rolle, og analysen nedenfor bør derfor læses med dette in mente.

Grundbetragtningerne er, ligesom den opstillede generelle evalueringsmodel, formuleret ud fra overvejelser om systematik, funktionalitet og sammenhæng i retssystemet. Det synes oplagt, at der ved den følgende konfrontation mellem disse og den virkelige juridiske verden opstår disharmonier. Afhandlingens opgave er på denne baggrund at analysere disse samspil særligt på baggrund af grundbetragtningernes budskaber. Det er herved ligeledes oplagt, at der på denne baggrund vil

1. Som det anføres af *Preben Stuer Lauridsen* i *Studier i retspolitisk argumentation*, 1974, s. 561, er det givet, at retspolitikken bestemmes af fortolkninger, vurderinger og valg, som i hvert fald til en vis grad foretages på grundlag af de fra den bestående retsorden kendte og accepterede hensyn og principper.

dannes grundlag for kritik. Det er væsentligt at gøre sig nogle overvejelser om karakteren og værdien af denne kritik. Som det allerede er nævnt udgør afhandlingen i væsentlig grad et retspolitisk studium. Der skal i denne forbindelse tones rent flag derved at afhandlingens grundbetragtninger og de heri præsenterede tanker langt hen ad vejen må vedkendes at udgøre en »retspolitisk standard«. Der er dog tillige tale om udsagn af retsdogmatisk værdi. Analyserne i afhandlingens konfronterende del skal læses i lyset af disse bemærkninger. Den intensitet, hvormed en given retsopfattelse eller retstilstand kritiseres afhænger af styrken og karakteren af et konkret konstateret kongruenskrav eller kongruensbehov². Konstateres tilstedeværelsen af et stærkt retskildebestemt kongruenskrav har en rettet kritik af disharmonier i sådanne situationer stor betydning de lege lata. Er der derimod tale om koordinationsbestemte kongruensbehov af stor styrke, aftager følgelig kritikens betydning for beskrivelsen af gældende ret, idet den herved er baseret på retssystematiske betragtninger. Gennem den i afhandlingen foretagne systematisering af skatte- og civilretlige forhold og eksplicitte formulering af grundbetragtninger om dette forhold kan det dog ikke udelukkes, at sådanne betragtninger på sigt vil opnå en vis betydning ved retsanvendelsen qua »forholdet natur«, hvor andre relevante retskilder ikke tilsiger en bestemt opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Videre sigter de lege ferenda betragtningerne tillige mod fremtidige reguleringsinitiativer, idet tankegodset kan tænkes at påvirke retsbevidstheden.

§ 2 Første grundbetragtning: Det ideelle forhold mellem skatteret og civilret

2.1. Koordinationstankegangen

2.1.1. Generelt

I det følgende skal det nærmere indhold af afhandlingens første og bærende grundbetragtning præsenteres. Denne grundbetragtning vedrører det generelle forhold mellem skatteret og civilret og skal ses som

2. Jf. om denne terminologi, kapitel 7, § 3.

en generel stillingtagen til forholdet mellem skatteret og civilret³. Det er i den forbindelse fundet berettiget at tale om en revurdering af forholdet mellem skatteret og civilret, for så vidt angår dansk ret, selvom tidligere bidrag primært har omhandlet forholdet specifikt i retsanvendelsesprocessen, og yderligere ikke har behandlet det ideelle forhold mellem disciplinerne. Afhandlingens første grundbetragtning vedrører derimod det generelle forhold mellem skatteret og civilret på både lovgivnings- og retsanvendelsesniveau.

Den nærmere udformning af afhandlingens grundbetragtninger er inspireret af udviklingen i udenlandsk ret, herunder særligt af udviklingen og den generelle opfattelse i tysk og schweizisk ret, dog således at der søges taget hensyn til den pragmatiske tradition i dansk (skatte-) ret. Det skal ligeledes bemærkes, at de enkelte konkrete udslag af grundbetragtningen behandles nedenfor, hvor det nævnte indgår som et element i den der præsenterede grundbetragtning om relationens retsekniske aspekter.

Nomenklaturen i afhandlingens første grundbetragtning indebærer, at der tales om »koordinationstankegangen«. Herved signaleres at der overordnet fokuseres på koordination mellem skatteret og civilret. Med begrebet koordination menes her en gensidig hensyntagen skatte- og civilretten imellem, hvilket indebærer tilsikring af en kongruent retstilstand, hvor dette forekommer nødendigt.

Koordinationstankegangen indebærer mere præcist, at der fokuseres på, *hvornår der er sikret koordination og dermed skabt kongruens, hvornår dette ikke er tilfældet, hvad begrundelsen er for dette, samt hvornår der bør ske koordination og under hvilke forudsætninger.*

Koordinationstankegangen kan også beskrives sammenfaldende med et udsagn om »*skatterettens relative autonomi*«⁴. Herved signaleres groft sagt, at der være skal være holdepunkter for at opnå kongruens i forholdet mellem skatteret og civilret og at der ikke findes nogen grundnorm, hvorefter skatte- og civilretten generelt skal opfattes kongruent i alle situationer. Valget af denne nomenklatur indebærer en synliggørelse af, at der tilsigtes et andet udgangspunkt for analysen af samspillet

3. Dele af tankesættet er tidligere i koncentreret form introduceret i *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 44, Tax Law, Peter Wahlgren (red.), 2003 s. 77 ff, som er genoptrykt i SR-Skat 2002, s. 396 ff.

4. Der er herved hentet inspiration i *Rainer Walz'* afhandling: *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*, 1980, s. 211 ff.

mellem skatteret og civilret end det traditionelt anlagte. Indholdet af grundbetragtningen kunne for så vidt også udtrykkes ved et udsagn om »civilrettens relative styring af skatteretten«. Ved en helhedsvurdering er der selvsagt tale om to sider af samme sag. Dog har signaleringen af en ændring af udgangspunkt vejet tungt ved det foretagne valg, ligesom dette valg indebærer analytiske fordele.

Koordinationsstankegangen udgør andet og mere end en systematik. Ud over den systematiske værdi gives der således med koordinationsstankegangen anvisninger på, hvorledes samspillet mellem skatteret og civilret kan gribes an i retsdogmatisk henseende. Hertil kommer, at koordinationsstankegangen giver detaljerede retsningslinier for den retspolitiske vurdering af samspillet mellem skatteret og civilret.

2.1.2. Udgangspunktet – autonomi

Grundlæggende må civilret og skatteret anskues som selvstændige og ligeordnede retlige discipliner. Den ene disciplin har ikke forrang for den anden. Efter tysk terminologi tales om, at der ikke er *prævalens* i forholdet. Derimod er der tale om, at civilretten i stort omfang er *præjudiciel* for skatteretten. Skatteretten er her ud over ikke generelt bundet af civilretten, hvilket kommer til udtryk ved at lovgiver og retsanvendende organer, som et groft udgangspunkt, kan holde de to discipliner adskilt. Således kan lovgiver på skatteområdet som udgangspunkt give regler uden hensyntagen til civilretlig lovgivning. Ligeledes kan domstolene påkende skatteretlige spørgsmål uden hensyntagen til civilretten, hvis der ikke konkret er holdepunkter for noget andet. Dette præsenterede udgangspunkt skal blandt andet ses som en nuancering i forhold til ureflekterede udsagn om civilrettens fuldstændige dominans.

Det skal forudskikkes, at udgangspunktet i praksis begrænses i betydeligt omfang, hvorved der langt hen af vejen er tale om en praktisk undtagelse, jf. nedenfor. Det kan anskues som et spørgsmål om ord, om forholdet anskues således, at der som udgangspunkt er tale om autonomi, men at dette udgangspunkt fraviges i betydeligt omfang, eller om forholdet anskues således, at civilretten har forrang for skatteretten, men at der tillige eksisterer undtagelser til et sådant udgangspunkt. Det er fundet mest hensigtsmæssigt at beskrive samspillet efter førstnævnte model.

2.1.3. Modifikation og praktisk hovedregel: koordinations- og/eller retskildebestemt kongruens

2.1.3.1. Indhold

Grundbetragtningens udgangspunkt kan ikke opretholdes ubegrænset⁵. Flere hensyn taler således for, at udgangspunktet i et eller andet (og i praksis særdeles vidtgående) omfang bør fraviges og faktisk fraviges, således at der i stedet etableres en kongruent retstilstand. Særligt af situationer kan opstå: Der er enten hjemmel til en kongruent retstilstand (retskildebestemt kongruens) og/eller der kan påpeges retspolitiske argumenter for en kongruent retstilstand (koordinationsbestemt kongruens). Der skal i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret bedømmelse samt en afvejning af de relevante hensyn før det kan besluttes, om tilpas tungtvejende hensyn tilsiger etableringen af en kongruent retstilstand ved den specifikke skatte- og civilretlige relation.

Bag denne modifikation ligger tillige de grundhensyn, at løsningen af samspil mellem skatteret og civilret langt hen ad vejen kan ske i overensstemmelse med den almindelige fortolkningslære samt, at de enkelte discipliner ikke må underminere grundværdier og intentioner på andre retsområder. Hertil kommer det betydende forhold at skatteretten langt hen ad vejen faktisk baseres på civilretten og dennes begrebsdannelse. Dette hensyn bør varetages ved lovgivning på skatteområdet og ved den skatteretlige retsanvendelse. Civilretten bør ikke underminere skatterettens grundlæggende værdigrundlag, grundhensyn og intentioner og herved skatterettens funktion. På tilsvarende vis bør skatteretten ikke underminere civilrettens grundlæggende værdigrundlag, grundhensyn og intentioner og herved civilrettens funktion. Man kan i denne sammenhæng tale om, at der gælder en forrang for civilrettens reguleringsstruktur (»ordnungsstruktur« i tysk og schweizisk ret) i stedet for en forrang for civilretten som sådan⁶. Overordnet udgør denne del af afhandlingens grundbetragtninger en analyse af eksistensen af et eventuelt koordinationsbehov eller -krav i forholdet mellem skatteret og ci-

5. Dette gælder såvel i dansk ret, som i andre retssystemer. Så vidt ses, findes der ingen lande der undtagelsesløst opretholder et udgangspunkt om skatterettens autonomi.

6. Det udgør som nævnt en hypotese, at navnlig moderne tysk og schweizisk teori med fordel tjene til inspiration for så vidt angår dansk ret. Afhandlingen fokuserer på skatterettens forhold til civilretten, men det skal påpeges, at teorien i princippet går begge veje, hvilket også ligger i standpunktet om at disciplinerne er sideordnede og ligeværdige, som dele af det samlede retssystem.

vilret. Med andre ord lanceres en »*koordinationsteori*«⁷. Dette udsagn udtrykker i realiteten det traditionelle udgangspunkt i dansk ret, hvorefter der netop gælder et udgangspunkt om kongruens mellem skatteret og civilret, for så vidt angår begrebsanvendelsen og anerkendelsen af aftalefrihedens udfald. Årsagen hertil anføres typisk som det forhold, at mange skattelove mere eller mindre tydeligt forudsætter, at de skatteretlige begreber er kongruente med de tilsvarende civilretlige begreber, hvorved bordet så at sige fanger i disse situationer. I henhold til denne fremgangsmåde peges der efterfølgende på eksempler, hvor udgangspunktet åbenbart fraviges. Som det vil fremgå, må fremgangsmåden i denne afhandling opfattes som et forsøg på forfining, nuancering og systematisering af den førnævnte fremgangsmåde. Med andre ord udtrykker afhandlingens grundbetragtning tillige et synspunkt om civilrettens styrende funktion for skatteretten, men terminologien er en anden og mere nuanceret. Værdien heraf ses navnlig i fremstillingsmæssig henseende, ligesom der herved kan gøres op med unuancerede standpunkter om skatterettens generelle indordning under civilretten.

Der skal i denne forbindelse introduceres en terminologisk inddeling af kongruensbehovene eller -kravene i *retskildebestemt* og *koordinationsbestemt kongruens*. Eksistensen af et *retskildebestemt kongruenskrav* indebærer, at der (med større eller mindre sikkerhed) er skabt et retligt grundlag for at bedømme et givet forhold efter dette udgangspunkt, med mindre der er hjemmel til andet⁸. Principielt kræves der således hjemmel til at fravige et retskildebestemt kongruenskrav. At der findes et retskildemæssigt bestemt kongruenskrav, er dog ikke ensbetydende med, at dette også er hensigtsmæssigt.

Eksistensen af et *koordinationsbestemt kongruensbehov* indebærer derimod, at retspolitiske overvejelser i den konkrete situation taler for at opfatte skatteretten og civilretten kongruent. Baggrunden herfor er de

7. Ordet »*koordination*« [samordning, sideordning] og »*koordinationsteori*«, -grundsætning, -tankegang anvendes i stedet for det nærliggende »*kohærens*« [samstemmighed, sammenhæng]. Baggrunden herfor er risikoen for sammenblanding med den af Preben Stuer Lauridsen præsenterede *kohærensteori*, jf. Studier i retspolitisk argumentation, 1974. Denne teori leverede et opgør med prognoseteorien som går ud fra, at almindelige retsdogmatiske sætninger om gældende ret er direktivbeskrivelser, og at korrektheden afhænger af, om de følger reglerne for sådanne beskrivelser. Sætningernes korrekthed ses som udgangspunkt som værende identisk med deres samsvar med andre sætninger (beskrivelser) og efterprøves ved at sammenholde dem med sådanne.

8. Se de beslægtede tanker hos Bettina Banoun: Omgæelse av skattereglene, 2003, s. 270.

betragtninger, der kommer til udtryk i afhandlingens centrale antagelser om koordination mellem retlige discipliner.

Det tillægges derfor i afhandlingen stor vægt, hvorledes koordinationsbehovet ideelt set påvirker forholdet mellem skatteret og civilret. Denne nedtoning skal dog ikke ses som et forsøg på at bortse fra almindelig juridisk metode gennem en overvægtning af værdien af koordinationsbestemt kongruens i forhold til retskildebestemt kongruens. Tydelige retskildebestemte kongruenskrav respekteres derfor som udgangspunkt. Dog indtager det en central placering i afhandlingen konkret at vurdere, om der består koordinationsbestemte kongruensbehov, selvom der konkret er konstateret et retskildebestemt kongruenskrav. Ydermere giver det kun mening at tale om retskildebestemt kongruens, hvor spørgsmålet kan løses i overensstemmelse med gældende ret og hermed ikke i forbindelse med udformningen af ny lovgivning mv. I disse tilfælde er der således større rum for retspolitiske vurderinger. Ved vurderingen af om der eksisterer et retskildebestemt kongruenskrav, skal der tages hensyn graden af præcision, hvormed den civilretlige retstilstand lader sig beskrive. Er civilretten usikker, må dette have konsekvenser for styrken af det retskildebestemte kongruenskrav. Noget tilsvarende må antages at have betydning ved bedømmelsen af behov for koordinationsbestemt kongruens.

Det må hævdes, at *Thomas Kollers* følgende udsagn tillige kan tillægges betydning i dansk ret: »... *Das Steuerrecht darf grundlegende »zivilrechtliche Ordnungsstrukturen« nicht unterlaufen; vom Zivilrecht vorgegebene Grundinstitutionen und Leitbilder mit imperativem Charakter hat das Steuerrecht zu beachten ...*»⁹.

Tilsvarende synspunkter kommer til udtryk i den fremherskende teori i tysk ret. *Klaus Tipke* har således gjort sig tilsvarende overvejelser¹⁰. Forfatteren anfører, at væsentlige elementer i en retsorden er frihed for modsætninger i dennes grundværdier og retfærdighed. Når lovgiver fastlægger sådanne grundværdier i en del af retsordenen, må der henses hertil på andre retsområder. Denne modsætningsfrihed fordrer af kravet den samlede retsordens enhed. *Tipke* formulerer det således: »... *Das Steuerrecht darf Grundwertungen anderer Teile der Rechtsordnung nicht ohne gewichtigen Grund durchkreuzen oder unter-*

9. Indholdet af dette udsagn benævnes generelt som »Die These von der Massgeblichkeit zivilrechtlicher Ordnungsstrukturen«.

10. Jf. *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 44 ff.

laufen ...»¹¹. Det konstateres endelig, at der ikke består en grundlæggende forrang for andre delretsordener, herunder civilretsordenen, overfor skatteretten. Også *Rainer Walz* har i flere tilfælde gjort sig til talsmand for lignende synspunkter¹². Der lægges herved vægt på at forhindre resultater, der bevirker, at centrale hensyn bag andre retsdiscipliner forpurres. Begrundelsen for synspunktet er, at bærende hensyn og grundlæggende regelintentioner (ratio legis) i civilretten ville blive sat ud af drift, såfremt hensynet ikke varetages eller direkte modvirkes. En retsorden der skal kunne bære benævnelsen heraf, ganske enkelt ikke kan leve sådanne inkonsistenser, selvmodsigelser og modsætningsforhold¹³. Det kan i forbindelse hermed bemærkes, at *retssystemet*, herunder skattesystemet, nødvendigvis må være en helhed, der er planmæssigt sammenstykket af enkeltheder. Systematik indebærer logisk og saglig organisering af et materiale, herunder positivt regelorganisering og lovmedholdelighed og negativt modsætningsfrihed¹⁴. Systematik forhindrer kaos.

Afhandlingens grundbetragtning kan tydeliggøres gennem følgende parametre, som dækker såvel den retsdogmatiske som den retspolitiske analyse og samtidig vedrører såvel lovgivningsarbejdet som retsanvendelsen. Ved tydeliggørelse formindskes risikoen for forveksling med de tidligere teorier om autonomi eller kongruens i forholdet mellem skatteret og civilret¹⁵. Det må således gælde, at:

- jo større betydning eller indflydelse et ideal, hensyn eller begreb har i civilretten,
- jo mere fundamentalt et givent institut eller hensyn er i civilretten,
- jo klarere og tydeligere en civilretsfigur er udviklet i lovgivning og

11. Jf. Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000 s. 58. Dette krav er funderet i grundsætningen om »Einheit der Rechtsordnung«. Se også *Harald Herz*: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommenbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 37-38, der lægger *Tipkes* konklusioner til grund.

12. *Walz* benytter dog i stedet benævnelsen »Grundsatz der Einheit des wirtschaftsrechtlichen ordre public«. Synspunkterne er formuleret i *StuW* 1984, s. 170 ff (173), i *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung – Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik*, 1980, s. 199 ff og *Die steuerrechtliche Herausforderung des Zivilrechts*, *ZHR* 147 (1983), s. 301 ff.

13. Jf. *Thomas Koller*: op.cit., s. 395. Se også *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung I, 2000, s. 67 ff.

14. Jf. *Heinrich Weber-Grellet* i *StuW* 1999, s. 311 f (312).

15. Denne tydeliggørelse er dels foretaget med inspiration fra *Thomas Kollers* studier på anførte sted, dels resultatet af egne overvejelser.

retspraksis og jo mindre spillerum, der herved overlades til de involverede parter,

- jo mere civilretten udgør et passende udtryk for de reelle økonomiske- eller blot reelle strømme eller forhold,
- jo bedre det objektivt kan konstateres, at et givent retsinstitut eller lignende, der er lånt fra civilretten, fra lovgivers side er forudsat benyttet i overensstemmelse med den civilretlige forståelse heraf,
- jo klarere tilkendegivelser, der findes i praksis for, at den civilretlige opfattelse skal lægges til grund¹⁶,

desto mere skal/bør skatteretten tage højde for civilretten¹⁷. Kravene er ikke kumulative, selv om kongruenskravet eller -behovet naturligvis tager til i styrke i takt med antallet af bekræftende besvarelser af de stillede spørgsmål. Når spillerummet i modsætning hertil er stort for de private parter, må skatteretten reagere desto mere tilbageholdende og skeptisk. Dette gælder i særdeleshed, når der er parallelle interesser for parterne. Skatteretten må forsøge at minimere uønskede »skadevirkninger« på privates valg mellem forskellige sammenlignelige civilretlige institutter, hvilket ellers kan forekomme grundet markant forskellige skatteretlige følger. Helt udryddet bliver sådanne virkninger nok ikke. På den anden side kan det ikke forlanges, at skatteretten ikke behandler sammenlignelige forhold sammenligneligt, eller at skatteretten skal acceptere aftaler, der ikke frembyder nogen økonomisk virkelighed. Ligeledes kan grundbetragtningen udbygges med det krav, at jo mere en kongruent retstilstand medvirker til at skabe *enkelthed, overskuelighed og praktisk håndterbare resultater* (»praktikabilitetshensynet«) og tilsikring af *retssikkerheden*, jo mere taler dette for etablering af- eller opretholdelse af en kongruent retstilstand.

Denne nuancering af afhandlingens første grundbetragtning har til formål at tilvejebringe retningslinier til brug for konkrete vurderinger indenfor visse dele af den samlede problemstilling.

16. Særligt de to sidstnævnte forhold sigter mod, hvad der benævnes *retskildebestemt kongruens*.

17. Heraf ses også, at det er fundet mest hensigtsmæssigt, hvis skatteretten så at sige bærer byrden i forhold til forøget koordination med civilretten. Der synes ikke at findes civilretlige strømninger, der muliggør, at koordination skal tilsikres med udspring i civilretten. En idealsituation må dog være, at koordinationen foregår ligeværdigt med afsæt i begge retsdiscipliner. Pragmatisme medfører på trods heraf det nævnte udgangspunkt om, at koordinationen skal ske med afsæt i skatteretten.

Det forekommer selvfølgelig at betone, at det er en forudsætning for skatteretlig anerkendelse af civilretlige dispositioner og begreber mv., at disse faktisk lever op til de krav, der stilles hertil i civilretlig henseende. Begreber mv. direkte overtaget fra civilretten skal formentlig respekteres i skatteretten, herunder særligt i situationer, hvor dette lader til at være forudsat af lovgiver. En sådan respekt følger af almindelig juridisk fortolkningslære og forudsætter, at der består en vis grad af sammenlignelighed.

Den grundlæggende koordinationstanke støtter sig til en idealforestilling om, at skatte- og civilretten er gensidigt betingede¹⁸.

2.1.3.2. Om varians i kongruenskravenes og -behovenes styrke, terminologi og tyngden af teoriens anbringender

Der må introduceres en terminologisk styrkeinddeling af kongruenskravene og kongruensbehovene til identifikation af, hvor tungtvejende kravet om kongruens eller behovet herfor må antages at være. Inddelingen består af følgende grader af styrke i kongruenskravet og behovet: *svag*, *middelsvag* og *stærk*. Det følger af denne inddeling, at der skal foreligge hjemmel, førend et konstateret stærkt kongruenskrav kan tilsidesættes. Ligeledes gælder det, at der skal mindre tungtvejende hensyn til at vige fra et konstateret svagt kongruensbehov. Der gælder ikke et hjemmelskrav ved fravigelse af sådanne kongruensbehov.

Det gælder naturligvis også, at kongruenskravet og/eller behovet efter omstændighederne i konkrete tilfælde ikke eksisterer. Implikationerne af denne situation afhænger af, hvorvidt udfaldet gælder absolut i forhold til såvel den retskildebestemte kongruens som i forhold til den koordinationsbestemte kongruens. I en sådan situation, kan analysen ikke videreføres, og resultatet er, at der ikke er grundlag for at fravige udgangspunktet om autonomi. Er det derimod alene det retskildebestemte kongruenskrav, der ikke kan identificeres, er der herved ikke grundlag for at fremsætte krav om en kongruent retstilstand. I stedet afhænger den nærmere analyse af den retspolitiske standard, der fremkommer på baggrund af tankerne om koordinationsbestemt kongruens, hvilket dog alene kan medføre kongruensbehov. Findes derimod alene et retskildebestemt kongruenskrav, må kravet efterleves ved den skatteretlige retsanvendelse. Fraværet af et behov for koordinationsbestemt

18. Jf. Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 88.

kongruens kan afføde nogle retspolitiske betragtninger om den eksisterende retstilstand.

De to typer af kongruens skal ikke opfattes som værende aldeles isolerede. Ved bedømmelse af visse spørgsmål vil det ses, at kravene er nært forbundne og komplementerende. Af denne årsag er behandlingen sket samlet, men dog med mulighed for adskillelse i visse situationer. Kongruenskravene har alene betydning ved retsanvendelsesspørgsmål.

Der sondres mellem koordinations- og retskildebestemt kongruens. Tillige anvendes forskellige begreber til beskrivelsen heraf. Som det ses, benyttes »krav-terminologien« i relation til bestående konstateret retskildebestemt kongruens. Denne bevidst gennemførte sprogbrug benyttes for at understrege det forhold, at der med retskildebestemte koordinationskrav er tale om almindelige fortolkningsfaktorer til brug for den skatteretlige retsanvendelse. Styrken af kravet udtrykker herefter den klarhed, hvormed retskilderne udtrykker det ønskede, og dermed hvor centralt placeret kravet skal indgå ved fortolkningen af skattelovgivningen. Hvis der således er særlig hjemmel til en skatteretlig fravigelse fra den civilretlige opfattelse på et givent område, gælder der intet retskildebestemt kongruenskrav. Eksempelvis forekommer det, at det klart og eksplicit i skattelovgivningen er forudsat, at et begreb er overtaget fra civilretten og skal fortolkes i overensstemmelse hermed. I sådanne situationer ses der at foreligge et retskildebestemt kongruenskrav. Ligeledes kan det forekomme, at civilrettens begreber anvendes i skatteretten som følge af, at civilrettens begrebsdannelse udgør den naturlige sproglige forståelse af et begreb. I sådanne situationer kan der ikke nødvendigvis siges at bestå et retskildebestemt kongruenskrav, men resultatet kan derimod nås ud fra almindelige fortolkningsprincipper. Det er dog ikke muligt at vurdere, hvorledes sådanne fortolkningsprincipper vil spille sammen med argumenter baseret på koordinationsstankegangen. Det er vigtigt at understrege, at selvom det retskildebestemte kongruenskrav sættes i koordinationskontekst, er der slet og ret tale om et udslag af almindelig lovfortolkning. Teorien skal ikke ses som et forsøg på at nedtone eller skjule dette forhold. Det er indres herved, at der kan siges at bestå et skærpet hjemmelskrav på skatterettens område.

Modsat er »behovs-terminologien« eller spørgsmålet om »at burde« benyttet om konstateret koordinationsbestemt kongruens. Herved understreges respekten for den gængse juridiske metode gennem en betoning af det forhold, at et koordinationsbestemt kongruensbehov aldrig kan

udgøre mere end en retspolitisk anbefaling, og som sådan sædvanligvis kun har ringe eller ingen betydning i retsanvendelsesprocessen. Dog kan en vis betydning ikke udelukkes. Det koordinationsbestemte kongruensbehov har sin styrke i argumentationen, hvilket så at sige kan smitte af på såvel lovgiver som de retsanvendende organer.

Denne del af afhandlingens grundbetragtninger kan virke på flere måder. Således kan det ud fra teoretiske betragtninger fastslås, at det er givet at falde tilbage på civilretten i de situationer, hvor der består et koordinationsbestemt kongruensbehov, og hvis der ligeledes består et retskildebestemt kongruenskrav, er kongruensen som udgangspunkt sikret på den stærkest tænkelige måde. Ligeledes må det accepteres, at man falder tilbage på civilretten i sådanne situationer, hvor der alene kan konstateres et retskildebestemt kongruenskrav. Det er imidlertid ikke givet, at det ud fra mere principielle overvejelser i sådanne henseender forekommer hensigtsmæssigt at vælge civilrettens løsningsmodeller som udgangspunkt for skatteretten. I de situationer, hvor der ikke består et retskildebestemt kongruenskrav men alene et koordinationsbestemt kongruensbehov, må det konkret vurderes, om det er hensigtsmæssigt alligevel at falde tilbage på civilretten, hvis dette i øvrigt er meningsgivende.

Hermed berøres det centrale spørgsmål om, *hvilken tyngde udsagn formuleret i overensstemmelse med koordinationstankegangen har*. Dette spørgsmål hører uløseligt sammen med spørgsmålet om der er tale om et retskildebestemt kongruenskrav eller et koordinationsbestemt kongruensbehov. Førstnævnte udgør som allerede nævnt per se vægtige argumenter for eller imod en given retsopfattelse, idet kravet fremkommer ved almindelig retsdogmatisk virksomhed. Tyngden heraf kan konkret variere i overensstemmelse styrken af det konstaterede kongruenskrav. Sidstnævntes værdi ligger som allerede nævnt på det argumentative område. Tyngden heraf varierer tillige i takt med den konstaterede styrke i koordinationsbehovet. Således må der antages at bestå en mulighed for, at afhandlingens retsteoretiske koordinations-tanker kan spille en vis rolle qua *forholdets natur* og de herved gennemførte friere overvejelser¹⁹. Det er således ikke utænkeligt, at sagligt

19. Det er hermed givet, at der i denne henseende må lægges en bred forståelse af forholdets natur til grund, jf. eksempelvis *Torben Jensen* i UfR 1990, B, s. 441 ff, der anfører, at retten i mangel af andre holdepunkter må støtte resultatet ud fra forholdets natur, som dækker et spektrum af almene juridiske overvejelser, herunder sagligt begrundet ri-

funderet argumentation for eller imod en given retstilstand kan smitte af på retsanvendelsen og indgå i dommerens overvejelser om sagens udfald. En sådan indirekte effekt af koordinationstankegangen ligger hermed på linie med den rolle, eksempelvis retsøkonomien må antages at kunne indtage de lege lata²⁰. I det hele taget synes der at være betydelige lighedstræk mellem koordinationsteoriens perspektiver for skatteretten og retsøkonomiens rolle i juraen i al almindelighed. Måske kan der endda voves den påstand, at der endda består et vist sammenfald gennem den betragtning, at der også i tilfælde af retlig inefficiens tillige består økonomisk inefficiens. Dette spørgsmål skal dog ikke følges yderligere.

Yderligere kan koordinationstankegangen påvirke udformningen af konkret fremtidig lovgivning.

Uden hensynstagen til gradueringen af forekommende retskildebestemte kongruenskrav og koordinationsbestemte kongruensbehov synes samspillet mellem formerne for kongruens at kunne illustreres som følger:

+ Retskildebestemt kongruenskrav	+ Koordinationsbestemt kongruensbehov	Kongruens er sikret som følge af retskilderne og er tillige understøttet af retspolitiske overvejelser om koordination mellem skatteret og civilret.
+ Retskildebestemt kongruenskrav	- Koordinationsbestemt kongruensbehov	Kongruens er sikret som følge af retskilderne, men denne retstilstand er ikke nødvendigvis hensigtsmæssig ud fra retspolitiske overvejelser om koordination mellem skatteret og civilret.
- Retskildebestemt kongruenskrav	+ Koordinationsbestemt kongruensbehov	Kongruens er ikke sikret som følge af retskilderne, men der kan argumenteres herfor med udgangspunkt i retspolitiske overvejelser om koordination mellem skatteret og civilret.
- Retskildebestemt kongruenskrav	- Koordinationsbestemt kongruensbehov	Kongruens er ikke sikret som følge af retskilderne, og der synes ej heller at kunne argumenteres herfor med udgangspunkt i retspolitiske overvejelser om koordination mellem skatteret og civilret.

melighed, lighedssynspunkter, konsekvensbetragtninger med hensyntagen til samfundsmæssige behov og almindelig udvikling. Denne opfattelse kategoriseres af *Jens Ewald* i *Retsvidenskabeligt tidsskrift*, 2002, s. 105, som værende bred. Også hensigtsmæssighedsbetragtninger må henregnes til forholdets natur. *Bernhard Gomard* karakteriserer i *Højesteret 1661-1986*, s. 58, forholdets natur som en retskilde, hvis værdi ikke beror på autoritet men på argumenternes evne til at overbevise.

20. Jf. herom eksempelvis *Thomas Riis* i *J* 1996, s. 356 ff.

2.1.3.3. Forudsætninger for kongruens

Det er nødvendigt at se på forudsætningerne for et eventuelt kongruenskrav- eller behov i givne konkrete situationer. Det følger naturligt, at forudsætningerne skal være til stede, før der kan stilles krav om kongruens, eller før der kan siges at bestå et koordinationsbehov efter de ovenfor udviklede retningslinier. I andre tilfælde må dispariteten fortsat gælde. Således bør der foretages en undersøgelse af, om de analyserede forhold egner sig til at blive behandlet kongruent. Dette spørgsmål svarer til en vis grad til den censureringsforanstaltning, der skal iværksættes i henhold til trin 1 i den nedenfor præsenterede evalueringsmodel.

A) Meningssammenhæng

Før det gøres gældende, at visse retlige spørgsmål bør behandles kongruent i skatteretten og i civilretten, er det relevant at overveje, hvorvidt det konkret giver mening at formulere sådanne behov. Denne problemstilling har alene betydning i forhold til bedømmelsen af koordinationsbestemte kongruensbehov og derved alene retspolitisk betydning. Såfremt der er tale om forhold, der er væsensforskellige, kan det formentlig antages, at det savner meningssammenhæng at operere med et behov for kongruens. Selvsagt bør der være tale om forhold, der kan behandles kongruent, uden at der herved opstår nye og andre problemer. Det bør i denne sammenhæng kræves, at disciplinerne ikke er alt for forskellige²¹. Det skal herved afdækkes, om det overhovedet er meningsgivende at opstille et kongruensbehov i et vist omfang, eller om der reelt er tale om forhold, der ikke lader sig sammenligne. Det er ikke tilstrækkeligt til at statuere manglende meningssammenhæng, at der varetages forskellige hensyn i skatte- og civilretten. En sådan tilgang

21. Dette krav kan særligt tænkes relevant, når der er tale om skatterettens afsmittende virkning på civilretten. De behandlede problemstillinger skal her være af en sådan karakter, at det vil kunne være en fordel endsige overhovedet muligt at drage nogen slutninger fra den skatteretlige til den civilretlige retsstilling. Se for tilsvarende, men mere konkrete bemærkninger, *Aage Michelsen* i *Nye tendenser i skandinavisk selskabsret*, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 220. Også *Paul Krüger Andersen* anfører nogle betragtninger om problematikken i *Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 617, hvor det i relation til samspillet mellem skatteretten og generalklausulen i ASL § 80 anføres, at den selskabsretlige diskussion om den rette beskyttelse af minoriteter og kreditorer må søge sine egne præmisser og mål og ikke hægte sig på en i forhold hertil tilfældig skatteretlig praksis om fænomener, som i virkeligheden kun har begrebsmæssige ligheder med de selskabsretlige.

ville praktisk talt udelukke samtlige forekommende samspil fra videre analyse.

Det bør forudskikkes, at afhandlingen ikke er righoldig på eksempler, hvor en givent samspil mellem skatteret og civilret må behandles under hensyntagen til kravet om meningssammenhæng. Af denne årsag synes det berettiget at eksemplificere problemstillingen. En sådant eksempel synes således at bestå i de gjorte forsøg på at overføre og anvende *civilrettens betingelseslære* på skatterettens område²². Således kan det herom anføres, at en sådan eksercits nærmer sig begrebsjurisprudens. Det må anføres, at ét er, at parterne i aftaleretten kan bestemme, hvornår en aftale skal tillægges virkning, mens det er noget ganske andet i skatteretten at fastlægge, hvornår pengene så at sige er i kassen og kan beskattes. Baggrunden herfor anføres som det forhold, at civilretten på dette område er styret af partsautonomien, mens skatterettens formål er det nævnte og ganske andet spørgsmål om periodisering²³. Hermed er leveret et eksempel, hvor det formentlig ikke har den store værdi at opstille et kongruensbehov (eller et kongruenskrav for den sags skyld), idet der ganske enkelt ikke synes at bestå meningsammenhæng ved behandlingen af problemstillingen.

B) Civilretlig stillingtagen

Det må yderligere antages at spille ind, hvorledes (om overhovedet) civilretten forholder sig til den givne disposition, det berørte begreb eller omhandlede fænomen. Det fremkommer herved, hvorvidt der hersker klarhed i civilretlig henseende. Det må antages at bestyrke et krav om kongruens, eller et behov herfor, jo større klarhed og enty-

22. Jf. eksempelvis LV 2005 E.A. 3.1.2., *Michael Serup* i TfS 1991, 543, *Jan Pedersen* i R&R 1999 SM, s. 116 ff, *Nikolaj Vinther* i TfS 2000, 945 og samme i Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 70 ff, hvor synspunktet fra nævnte artikel dog nuanceres.

23. Jf. *Harald Hauge*: Realisationsprincippet som periodiseringsregel, 2001, s. 76 ff, hvor det anføres, at man må være forsigtig med uden videre at lægge sondringen mellem resolute og suspensive betingelser til grund for periodiseringen. Det anføres, s. 78, at sondringen har sit udspring i det tidligere syn på rettighedsovergang og først og fremmest beskriver retsvirkningerne af ensidige udsagn. Synspunktet var tidligere det, at samtlige beføjelser kunne overføres mellem parterne ved hjælp af formuleringer, ligesom man anså rettighedsovergangen for at ske en bloc. Det funktionelle rettighedsbegreb giver efter forfatterens opfattelse en mere realistisk beskrivelse. Efter en eksemplifikation af synspunktet konstateres det, s. 79, at den traditionelle sondring mellem suspensive og resolute betingelser ikke i sig selv kan være afgørende i skatteretten. I samme retning se *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, 2004, s. 430 f og *Inge Langhauge Jeppesen*: Skatteretlig periodisering, 2005, s. 143 ff (170).

dighed der hersker på civilrettens område. Såfremt det afdækkes, at der i civilretlig sammenhæng er tale om relationsbestemt stillingtagen, stilles der større krav til analysens nuanceringsgrad, og udsving bør oftere tolereres. Det nævnte tjener også til at fastslå, at det er en forudsætning for, at der overhovedet kan komme samspilsproblemer på tale, at den omhandlede analysegenstand eksisterer i civilretten og accepteres i civilretten og kan fastslås med en vis grad af sikkerhed.

2.1.3.4. *Hjemmelskrav?*

Det kan overvejes, om der af grundbetragtningen om kongruens mellem skatteret og civilret kan udledes et hjemmelkrav til skatteretlige fravigelser fra civilretten ved retsanvendelsen, hvorved modifikationen i afhandlingens første grundbetragtning i stedet bliver det absolutte udgangspunkt. Dette er ikke tilfældet. Udelukkende hvor der består et retskildebestemt kongruenskrav, findes der et hjemmelkrav vedrørende skatteretlige fravigelser fra civilretten.

I forbindelse en konstatering af civilrettens styrende funktion for skatteretten har visse forfattere opstillet et generelt hjemmelkrav til skatterettes løsrivelse fra civilretten, jf. herom i detaljer supra, § 2, afsnit 2.3.

Siden *Nikolaj Vinthers* artikel i TfS 2000, 945 har der været grund til at være opmærksom på den udlægning af forholdet mellem skatteret og civilret, at legalitetsprincippet skulle kunne medføre et generelt hjemmelskrav vedrørende skatteretlige fravigelser fra civilretten. Denne holding er siden med *Erik Werlauff* gentaget i TfS 2003, 705 og atter i afhandlingen *Civilrettens styring af skatteretten*²⁴. Det er nærliggende at sammenfatte disse synspunkter i ét synspunkt, nemlig at skatteretlige fravigelser fra civilretten kræver hjemmel²⁵.

Det er interessant at observere, at *Hans Henrik Bonde Eriksen & Kurt Hansen* udleder det modsatte budskab af legalitetsprincippet²⁶. Således anfører disse forfattere, at »... skatteretten bygger dog i sagens natur på eget hjemmelskrav og dermed egen kvalifikation af opregnede retsfakta i skattereglerne mv., jf. således grundlovens § 43 ...«.

Det er misvisende at søge legalitetsprincippets anvendelsesområde udstrakt til også generelt at løse spørgsmål om forholdet mellem skat-

24. Et tilsvarende synspunkt fremføres i TfS 2002, 89.

25. Jf. *Nikolaj Vinther* i TfS 2000, 945.

26. Jf. *Betalingskorrektur, omgørelse & skatteforbehold*, 2003, s. 45.

teret og civilret. At skatteopkrævning skal have hjemmel i lov, er der vist ingen der vil anfægte. Forfatterens tankegang synes at være, at beskatning kræver hjemmel, men at denne hjemmel alene eksisterer, hvis skatteretlige bestemmelser fortolkes i overensstemmelse med civilretten. Hvis legalitetsprincippet tillige kunne antages at løse alle vores samspilsproblemer skatte- og civilretten imellem, skulle man umiddelbart være tilfreds med en henvisning til dette således omnipotente princip.

De nævnte ytringer forekommer således for unuancerede, ligesom det ikke nærmere tilkendegives, hvilke situationer standpunkterne skal udstrækkes til at gælde for. At udlede et generelt hjemmelskrav af civilrettens præjudice (styring) kan ikke tilsluttes. Det skal undergives en konkret bedømmelse, om civilretten og dennes begrebsdannelser er lagt til grund i den konkrete situation.

Udledningen antager nærmest karakter af begrebsjurisprudens, idet der udledes retlige følger af selve konstateringen. Ét er, at der skal være hjemmel i skattelovgivningen til beskatning, jf. Grl. § 43. Er der således hjemmel til beskatningen, kan der formentlig ikke stilles yderligere hjemmelskrav i skatteretten, herunder til civilretskonformitet. Noget andet er, at der også skal være hjemmel til skatteretlig fravigelse fra andre skatteretlige hovedprincipper²⁷. Men et ganske andet og herfra afvigende spørgsmål er, om der tillige skal være hjemmel til at fravige civilretten.

Det er klart, at hvis der konkret er tale om en civilretlig styring af faktum eller retsfaktum i den konkrete situation vil det kræve skatteretlig hjemmel til at fravige dette ved retsanvendelsen. Problemet er dog, at det ikke er muligt at opstille et generelt krav herom uden hensynstagen til om der *konkret* er tale om en civilretlig styring.

Det er tillige klart, at en forankring i civilretten medfører mange fordele og ofte vil indgå som led i faktumbeskrivelsen i den konkrete situation. Imidlertid følger dette ikke af et generelt hjemmelskrav til eventuelle fravigelser, såfremt kongruens ikke er resultatet af almindelige retskildeprincipper. Dette følger af den almindelige retslære. Civilretten udgør ikke i denne forbindelse en universel retsnorm, ligesom det skal erindres, at skatteretten og civilretten bedst lader sig beskrive som ligeordnede og ligeværdige retsdiscipliner. Der skal hjemmel til at

27. Jf. Jan Pedersen: Transfer pricing – I international skatteretlig belysning, 1998, s. 10.

fravige en civilretlig lov i civilretlig henseende. Men da en skatteretlig fravigelse jo ikke nødvendigvis indebærer en civilretlig fravigelse støtter dette ikke hjemmelkravet. Videre kan det anføres, at det forhold at tale om et egentligt hjemmelskrav til en skatteretlig fravigelse fra civilretten, grundlæggende er det samme som at sige, at enhver pålæggelse af skat kræver lovhjemmel. Såfremt dette udsagn accepteres medfører det, at påstanden om eksistensen af et hjemmelskrav til ikke-civilretskonform fortolkning mv. bliver en indholdsløs cirkelslutning uden logisk indhold.

Som udgangspunkt anerkendes civilretlige dispositioner ved den skatteretlige retsanvendelse. Denne hovedregel modificeres imidlertid i betydeligt omfang. Som eksempel må fremhæves armslængdeprincippet, der netop drejer sig om at definere hvornår det skatteretligt er acceptabelt at fravige parternes aftale. Heri ligger implicit, at udgangspunktet er en accept af parternes aftaler mv. og at civilretlige aftaler mv. er retskraftige mellem parterne og i forhold til skatteligningen. Dette princip følger ikke af en almen gyldig offentligretlig retsnorm, men må siges at fremkomme som konsekvens af det forhold, at der typisk ikke kan tilvejebringes andet faktum til brug for den skatteretlige subsumption end, hvad der følger af den civilretligt fremkomne faktumbeskrivelse. Forholdet fremkommer ikke af en civilretlig grundsætning om at civilretligt gyldige dispositioner skal tillægges virkning i overensstemmelse med sit indhold hos tredjemand, herunder fiscus.

Denne afhandlings analyser kan meget vel føre til tilsvarende resultater, som gjaldt der et hjemmelkrav. I henhold til den her anvendte terminologi forudsætter et krav om kongruens, at et sådant kan baseres på retskilder. Såfremt der på et givet område kan konstateres et retskildebestemt kongruenskrav, kan der ligeledes opstilles et hjemmelskrav til fravigelser fra det således konstaterede civilretlige udgangspunkt, der er adopteret af skatteretten. Er et kongruensbehov derimod alene koordinationsbestemt kræves der ikke særskilt hjemmel til fravigelser fra civilretten. Hvis det skatteretlige udgangspunkt er det samme som civilrettens udgangspunkt (mens der altså ikke kan konstateres et krav om retskildebestemt kongruens), må der kræves hjemmel til at fravige skatterettens udgangspunkt. Dog har denne situation ikke noget at gøre med forholdet mellem skatteret og civilret.

Retspraksis giver heller ikke støtte for eksistensen af et generelt

hjemmelskrav²⁸. Ét er, at domstolene konkret finder, at skatteretten skal følge civilretten, hvilket oftest implicit kommer til udtryk. Noget andet er, om der heraf kan udledes nogle generelle normer om et hjemmelskrav til skatteretlige fravigelser fra civilretten. Kan der i overensstemmelse med afhandlingens terminologi konstateres et retskildebestemt kongruenskrav, er der derimod intet til hinder for at tale om et hjemmelskrav til eventuelle skatteretlige fravigelser. Noget sådant kan imidlertid ikke ophøjes til en *absolut hovedregel*, idet der skal foretages en *konkret bedømmelse* i alle tilfælde.

2.1.4. Nødvendige fravigelser – særlige skatteretlige hensyn

Heller ikke kongruens som følge konstaterede krav- eller behov kan eller bør opretholdes ubetinget. Særligt vægtige og saglige grunde bør således kunne medføre en fravigelse fra kongruenskrav eller -behov. De følgende overvejelser herom har betydning såvel for retsanvendelsen som for lovgivningsniveauet og vedrører såvel retsdogmatiske som retspolitiske analyser. En konstatering af afvigelser mellem skatteretten og civilretten de lege lata er uinteressante, hvis sådanne fravigelser følger direkte af lovgivningen. Dette billede ændrer sig imidlertid, når der anlægges en retspolitisk synsvinkel.

A priori må det lægges til grund, at det er nødvendigt, at skattesystemet har mulighed for at gardere sig mod de særlige *misbrugssituationer*. Også andre særlige skatteretlige og skattepolitiske forhold bør kunne bevirke en fravigelse fra kongruenskrav eller kongruensbehov. Der skal også her i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret afvejning af relevante hensyn. I flere tilfælde må der indrømmes skatteretten et vist råderum. Fravigelserne kan blandt andet siges at være begrundet i en skatteretsrelateret skepsis, ligesom der i vidt omfang kan siges at være tale om praktisk betingede fravigelser. Der skal dog i denne henseende tages højde for det forhold, at civilretten i flere henseender ikke er en fast størrelse²⁹.

Civilretlige begreber mv. kan være relationsbetingede. Dette forhold bør nødvendigvis indgå ved konfrontationen mellem skatteret og civil-

28. Jf. analysen supra kapitel 5, afsnit 1.2. i Del II.

29. Se herom eksempelvis *Harald Hauge*: Realisasjonsprincippet som periodiseringsregel, 2001, s. 37 ff, der anfører at det i privatretten kan være usikkert, hvad der faktisk gælder, ligesom det ikke er givet, at resultatet medfører den for skatteretten nødvendige præcision. Endelig anfører forfatteren muligheden for, at resultatet forekommer mindre tilfredsstillende, herunder, hvis der skabes en mulighed for skatteudnyttelse.

ret på et givent retsområde. I praksis kan forholdet indebære, at den konstaterede skatteretlige retstilstand ikke udgør en fravigelse fra civilretten. I sådanne situationer giver det selvsagt ikke mening at undersøge, om fravigelsesbegrundelserne forekommer legitime, samt hvilke implikationer fravigelsen medfører. Der er slet og ret ikke tale om nogen fravigelse, selvom en sådan fravigelse for en umiddelbar betragtning synes forekommende.

2.2. Formodningsregel: Civilretlig begrebsdannelse bliver afgørende, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale

Ovenstående tydeliggørelse af afhandlingens første grundbetragtning bør suppleres med et *pragmatisk udsagn* om, at civilrettens begrebsverden ofte vil blive lagt til grund i skatteretten, såfremt der ikke findes selvstændigt skatteretligt retskildemateriale på et givet område. Dette udsagn har alene retsdogmatisk betydning³⁰.

Ved anvendelsen af *enslydende begreber* i skatteretten og civilretten må det som udgangspunkt antages, at lovgiver har tænkt på det civilretlige begreb (eller anden retlig udformning) ved udformningen af skattelovgivningen, såfremt dette begreb eksisterede forud for vedtagelsen af den skatteretlige lovregel. Et sådant udsagn svarer til den herskende opfattelse i svensk og norsk ret. Udsagnet, der antager karakter af en formodningsregel, stemmer godt overens med afhandlingens øvrige grundbetragtninger, idet formodningsreglen er *afkræftelig*. Herved forstås, at civilretten udelukkende må antages at blive lagt til grund i sådanne situationer, hvor der ikke findes andet retskildemateriale. Det er samtidig en forudsætning, at der ikke findes skatteretlige hensyn eller reale hensyn, der taler mod at lægge civilretten til grund i det konkrete tilfælde. *Formodningsreglen indebærer således ikke et carte blanche til absolut civilretlig dominans* og er derfor heller ikke i modstrid med de øvrige synspunkter som præsenteres i afhandlingen. Samtidig står det klart, at formodningsreglen ikke løser alle samspil mellem skatteret og civilret. Reglen omhandler alene anvendelsen af civilretlig begrebsdannelse i skatteretten.

30. Mogens Munch har formuleret noget tilsvarende, jf. UfR 1982 B, s. 325, hvor det anføres: »... Det almindelige hovedprincip i skatteretten er, at hvor ikke særlige regler fører til et andet resultat, bygges på de rettighedsformer og retsvirkninger, som er opstillet i civilretten ...«.

Formodningsreglen er udslag af en *praktisk koordination* mellem skatteretten og civilretten. Det bør tilstræbes, at koordinationen ikke strækkes længere end de tilfælde, hvor der kan siges at bestå et behov for koordinationsbestemt kongruens.

Det juridiske afsæt tager formodningsreglen i den i dansk ret almindeligt antagne fortolkningsregel, hvorefter juridiske begreber anvendes i disses almindeligt anerkendte juridiske betydning, såfremt lovgivningen anvender sådanne begreber, og ikke andet fremgår af lovens bemærkninger³¹. Denne fortolkningsregel må antages at gælde generelt i dansk ret og vedrører således ikke kun forholdet mellem skatteret og civilret. Tillige må det anføres, at forholdet mellem skatteret og civilret ved anvendelse af denne regel ikke nødvendigvis vil føre til, at civilretten skal lægges til grund i skatteretten. Påvirkningen kan gå begge veje.

Hidtil har det ikke være muligt klart at påvise domspraksis, der støtter eksistensen af en sådan generel fortolkningsregel i gældende skatteret. Ét eksempel på fortolkningsmåden findes i UfR 1961, 109 H *Jørgen Stæhr*. Sagen omhandlede spørgsmålet om muligheden for fritagelse fra grundstigningsskyld i henhold til dagældende regler³². Heri fandtes der mulighed for fritagelse blandt andet under forudsætning af, at ejendommen havde været optaget til vurdering mindst to gange i ejerens ejerperiode. Skattemyndighederne regnede ejerperioden fra tidspunktet fra skødet tinglysning. Dette fandt støtte i finansministeriets bekendtgørelse nr. 375 af 1.9. 1950, afsnit E, 2. stk., punkt e. Skatteyderen anførte, at ejendommen måtte anses for erhvervet allerede ved slutsedlens underskrift og godkendelse, og at denne i hvert tilfælde måtte antages at være endelig ved overtagelse af ejendommen. Forarbejderne gav ikke støtte ved fortolkningen af den pådømte bestemmelse. Højesteret fandt, at en sædvanlig forståelse af ordet *erhvervelse* af en ejendom måtte føre til, at det ikke kunne være tinglysningen, der var afgørende. Dog foretager Højesteret den *reservation*, at der konkret ikke var påvist tvingende praktiske grunde til at fravige denne sædvanlige forståelse, herunder omgængeshensynet, men udelukker altså herved ikke, at eksistensen af sådanne kunne have medført et andet resultat.

31. Jf. herom eksempelvis *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsret Almindelige emner, 2004, s. 170.

32. Jf. § 19, stk. 1 a, i lov nr. 265 af 27.5. 1950.

Et andet eksempel fremgår af sagen i TfS 1984, 134 Ø *Dan Tiles ApS*. Sagen omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt et anpartsselskabs under konkurs var skattepligtigt. Herom bemærkede Landsretten, at »... Efter selskabsskattelovens § 5, stk. 1, jf. § 1, vedbliver et selskabs skattepligt indtil selskabet »opløses«. Dette udtryk må i mangel af modsatte holdepunkter forstås i overensstemmelse med bestemmelserne i selskabslovgivningen om »aktieselskabers opløsning« og de tilsvarende bestemmelser i anpartsselskabsskattelovens kapitel 14 ...«. Skattepligten måtte på denne baggrund efter Landsrettens opfattelse vedvare for et selskab under konkursbehandling og først ophøre, når selskabet i forbindelse med konkursens ophør endeligt opløses. Konkursboet var derfor konkret skattepligtigt.

Med dommen i TfS 2004, 542 H *Johnson Holding ApS*, er eksistensen af fortolkningsreglen nu bekræftet på skatterettens område. Dommen udgør samtidig fået et skoleeksempel fra Højesteret på anvendelse af fortolkningsreglen. Dette må antages at gælde også selvom dommen blev afgjort under dissens. Sagen omhandlede en fortolkning af LL § 8 J. Efter denne bestemmelse kan udgifter til advokat og revisor, der er afholdt i forbindelse med *etablering af en erhvervsvirksomhed* eller *udvidelse af en bestående erhvervsvirksomhed*, fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Denne bestemmelse var hidtil blevet fortolket snævert i administrativ praksis og en enkelt Landsretsdom³³. Herefter blev et selskabs besiddelse af aktier ikke anset som erhvervsvirksomhed i LL § 8 J's forstand. Med andre ord udgør en holdingfunktion ikke erhvervsmæssig virksomhed. Landsretten henså særligt til, at nok skal begreberne »etablering« og »udvidelse« fortolkes bredt efter Cirk. nr. 72 af 17.4. 1996, men at der ikke fandtes støtte for en tilsvarende bred fortolkning af udtrykket »erhvervsvirksomhed«³⁴. Det er denne praksis, som Højesteret tog stilling til.

Det afgørende spørgsmål var, hvorvidt der er grundlag for at fortol-

33. Jf. TfS 2001, 92 LSR, TfS 2001, 93 LSR og TfS 2002, 993 Ø *Johnson Holding ApS*.

34. Dette synspunkt er forsvaret af to af Landsskatterettens medarbejdere, *Jane Juul Kjær & Louise Lillebæk Johansen* i TfS 2001, 98 i tilknytning til TfS 2001, 92 LSR og TfS 2001, 93 LSR. Praksis er imidlertid mødt med kritik hos *Ole Bjørn* i SR-Skat 2001, s. 145 f og samme i SR-Skat 2002, s. 353 f, samt redaktionelt i SpO 2000, s. 386 f. Kritikken synes navnlig centeret om det forhold, at der efter opregningen i cirkulæret tillades fradrag i visse situationer, som ligger på kanten af, hvad en ordlydsfortolkning kan bære, ligesom den konkrete anerkendelse i administrativ praksis af fradrags for løbende udgifter til regnskabsmæssig assistance og revision. Se tillige kritisk *Kristian Nørskov Stridsen & Flemming Schoiler* i TfS 2001, 373.

ket begrebet »erhvervsdrivende« i skatteretlig henseende på en måde, der afviger fra selskabsrettens begrebsdannelse. Dette var temaet for Højesteret.

Johnson Holding ApS blev stiftet i 1997 ved en skattefri aktieombytning. Selskabet kom herved til at eje 100% af aktierne i et datterselskab. Holdingselskabet erhvervede en post obligationer i 1998. Af holdingselskabets regnskab fremgik, at selskabet aktivitet består i at eje aktier i datterselskabet. Holdingselskabets indtægter bestod af resultatet fra datterselskabet samt renteindtægter fra obligationer, indeståender og lån til datterselskabet. Holdingselskabet fratrak ved indkomstopgørelsen for 1997 udgifter til advokat og revisor vedrørende stiftelsen af holdingselskabet. For indkomståret 1998 fratrak selskabet udgifter til revisor og regnskabsassistance. Den kommunale skattemyndighed underkendte samtlige fradrag. Landsskatteretten indrømmede fradrag for udgifterne til revision og regnskabsassistance, jf. SL § 6 a, men fandt ikke at der var fradrag for stiftelsesomkostningerne i medfør af LL § 8 J. For Østre Landsret drejede sagen sig alene om stiftelsesomkostningerne. Som omtalt ovenfor fandt Landsretten ikke, at holdingaktiviteten kunne anses for at udgøre »erhvervsvirksomhed«, hvorfor der ikke var fradrag i medfør af LL § 8 J, jf. TfS 2002, 993 Ø.

Højesterets flertal (3 dommere ud af 5) tilsidesatte Landsrettens dom med følgende præmisser: *»... Ifølge aktieselskabslovens § 1, stk. 1 og anpartsselskabslovens § 1, stk. 1, skal aktie- og anpartsselskaber være erhvervsdrivende, og det er i selskabsretten anerkendt, at kravet herom er opfyldt også for så vidt angår selskaber, hvis virksomhed alene består i at besidde aktier eller anparter i et eller flere datterselskaber. Udgangspunktet må på denne baggrund være, at sådanne moderselskaber også anses for erhvervsdrivende ved anvendelsen af de skatteretlige regler.*

Da der hverken i ordlyden af ligningslovens § 8 J, i forarbejderne til bestemmelsen eller i oplysningerne om selskabets virksomhed er holdepunkter for et modsat resultat, må etableringen af Johnson Holding ApS herefter anses for en etablering af en erhvervsvirksomhed, således at selskabet i medfør af bestemmelsen kan fradrage udgifter til advokat og revisor afholdt i forbindelse med etableringen. Dette resultat er også bedst stemmende med skattemyndighedernes anerkendelse af, at selskabet i medfør af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra a, har fradragsret for de løbende udgifter til revision og regnskabsassistance ...«. Mindretallet kunne af de samme grunde som Landsretten ikke tiltræde dette resultat.

Som nævnt må denne dom ses som et yderst klart eksempel på anvendelse af den omhandlede fortolkningsregel³⁵.

Der består ikke nogen modstrid mellem koordinationstankegangen og fortolkningsreglen. En sådan modstrid vil udelukkende fremkomme i det omfang domstolene insisterer på at gennemføre civilretskonforme fortolkninger, selvom der ikke i henhold til koordinationstankegangen kan påvises rationelle begrundelser herfor med udgangspunkt i et konstateret koordinationsbestemt kongruensbehov eller retskildebestemt kongruenskrav. Sidstnævnte ses netop i TfS 2004, 542 H.

På det foreliggende grundlag er det ikke muligt at afklare, hvad der nærmere ligger i udsagnet om en »almindelig anerkendt juridisk betydning«. Spørgsmålet er, om en sådan almindelig anerkendt juridisk betydning etableres, såfremt der på ét område indenfor civilretten opereres med en bestemt forståelse af et begreb, eller om det skal mere til. Dommen i TfS 2004, 542 H *Johnson Holding ApS* synes at give støtte for et standpunkt om, at en *almindelig anerkendt juridisk betydning* etableres, såfremt der på ét område indenfor civilretten opereres med en bestemt forståelse af et begreb. I sagen var det klart, at begrebet skulle afklares for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber. Trods præmissernes klarhed er det omgærdet af usikkerhed, hvor megen støtte for en afvigende forståelse af begrebet »erhvervsvirksomhed«, der skal konkret skal være til stede, før der er retskildemæssigt belæg for en fravigelse i begrebsindhold mellem skatte- og selskabsretten.

2.3. Udstrækningen af relationslærens forklaringsværdi?

Det er almindeligt antaget, at flere juridiske begreber og konstruktioner må opfattes som fremstillingstekniske hjælpemidler³⁶. Løsningen af

35. Det kan derimod ikke tiltrædes når *Anders Bjørn* i R&R 2004 SM, s. 236 ff (s. 239), vil tillægge dommen generel betydning for forholdet mellem skatteret og civilret. Det anføres, at »... Det kan i hvert tilfælde ikke udelukkes, at Højesteret med den nævnte formulering har tilsigtet at understrege, at det skatteretlige begrebsapparat ikke umiddelbart lader sig frigøre fra det civilretlige udgangspunkt, når der ikke er et særligt grundlag herfor ...«. Se også *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* i UfR 2004 B, s. 298 ff og *Ole Bjørn* i SR-Skat 2005, s. 258 ff, men modsat *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 671 og tilbageholdende redaktionelt i SpO 2004, s. 393. Dommen vedrører netop aktieselskabsbegrebet, hvor der faktisk kan konstateres et retskildebestemt kongruenskrav, jf. Del IV, kapitel 18, § 7, afsnit 7.4.

36. Jf. *Alf Ross*: Om ret og retfærdighed, 1966, s. 206 ff, om rettighedsbegrebet, og samme med *Tü-Tü* i Festskrift til Henry Ussing, 1951, s. 468 ff. Ross' udledninger herom videreudvikler de tidligere diskussioner, der udspandt sig mellem *Per Olof Ekelöf* og

konkrete retskonflikter kan ikke deduceres fra sådanne begreber³⁷. Det er ligeledes almindeligt kendt, at indholdet af juridiske begreber kan variere, alt efter hvilken sammenhæng begrebet forekommer i. Sidstnævnte forhold udgør den såkaldte »relationslære«, »teorien om retsbegrebers relativitet«³⁸ eller »teorien om retsbegrebers funktionalitet«³⁹. I dansk ret bemærkede allerede *Carl Torp*, at det kunne være uheldigt at operere med for faste begreber, idet man kunne komme til at fastlægge begrebet for snævert eller for vidt⁴⁰. *Torp* opstillede sin såkaldte relationslære, hvorefter det vigtigste var, om det man i forskellige relationer kaldte »besiddelse«, var det samme⁴¹. Således måtte besiddelsesbegrebet særskilt bestemmes i hver enkelt relation, hvor det havde retlig betydning. Sådanne begreber kendes også som »Zweckbegriffe« (formålsbegreber eller funktionsbestemte begreber), hvilke indebærer, at indholdet heraf bestemmes af de sammenhænge, hvori begrebet skal anvendes. Forholdet kan også anskues som udtryk for sondringen mellem *statiske* begrebsapparater og de *funktionelle* ditto, hvor begrebet udformes i vekselvirkning med de konkrete spørgsmål⁴².

Der findes ikke nogen udtømmende opregning over juridiske relationsbegreber, men som eksempler kan fremhæves koncernbegrebet, ejendomsretsbegrebet, realisationsbegrebet og gavebegrebet. Det skal bemærkes, at der også i skatteretten gøres brug af relationsbegreber,

Ivar Strahl, jf. herved *Per Olof Ekelöf* i TfR 1945, s. 211 ff (s. 242 f), *Ivar Strahl* i TfR 1946, s. 204 ff, *Per Olof Ekelöf* i TfR 1946, s. 309 ff, *Ivar Strahl* i TfR 1947, s. 481 ff og *Per Olof Ekelöf* i Svensk Juristtidnings Festskrift för Birger Ekeberg, 1950, s. 151 ff. Om begreberne »skøn og retsanvendelse« se *Ole Krarup*: Øvrigmyndighedens grænser, 1969, s. 13 f og om det juridiske personlighedsbegreb *Ernst Andersen*: Personret, 1966, s. 76 ff.

37. Derimod er der intet til hinder for at benytte begreberne som samlebegreber.

38. Smh. fra tysk ret teorien om »Relativität der Rechtsbegriffe«, jf. *K. Englich*: Einführung in das juristische Denken, 1983, s. 78 og s. 156 ff, der antager at der består en »Uneinheitlichkeit der Terminologie«.

39. Denne lære er et udslag af realistisk retsteori, og står i vidt omfang i modstrid til begrebsjurisprudens. Begrebsjurisprudens indebærer, at et begreb, som er opstillet for at tjene som bestanddel af en bestemt regel, overføres til andre retsregler, måske helt andre retsområder, uagtet begrebet ikke er tilpasset efter disse andre reglers eller retsområdets behov, jf. *Bernhard Gomard* i Festskrift til O. A. Borum, E. A. Abitz m.fl. (red.), 1964, s. 155. Sidstnævnte anfører, at kritikløs brug af uegnede begreber selvsagt er af det onde, men at bekæmpelse af dette onde ved brug af relationsbegreber, fører andre ulemper med sig, herunder særligt fortolkningstvív.

40. Jf. *Carl Torp*: Besiddelsen og dens Betydning i retlig henseende, 1884, s. 3 ff, citeret efter *Jens Feilberg Jørgensen*: Omgåelse af retsregler, 1966, s. 14 f.

41. Op.cit., s. 5 og s. 7.

42. Jf. *Jens Feilberg Jørgensen*: Omgåelse af retsregler, 1966, s. 15.

der således intradisciplinært skal opfattes forskelligt fra situation til situation. En sådan skatteretlig begrebsanvendelse kan stå i forbindelse med en tilsvarende civilretlig funktionel begrebsanvendelse, dog uden at dette nødvendigvis generelt vil være tilfældet⁴³.

Relationslæren står i modsætning til tidligere tiders begrebsjurisprudens. Herefter blev juridiske begreber opfattet som *almenbegreber*⁴⁴, hvorfra man mente at kunne løse konkrete retskonflikter ved logisk deduktion. I erkendelse af, at begreberne ifølge sprogets natur har et ubestemt indhold, er de retlige begreber i stedet blevet beskrevet som *typebegreber*, hvormed angives, at begreberne ikke har et på forhånd bestemt indhold, men kun et typisk indhold eller om man vil et kerneindhold⁴⁵. Usikkerheden stiger, jo længere man kommer bort fra denne kerne.

43. Det kunne hævdes, at tilstedeværelsen af funktionsbestemte begreber har været medvirkende årsag til eksistensen af en realistisk og helhedsorienteret fortolkningsmetode i skatteretten. Synspunktet skal dog ikke forfølges yderligere.

44. Dvs. begreber som man ved abstrakt tænkning havde givet et bestemt indhold.

45. Jf. herom i skandinavisk ret *Stig Jørgensen* i Nordisk Gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm, 1969, Knut S. Selmer (red.), s. 143 ff (s. 161 f), hvor det i overensstemmelse med sprogteorien anføres, at sproget har en åben struktur, hvorved begreberne ikke har et forud angivet bestemt indhold. Som følge heraf kan sproget anvendes også på fremtidige, ikke tidligere forudsete situationer. Se opsummerende om disse strømninger *Aage Michelsen* i R&R 1973, s. 283 ff. Det bør anføres, at typebegrebet ikke udspringer af retsvidenskaben, men har sin oprindelse i biologiske og psykologiske videnskaber i slutningen af det. 19. århundrede. I tysk ret benævner *Klaus Tipke* sådanne begreber som »Typusbegriffe«, jf. Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1235, hvor forskellige typer af forekommende retlige begreber omtales. Således eksisterer ud over typebegreberne, »Wertauffüllungbedürftigen« eller normative begreber, hvorved forstås begreber der kræver værdibaserede afgørelser ud fra etiske, moralske eller æstetiske overvejelser samt empiriske eller deskriptive begreber. Om typebegreber udtales følgende: »... Im Gegensatz zum abstrakten Begriff ist der Typus offen. Die ihn repräsentierenden Merkmale brauchen im Einzelfall nicht sämtlich vorzuliegen. Der Typus ist nicht im strengen Sinne definiert. Von den Merkmalen, die insgesamt als typisch, als für den Typus charakteristisch angesehen werden, kann im Einzelfall das eine oder andere Merkmal fehlen oder von minderer Bedeutung sein, ohne daß dadurch die Zugehörigkeit zum Typus in Frage gestellt zu sein braucht. Ein abstrakter Begriff wird definiert durch die erschöpfende Aufzählung sämtlicher unabdingbarer Merkmale. Unter diese Merkmale wird subsumiert. Dem Typus hingegen wird die Einzelercheidung nicht subsumiert, sondern zugeordnet, und zwar dadurch, daß sie als ihm mehr oder weniger entsprechend erkannt wird. Die Abstufbarkeit ist ein wesentliches Merkmal des Typus. Anders als beim abstrakten Begriff sind die Grenzen des Typus fließend, es geht Übergangsformen. Entscheidend ist das Gesamtbild. Bei den abstrakten Begriffen stellt sich die Subsumtionsfrage so, daß es nur ein Ja oder Nein gibt. Im Bereich der Typen haben wir es hingegen mit verschwommenen Grenzen und fließenden Übergängen zu tun; daher gibt es eine Zugehörigkeit »bis zu einem gewissen Grade«. Was die Merkmale des Typus ausmacht, kann durch repräsentative Beispiele exemplifiziert oder veranschaulicht werden. Solche Beispiele können als repräsentativer Typus den Maßstab. das

Det skitserede tankegods har spillet en betydelig rolle i skandinavisk skatteretlig teori. Således indtager relationslæren en tungtvejende plads hos *Sture Bergström* i dennes doktorafhandling⁴⁶. *Bergström* tager afstand fra tidligere forfatteres udgangspunkt om, at civilretlige begreber har et entydigt og hævdvundet indhold i civilretten⁴⁷. I stedet konkluderes det, at der findes (mange) civilretlige termer, som har et varierende indhold i forskellige civilretlige sammenhænge, med henblik på at lade begrebsdannelsen blive funktionelt tilpasset efter de forskellige reglers formål⁴⁸. Forfatteren finder støtte for sin konklusion i den svenske juridiske litteratur⁴⁹. Dog anerkendes det, at der fortsat eksisterer mange begreber, der har et entydigt og ensartet indhold i civilretlig henseende. Med udgangspunkt i hensynet til retssikkerhed og herunder forudsebarhed, opstiller *Bergström* i stedet et krav om, at civilretlige termer i skatteretten skal anvendes i overensstemmelse med deres »almindelige civilretlige indhold«, som også kan udtrykkes som begrebernes kerneindhold. Af denne årsag kan det nærmere indhold af civilretlige termer i skatteretten variere inden for visse grænser efter samme principper som i civilretten⁵⁰. Forfatteren finder ikke, at hensynet til forudsebarhed i skatteretten bør eller kan ændre ved dette. *Bergströms* antagelser indebærer, at skattemyndighederne kan anvende civilretlige

Muster oder Modell deutlich werden lassen, an dem der Vergleich oder die Ähnlichkeitsprüfung zu orientieren ist. Vielfach geht das typologische Denken dem abstrakten begrifflichen Denken – als Vorstufe – voraus. überall dort, wo es in besonderem Maße um Rechtssicherheit und Berechenbarkeit geht, sollte der Gesetzgeber den offenen Typus baldmöglichst durch einen abstrakten Begriff zu ersetzen versuchen ...».

46. Skatter och civilrätt – En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang, 1978. Se nærmere om forfatterens udledninger infra Del III, kapitel 13, § 2, afsnit 2.2. Se også *Harald Hauge*: Realisasjonsprincippet som periodiseringsregel, 2001, s. 39 ff om anvendelsen af relationsbestemte begrebet i norsk ret. Forfatteren fremhæver flere eksempler herpå og stiller det relevante spørgsmål, hvilke faktorer der kan påvirke relativiteten. Hertil fremhæves særligt tre forhold: (1) om begrebet anvendt i skattelovgivningen er ment som en henvisning til civilrettens begrebsdannelse. Er dette tilfældet, indskrænkes området for begrebets relativitet selv sagt. (2) Spørgsmålet, om hvor udviklet lovtekstens udtryk er, samt (3) hensyntagen til legalitetsprincippet.
47. Op.cit., s. 76 ff.
48. Op.cit., s. 80 f.
49. Jf. *Sven Olof Lodin*: Koncernbeskatning i USA, 1973 om koncernbegrebet, *B. Bengtsson* i SvJT 1962, s. 689 ff om gavebegrebet i civilretten, *A. Adlercreutz*: Arbejdstagerbegrebet. Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt, 1964, om arbejdstagerbegrebet, og endelig til *H. Hessler*: Om stiftelser. Studier över stiftelsesinstitutet i svensk rätt, 1952, om stiftelsesbegrebet.
50. Jf. *Sture Bergström*: Skatter och civilrätt, 1978, s. 81.

termer i skatteretten på en formålsorienteret vis, hvorved der nærmest af sig selv opstår muligheder for at imødegå skatteudnyttelse. Således er det unødvendigt at operere med særlige principper til imødegåelse af omgåelse mv., idet man kan lade de civilretlige termer, som forekommer som retsfaktum, have varierende betydning i forskellige situationer, hvorved den omgåede regel kan omfatte det aktuelle omgængelsesforsøg⁵¹. Tanken er dog ikke, at termernes indhold skal variere skønsmæssigt indenfor skatteretten med støtte i mere eller mindre løst antagne skatteretlige formål og målsætninger. I stedet skal man bedømme den aktuelle situation, efter samme principper som anvendes i civilretten, hvilket indebærer, at termens indhold kan tillades at variere indenfor visse rammer, for at kunne tilgodese de forskellige reglers varierende formål⁵². Konklusionerne ligger endvidere til grund for den generelle forkastelse af den i nutiden herskende opfattelse i tysk ret, idet det anføres, at denne tankegang om hensynet til civilrettens »ordningsfunktion«, fejlagtigt bygger på en forudsætning om, at civilretlige begreber har et entydigt indhold⁵³.

Konklusionerne fra svensk ret er overført til dansk ret af *Jan Pedersen*⁵⁴. Forfatteren anfører, at det formentlig netop er anvendelsen af funktionelle begreber i nordisk ret, der udgør begrundelsen for, at en grundsætning om »die Wirtschaftliche betrachtungsweise« ikke har fundet fodfæste. Herved har modstriden mellem skatteret og civilret ikke været så iøjnefaldende, og i det omfang en sådan alligevel er opstået, er problemerne i vidt omfang løst ad lovgivningsvejen eller ved fortolkning. *Jan Pedersen* konkluderer, at der ikke er baggrund for at opfatte visse problemer vedrørende visse begreber som udtryk for spørgsmålet om skatterettens frigørelse fra civilretten⁵⁵. Det anføres, at der snarere foreligger en simpel fortolkning af det skatteretlige begreb med udgangspunkt i en funktionel forståelse af dette. Dog findes det, at der fortsat er levnet rum til den skatteretlige realitetsgrundsætning, idet der

51. Op.cit., s. 83. Dog anføres det s. 90, at man skal tillægge det økonomiske indhold af retshandler stor betydning ved anvendelse af retsregler. Dette sker med henblik på at foretage en afvejning af de hensyn der taler for at anvende en civilretlig term i overensstemmelse med dennes almindelige civilretlige betydning mod andre fortolkningsdata, herunder altså transaktionens økonomiske indhold.

52. Op.cit., s. 87.

53. Jf. *Skatter och civilrätt*, 1978, s. 89.

54. Jf. *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 247 ff. Se nu også teorien anvendt hos *Nikolaj Vinther* i *UfR* 2003 B, s. 180 f og samme *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 21 ff.

55. Jf. *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 251.

antages at være begrænsninger i begrebernes funktionelle indhold, således at der i visse situationer kan foretages selvstændige skatteretlige vurderinger⁵⁶. Forfatteren henviser i denne henseende til den omstændighed, at der i visse situationer kan siges at bestå særlige skatteretlige begreber, herunder et ejendomsbegreb og et virksomhedsbegreb. Det synes herved forudsat, at den således foretagne skatteretlige kvalifikation indebærer, at begrebernes civilretlige kernerekvisitter ikke er iagttaget.

Spørgsmålet er herefter, hvor langt relationslærens forklaringsværdi generelt kan udstrækkes som forklaringsfaktor i forholdet mellem skatteret og civilret i dansk ret. Teorien har selvsagt ikke betydning i de tilfælde, hvor der ikke er tale om funktionelle begreber, typebegreber el.lign. Endvidere har teorien ikke betydning for andre samspilsproblemer end skatteretlig anvendelse af civilretlige begreber. Teorien bidrager ej heller til den samlede forståelse i sådanne tilfælde, hvor skatteretten helt løsriver sig fra civilretten. Derimod kan teorien benyttes til på nuanceret vis at konstatere, hvorvidt der i konkrete situationer overhovedet foreligger en fravigelse mellem skatteret og civilret. Således kan tilstedeværelsen af funktionelle begreber medføre, at der i konkret forekommende samspil mellem skatteret og civilret ikke er tale om en afvigelse mellem disciplinerne, men derimod blot er tale om en skatteretlig begrebsanvendelse, der ligger inden for rammer af begrebets civilretlige kerneindhold⁵⁷.

56. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 253 ff.

57. *Nikolaj Vinther* sonder i *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 21 ff mellem funktionsbestemte begrebet og relativbegreber. Førstnævnte tillægges det indhold, at det samme begreb kan tjene forskellige formål og derfor nødvendigvis må formuleres i overensstemmelse hermed. Relativbegreber defineres som begreber, hvor det retsfaktum, der skal foreligge, for at der indtræder en retsfølge, er afhængigt af, hvilken relation der er under vurdering. Det er vanskeligt at se nogen realitetsforskel på de præsenterede begreber. Om de tilfælde, *hvor et civilretligt begreb er funktionsbestemt* konkluderes det, at den skatteretlige opgave består i enten at udfinde begrebets kerneindhold og/eller fællesmængde og supplere dette med en særlig skatteretlig komplementarmængde eller at udfinde det bedst egne civilretlige begreb, jf. *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 416. At synspunktet er rigtigt dokumenteres ikke nærmere. Konstateringens første led kan jeg tilslutte mig, men sidste led ses der ikke at være tungtvejende hensyn til støtte for. Udgør begrebet et funktionsbegreb er der vel intet til hinder for at begrebet anvendes i en særlig skatteretlig udformning. Det anføres videre, at det er svært at definere komplementarmængden og give retningslinier for dennes fastlæggelse, men at udgangspunktet må være, at dette skal ske ud fra et hensyn til skattesystemet henholdsvis *fiscus'* tredjemandspostion, jf. *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 416. Forfatteren anerkender, at skatteretten kan anvende sin egen

Der må sondres mellem de tilfælde, hvor der indgår civilretlige relationsbegreber i skatteretten og de situationer, hvor begreberne ikke som sådan udspringer fra civilretten. Førstnævnte tilfælde følger de allerede angivne retningslinier. For sidstnævnte må det imidlertid gælde, at der ikke er tale om et samspil mellem skatteret og civilret. Begreberne må i disse situationer formentlig også fortolkes ensartet indenfor rammerne af en vis fælles begrebskerne. Der er dog ikke tale om, at der skal fortolkes inden for begrebets civilretlige kerneindhold.

Teorien berører ikke spørgsmålet om, hvorvidt der generelt eller konkret eksisterer et behov for eller et krav på en kongruent retstilstand. Sådanne spørgsmål må derfor løses efter andre retningslinier⁵⁸. Det forholder sig herefter ikke således, at eksistensen af funktionelle begreber nedtoner behovet for kongruensanalyser, ligesom udgangspunktet meget vel kan være en antagelse om civilrettens styrende funktion eller skatterettens autonomi.

Der er efter min vurdering ikke grundlag for generelt at forkaste tysk og schweizisk teori vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret med henvisning til, at denne tilsyneladende overser eksistensen af funktionelle juridiske begreber. En sådan kritik tager ikke højde for, at tysk teori generelt forholder sig til forholdet mellem skatteret og civilret, og altså ikke udelukkende behandler spørgsmålet vedrørende anvendelsen af civilretlige begreber i skattelovgivningen. Relationslæren udgør derfor formentlig ikke en hindring for at opfatte forholdet mellem skatteret og civilret i overensstemmelse med nyere tysk og schweizisk teori og praksis⁵⁹.

På denne baggrund må det *konstateres*, at relationslæren ikke udgør en generel forklaring på alle forekommende retlige problemer i forbindelse med samspillet mellem skatteret og civilret. Teorien bidrager på dette område alene til at afdække, hvorvidt der faktisk er tale om tale om skatteretlige fravigelser fra civilretten, eller om den afvigende be-

kvalifikation af fænomener, hvis civilretten ikke anvender en gennemgående kvalifikation heraf, op.cit., s. 22. Dog kan funktionsbestemte begreber efter forfatterens opfattelse ikke anvendes i flæng til vilkårligt at tilsidesætte en entydig civilretlig begrebsdannelse.

58. Jf. supra om afhandlingens første hypotese og infra om de specielle udslag heraf.

59. Harald Herz sidestiller i Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommenbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 37, nyere tendenser i tysk teori om disciplinernes forskellige teleologi, med teorien om »Relativität der Rechtsbegriffe«, for så vidt angår den del af problemstillingen der vedrører anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretten.

grebsanvendelse kan holdes inden for begrebernes kernehold, og dermed reelt ikke udgør en fravigelse. Det må herved medgives, at den tankegang, der kommer til udtryk i relationslæren, kan eliminere visse samspilsproblemer mellem skatteret og civilret i det omfang det konkret konstateres, at der ikke har fundet en skatteretlig fravigelse fra civilretten sted.

Der er på dette grundlag ikke anledning til at mene, at der i foreliggende afhandling ikke drages den fulde konsekvens af relationslæren. Denne lære kan således ikke udstrækkes længere end til at sikre harmonisk sameksisten mellem skatte- og civilretten på de områder, hvor der faktisk er tale om anvendelse af relationsbegreber i skatte- og civilretten. Teorien spiller selvsagt ingen rolle uden for dette samspil. Afhandlingens grundsynspunkt er således fuldstændig på linie med relationslæren, men budskabet fra relationslære indgår blot som en del af den samlede teori til vurdering af forholdet mellem skatteret og civilret, der lægges frem i afhandlingen.

I det følgende afsnit skal afhandlingens anden grundbetragtning præsenteres. Denne del af de samlede grundbetragtninger indebærer en analyse af de retstekniske aspekter vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret.

§ 3 Anden grundbetragtning: Retstekniske aspekter

3.1. Generelt

I dette kapitel præsenteres afhandlingens anden grundbetragtning, som vedrører de retstekniske aspekter af forholdet mellem skatteret og civilret. Grundbetragtningen knytter sig tæt til ovenstående første grundbetragtning og skal ses som en tydeliggørelse af de mere tekniske aspekter af denne og behandler ligesom første grundbetragtning tillige retsdogmatiske og retspolitiske forhold. I denne forbindelse er afhandlingens anden grundbetragtning udformet med henblik på at opfylde et krav om at være anvendelsesorienteret ved den følgende konfrontation mellem grundbetragtningerne og faktiske forekommende samspil mellem skatteret og civilret. Af samme årsag forsøges der opstillet en evalueringsmodel til brug for den konkrete analyse af forholdet mellem skatteret og civilret. Gennem evalueringsmodellen konfronteres grund-

betragtningernes udsagn efterfølgende med konkrete retsforhold i Del IV.

Denne anden grundbetragtning falder i to led. (1) Som det første led heri redegøres for, hvilke forskellige typer af samspil mellem skatteret og civilret der kan forekomme, dog uden at der herved i kapitlet tages stilling til disses praktiske og teoretiske legitimitet. Det skal samtidig bemærkes, at der ikke er tilsigtet en udtømmende opregning af de mulige samspil. (2) Dette efterfølges af et forsøg på at formulere et katalog over mulige begrundelser for at der i skatteretten foretages fravigelser fra civilretten.

Endelig opsummeres udledningerne i en evalueringsmodel, der forener afhandlingens første og anden grundbetragtning i et generelt anvendeligt analyseapparat til brug for vurderingen af forholdet mellem skatteret og civilret. Denne evalueringsmodel beskriver blot analyseprocessen, men siger ikke noget i sig selv om forholdet mellem skatteret og civilret. Afhandlingens grundbetragtninger konfronteres herefter som nævnt i Del IV med retlige problemstillinger vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret.

Den anden grundbetragtning og afhandlingens evalueringsmodel er udslag af afhandlingens grundideologi om koordination, som præsenteret ovenfor i forbindelse med den første grundbetragtning.

3.2. Opståelsesmuligheder – forskellige typer af samspil mellem skatteret og civilret

3.2.1. Alment

Som det første led i afhandlingens anden grundbetragtning redegøres for, hvilke opståelsesmuligheder der kan identificeres vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret. Målsætningen med denne inddeling er at fremskaffe et analyseapparat til brug for den videre fremstilling, hvormed det er muligt at systematisere analyserne, idet det herved lægges til grund, at den hidtidige anskuelse af samspillet mellem skatteret og civilret har været grebet for snævert an. Det er meget muligt, at der findes samspil mellem skatteret og civilret, der ikke er medtaget i denne sammenhæng. Der kan eksempelvis udsondres en selvstændig kategori, der vedrører internationale spørgsmål. Sådanne spørgsmål er dog så vidt muligt indarbejdet i afhandlingens øvrige kategorier. De nedenfor nævnte opståelsesmuligheder lægges ligeledes til grund for den følgende evalueringsmodel. Dog skal det fremhæves, at ikke alle de

typiske opståelsesmuligheder udgør et sådant konkret samspil, der nødvendigvis kan bedømmes efter evalueringsmodellen. Af denne årsag indeholder evalueringsmodellen en *censureringsforanstaltning*, der blandt andet skal frasortere sådanne konkrete samspil. Dette betyder dog ikke, at et frasorteret samspil ikke er interessant, og at det dermed ikke vil blive undersøgt, blot gælder det, at evalueringsmodellens anvendelsesområde er begrænset i disse situationer.

For en apriorisk betragtning kan der udsondres mindst *syv forskellige* men overlappende relevante delproblemer vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret⁶⁰. Det ses herved, at afhandlingens fokus er bredere end den traditionelle anskuelse i skandinavisk teori. Disse delproblemer findes yderligere på to niveauer, nemlig ved: udformningen af lovgivningen og retsanvendelsen. Hertil kommer andre beslægtede samspilsproblemer. Som en yderst relevant eksempel herpå er den skatteretlige stillingstagen til civilretligt ugyldige retsforhold, uvirksomhed og misligholdelse⁶¹. Disse problemstillinger behandles ikke nærmere i afhandlingen⁶².

-
60. Det skal bemærkes, at der ikke generelt er enighed om antallet og indholdet af de enkelte opståelsesmuligheder i international sammenhæng. Forskellige forfattere i forskellige lande finder således at der er forskellige problemer og et forskelligt antal, jf. *Frederik Zimmer*: Lærebok i skatterett, 2002, 43, *Ernst Höhn & Robert Waldburger*: Steuerrecht, Band I, 1997, s. 161 ff, *Wolfgang Schön*: Die Auslegung europäischen Steuerrechts. 1993, s. 17 ff, *Harm Peter Westermann* i festskrift til Goerdeler, Hans Havermann (red.), 1987, s. 697 ff og *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 46 f. Der ses i fremstillingsteknisk øjemed indarbejdet en vis systematik i inddelingen af forekommende samspilsproblemer hos *Walter Maier & Jürgen Schmitt*: Bürgerliches Recht und Steuerrecht, 2001, s. 4 ff.
61. Jf. eksempelvis *Sture Bergström*: Ugiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synvinkel, 1984 og sammes rapport ved det 31. nordiske juristmøde, 1987, s. 94 ff. Debatten herom er gengivet på s. 193 ff, herunder en behandling af dansk ret ved *Jesper Lett*, s. 207 ff.
62. Se *Aage Michelsen* i Dansk privatret, 2003, s. 108, om uvirksomhed og ugyldighed, *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, 2004, s. 416 ff, og LV 2005 E.J.2.1.2. *Om uvirksomme aftaler* anføres det, at sådanne i skatteretlig henseende anses for ikke-indgået (en nullitet), med mindre betingelsen udelukkende er undergivet parternes rådighed. Se eksempelvis LSRM 1979, 39 LSR. I så fald anføres det, at tilbagegang af en delvis opfyldt aftale kan blive anset for indgåelse af en ny aftale forbundet med nye skatteretlige retsvirkninger. Det bemærkes dog, at problemerne ikke er reguleret i særskilt lovgivning, men alene er søgt løst i en ikke altid konsekvent administrativ praksis. I tilfælde af *ugyldighed*, hvor en af parterne påberåber sig denne og der sker tilbagelevering af det modtagne, konstaterer forfatterne, at aftalen i skattemæssig henseende ikke anses for gennemført. Hvor derimod aftalen gennemføres uanset den civilretlige ugyldighed konstateres at aftalen i så fald også i skatteretlig henseende bliver anset for gennemført. Ugyldighed kan gøres gældende af skattemyndighederne således, at givne dispositioner allerede af denne grund kan tilsidesættes i skatteretlig henseende, jf. *Aage Michelsen* i R&R 2001

3.2.2. Civilrettens betydning ved frembringelsen af det skatteretlige faktum – anerkendelsesspørgsmål og fravigelse af kontraktfriheden

Skatteretlig »fact finding« er et spørgsmål om afdækning økonomiske omstændigheder. Dette sker typisk ved anvendelse af civilrettens kvalifikation af de relevante omstændigheder. Herved antager faktumudfindelsen ikke alene karakter af en bevismæssig bedømmelse. Idet denne metode anvendes i dansk skatteret, er det et relevant spørgsmål, om skatteretten og civilretten herved skal opfattes ens. Det er den praktiske hovedregel, at *civilretten er styrende* for, hvilket faktum der skal lægges til grund for skatteretten⁶³. En samspilskategori vedrører derfor det særlige spørgsmål om den skatteretlige anerkendelse af det civilretligt frembragte faktum. Dette er i vidt omfang et spørgsmål om skatteretlig fravigelse eller accept af kontraktfrihedens udfald. Noget sådant kan forekomme såvel gennem skattelovgivningen som gennem retsanvendelsen.

Der lægges i afhandlingen en traditionel opfattelse af sontringen mellem jus og faktum til grund⁶⁴. Sædvanligvis beskrives forholdet

SM 264 ff, med omtale af praksis (TfS 1997, 184 LSR og TfS 2000, 955 V) om rette indkomstmodtager, hvor civilretlig uvirksomhed eller ugyldighed i sig selv kan diktere beskatningsresultatet. For så vidt angår *misligholdelse* findes der flere bidrag herom, jf. *Aage Michelsen* i Dansk privatret, 2003, s. 289 ff, *Jan Pedersen* loc.cit., *W. Storm* i R&R 1979, s. 166 ff (om annulation), *Bent Colding & Peter Dyhr*: Lov om særlig indkomstskat, 1966, s. 302 ff, samt LV 2005 E.J.2.1.2. Retsstillingen er den, at der i skatteretlig henseende ikke vil blive bortset fra en aftale, såfremt genstanden er overgivet. Dette gælder hævelse som følge af forsinkelse og væsentlige faktiske og retlige mangler, dog med en vis vaklen i administrativ praksis vedrørende oprindelige mangler. En tilbagelevering vil derfor i skatteretlig henseende blive anset som et salg og efterfølgende genkøb. Er salgsgenstanden derimod ikke overdraget kan der bortses fra aftalen, selvom administrativ praksis på dette punkt ikke er helt entydig. Det består formentlig et behov for nærmere analyser af disse forhold. Det er et særligt spørgsmål, hvilken rolle skatteretten kan spille for aftaleretten. Se *Jan Ramberg* i festskrift til Gustaf Lindencrona, 2003, s. 393 ff for en behandling af spørgsmålet om, hvorvidt skattelovgivning kan udgøre force majeure eller hardship. Forfatteren når ingen entydig konklusion. Se endelig *Nikolaj Vinther* i TfS 2004, 719, om de skatteretlige virkninger af ugyldighed og misligholdelse af aftaler.

63. Sml. *Søren H. Mørup* i TfS 2002, 665, hvor det anføres, at der derfor er velbegrundet at tale om, at civilretten er styrende for, hvilket faktum der skal lægges til grund, idet det også er den praktiske hovedregel at faktum faktisk lægges til grund.

64. Se eksempelvis *Bent Christensen*: Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation, 1997, s. 119 ff, *Peter Blume*: Juridiske metodelære, 2002, s. 72, *Morten Wegener*: Juridisk metode, 2000, s. 67 ff, *Jon Andersen*: Forvaltningsret – Sagsbehandling, hjemmel, prøvelse, 2000, s. 77 ff, *Lars Lindencrone & Erik Werlauff*: Dansk retspleje, 2000, s. 217 ff og *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar, 1989, s. 28 ff.

således, at *faktum* udgør de faktiske omstændigheder, der har foreligget, eller de foreliggende oplysninger om et faktisk hændelsesforløb⁶⁵. *Jus*-siden består af en retsregel (eller et sæt af retsregler), og falder i to dele: retsfaktum og retsfølge. *Retsfaktum* kan udtrykkes som en sproglig beskrivelse af de fakta, der skal være til stede, før retsfølgen kan indtræde. Sagt med andre ord udgør retsfaktum den del af faktum, der er retligt relevant. *Subsumptionsprocessen* er udtryk for en sammenholdelse af retsfaktum og regel (*jus*), således at der træffes en afgørelse (*retsfølge*).

Der synes at være enighed om, at sontringen mellem faktum og *jus* ikke altid lader sig opretholde, og særligt at dette i praksis synes af mindre betydning. Således må det anføres, at de to elementer ikke er uafhængige af hinanden og kan være sammenvævede. Det gælder, at de fakta der tilvejebringes, er bestemmende for, hvilken retsregel der kan tænkes anvendt. Til gengæld er retsreglens beskrivelse af retsfaktum bestemmende for, hvilke fakta der er relevante og dermed for, hvilke oplysninger der skal fremskaffes i en konkret sag. Meget ofte vil resultatet derfor blive en løbende vekselvirkning mellem faktum og *jus*, hvor tilvejebragte fakta skal bedømmes og nye skaffes for at bedømme, hvilket retsfaktum der nærmest svarer til faktum⁶⁶. En lineær fremstilling af subsumtionsprocessen er dermed ikke altid dækkende. Der er imidlertid tilsyneladende ikke enighed om, hvor ubrugelig sontringen egentlig er, samt hvilke konsekvenser sontringens ufuldstændig bør have⁶⁷.

65. Der kan herved tales om bevisfakta, jf. *Lars Lindencrone & Erik Werlauff*: Dansk retspleje, 2000, s. 218. Dette skyldes, at et bevisfaktum tjener som et bevis for eksistensen af et påberåbt retsfaktum.

66. Jf. *Bent Christensen*: Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation, 1997, s. 120. Se også *Peter Blume*: Juridiske metodelære, 2002, s. 72, *Morten Wegener*: Juridisk metode, 2000, s. 68, *Lars Lindencrone & Erik Werlauff*: Dansk retspleje, 2000, s. 217 ff, *Stephan Hurwitz*: Den Danske Straffe Retspleje, 1959, s. 388 ff, *Mads Bryde Andersen*: EDB og ansvar, 1989, s. 30 f. Se endelig *Bjørn Ryberg*: Beskyttelsesomfanget i dansk patentret, 2002, kapitel 3 og samme i Julebog fra Juridisk institut ved Handelshøjskolen i København, 1999, s. 187 ff.

67. Navnlig *Bjørn Ryberg* op.cit., har fremsat en voldsom kritik mod sontringen mellem faktum og *jus*. Forfatteren tager sit udgangspunkt i det almindeligt anerkendte forbud mod juridiske syns- og skønsspørgsmål. Forfatteren forsøger at nedbryde sontringen ved at tage udgangspunkt i de bærende elementer bag sontringen: dels en forestilling om *jus*'ens generelle karakter, dels *jus*'ens karakter af materielle retsregler i modsætning til faktum som vedrørende en sags bevismæssige aspekter. Om den generelle karakter af *jus*, påpeges det, at der ikke er nogen principiel grænse for, hvor specifikke og konkrete retsregler man kan opstille i forbindelse med beskrivelsen af et retsområde, og at man på grundlag af retspraksis kan opstille specialregler, der er fuldt ud lige så

Afhandlingen betjener sig på dette område af den traditionelt indarbejdede terminologi, selvom de nævnte afgrænsningsvanskeligheder holdes for øje. Retsfaktum er et hypotetisk sagsforhold. Når faktum svarer til dette hypotetiske retsforhold, er der tale om et sammenfald mellem faktum og retsfaktum. Civilretten udgør som oftest faktum for skatteretten, men det er ikke givet, at civilretten i samme udtrækning udgør retsfaktum for skatteretten. Hermed ses det at grænserne er flydende.

Den samspilskategori, der behandles i dette afsnit, dækker således de situationer, hvor civilretten udgør faktum for skatteretten, og der herefter er mulighed for enten at dette faktum, eller dele heraf anvendes som retsfaktum eller, at faktum erstattes af et selvstændigt skatteretligt faktum og retsfaktum. Civilretten som styrende for faktum-fastlæggelsen kan udtrykkes således, at den civilretlige bedømmelse af et konkret retstilfælde tillægges betydning for den skattemæssige vurdering af det pågældende retstilfælde⁶⁸. Dette er ikke et spørgsmål om fortolkning af skatteretlige regler, men således om fastlæggelsen af faktum, som foretages præjudicielt i forhold til beskatningen. Den måde, hvorpå skatteretten eventuelt løsriver sig fra den civilretlige faktumbestemmelse, kommer ligeledes til udtryk ved anvendelsen af skatteretlige regler og beror herved også på fastlæggelsen af retsfaktum. Der findes således flere skatteregler, der hjemler en tilsidesættelse af civilretten. Trods disse regler er civilretten for så vidt angår spørgsmålet om fastlæggelsen af faktum-siden i langt de fleste tilfælde styrende for skatteretten, ligesom dette er den praktiske hovedregel⁶⁹. Når det er konstateret, at skatteretten i den konkrete situation er styrende ud fra denne synsvin-

konkrete som de afgjorte sager. Om jus'ens materielle karakter anføres det, at kriteriet efter forfatterens opfattelse bygger på den fejlopfattelse, at der må være en eller anden form for naturlig grænse mellem materielle retsregler og bevisregler. Af disse årsager anføres sammenfattende, at sondringen mellem faktum og jus reelt må anses som værende indholdsløs, idet de basale kriterier er baseret på fejlagtige forudsætninger, og idet ingen af kriterierne giver en reel og dermed operationel vejledning med hensyn til fastlæggelsen af grænsen mellem jus og faktum. Det må antages at være forfatterens opfattelse, at der i stedet ved syns- og skønsspørgsmål bør tages udgangspunkt i sagens reale hensyn. Forud for *Bjørn Rybergs* udredninger, har diskussionen navnlig været ført inden for straffeprocessen, hvor der i vidt omfang har været fokuseret på det mere eller mindre problematiske ved de straffeprocessuelle regler om anke til Højesteret, jf. eksempelvis *Stephan Hurwitz*: *Den Danske Straffe Retspleje*, 1959, s. 388 ff.

68. Jf. *Søren H. Mørup* i TfS 2002, 665.

69. Jf. *Søren H. Mørup* i TfS 2002, 665.

kel, må det imidlertid kunne siges, at en del af eller hele dette faktum følgerlig tillige udgør retsfaktum i skatteretlig henseende.

Den følgende samspilskategori omhandler derimod de situationer, hvor civilretten udgør retsfaktum i henseende til den skatteretlige retsanvendelse, dvs. at den civilretlige begrebsanvendelse så at sige styrer skatteretten. Dette kan udtrykkes således, at den civilretlige anvendelse af et begreb har betydning for den abstrakte fortolkning af en skatteregel⁷⁰. Som det fremgår af ovenstående, vil det ikke altid være lige let at gennemføre en skarp grænsedragning mellem faktum og jus og dermed ej heller mellem anvendelsesområdet for de to typer af samspilsproblemer. Dog udgør en stor del af de faktisk forekommende samspil mellem skatteret og civilret tydelige eksempler på de to kategorier, hvorfor inddelingen opretholdes af fremstillingsmæssige og illustrative årsager.

3.2.3. Civilrettens betydning for den skatteretlige fastlæggelse af retsfaktum og subsumption – Anvendelse og fortolkning af civilretlige begreber

Det skatteretlige retsfaktum kan fastlægges ved hjælp af civilrettens begreber, hvorved civilretten i visse situationer har betydning for fortolkningen af skatteregler. I denne henseende kan *civilretten siges at være styrende for fastlæggelsen af retsfaktum*, herved forstået som faktiske forhold, som i henhold til en retsregel har umiddelbare følger for en retsvirknings indtræden. Ved denne proces er der tale om en fastlæggelse af skattelovgivningens indhold.

Der opstår derfor et samspil mellem skatteretten og civilretten, når der benyttes civilretlige begreber i skattelovgivningen, herunder når civilretlige begreber og forhold udgør de retsstiftende eller pligtstiftende omstændigheder ved den skatteretlige fastlæggelse af retsfaktum⁷¹. Baggrunden herfor er, at skatteretten som hovedregel ikke har udviklet sit eget begrebsapparat, og at skatterettens materielle regler i realiteten retter sig mod de økonomiske følger af privat- og virksomhedsøkonomiske dispositioner⁷². Når skattekravet skal fastlægges, må skatteretten derfor søge mod den civilretlige fastlæggelse af karakteri-

70. Jf. Søren H. Mørup i TfS 2002, 665.

71. Dette samspilsproblem er nært forbundet med skatterettens forhold til regnskabsretten, jf. herom i detaljer infra kapitel 8, § 3.

72. Jf. Jan Pedersen, Skatteudnyttelse, 1989, s. 218, samme i SR-Skat, 1992, s. 102 ff,

stika for indtægten, dispositionen eller enheden mv. De civilretlige begreber virker således som præmisser for beskatningen, idet skatteevnen søges afdækket ved hjælp heraf. Det kan derfor synes evident, at der består en principiel og nøje forbindelse mellem den almindelige civilret og indkomstskatteretten, og at skatterettens beregningsgrundlag som udgangspunkt benytter den civilretlige kvalifikation af de underliggende retsskabende omstændigheder. Analysen af dette samspil indtager traditionelt en central placering i skandinavisk teori.

Årsagerne til civilrettens betydning ved den skatteretlige fastlæggelse af retsfaktum kan være flere⁷³. Dels kan det skyldes tradition, dels kan det skyldes nødvendighed (beskatning), dels mangel på bedre, dels hensigtsmæssighed (navnlig hvor civilrettens begreber har klare konturer og egner sig til beskrivelsen af økonomisk ydevne).

En nærmere gennemgang viser, at flere materielle skatteregler indeholder egentlige civilretlige termer af almindeligt eller specielt indhold, samt civilretlige udtryk som ikke har specifikt civilretligt indhold, men hvilke dog er forbundet med en forholdsvis entydig forståelse. Disse begrebers civilretlige indhold skal indgå direkte ved den skatteretlige regelanvendelse. *Jan Pedersen* kalder i denne sammenhæng civilretten præjudiciel i forhold til skatteretten⁷⁴. At det forholder sig således beror – efter forfatterens opfattelse – på det faktum, at skatteretten mangler egne udtryk til betegnelsen af økonomiske fordele⁷⁵. Det har endnu ikke været muligt, at opstille et alternativt system til afdækning af skatteevnen hos enkelte skattesubjekter end den eksisterende civilretlige begrebsverden. Også i relation til skatterettens subjektive regler finder *Jan Pedersen*, at der består en meningsgivende sammenhæng. Civilretlige dispositioner er af afgørende betydning for skattepligten⁷⁶.

SkatteOrientering, 3.7., 1985, s. 6 og Skatteretten 1, 2004, s. 57 samt Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, herunder navnlig *Frederik Zimmers* generelrapport, s. 28 f om »approaches to law and facts in tax law«.

73. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1284.

74. Jf. Skatteretten 1, 2004, s. 57.

75. I ældre tysk teori omtales den skatteretlige anvendelse af civilretlige begreber som »ein Notbehelf«, jf. herom eksempelvis *Dag Helmers*: Kringgående av skattelag, 1956, s. 67.

76. Idet reglerne om subjektiv skattepligt er et forholdsvis overskueligt og let afgrænset område finder *Jan Pedersen* i Skatteudnyttelse, 1989, s. 219, at skatteretten på dette område relativt let kunne udvikle egne begreber herfor. Forfatteren finder efter en gennemlæsning af selskabsskatteloven og fondsbeskatningsloven, at der kan konstateres en tydelig lovreguleret og tilsigtet uoverensstemmelse mellem den almindelige personrets og den civile procesrets krav til retsevne i forhold til skatterettens krav til skattepligtsevne, hvilket skønnes at have væsentlig betydning ved skatteudnyttelser. Den

Den skatteretlige anvendelse af civilretlige begreber og forhold har betydning, såvel i forbindelse med lovgivningsarbejdet som i forbindelse med den efterfølgende fortolkning heraf i forbindelse med rets anvendelsen. Spørgsmålet om, hvorvidt den civilretlige begrebsdannelse styrer skatteretten, beror på en fortolkning af den skatteretlige regel. Herunder må der lægges vægt på, hvorledes et civilretligt begreb forstås inden for civilretten, og om der skal anlægges en anden skatteretlig fortolkning af en konkret regel, end hvad den civilretlige begrebsanvendelse fører til. Denne proces må ske i overensstemmelse med almindelige fortolkningsprincipper og fortolkningsfaktorer⁷⁷.

Der opstår flere underspørgsmål i forbindelse med anvendelsen af civilretlige begreber og forhold i skatteretten. Udgangspunktet er, at der udelukkende opstilles kongruenskrav- og behov ved begrebsanvendelsen i overensstemmelse med afhandlingens første grundbetragtning. Herunder gælder, at begreber, der direkte er overtaget fra civilretten, skal fortolkes i overensstemmelse hermed, såfremt dette er forudsat af lovgiver. Det har i denne henseende betydning, hvilken relevans begreber har i civilretten, idet en vigende interesse bevirker, at det er sværere at efterleve det civilretlige indhold, såfremt der ikke eksisterer klare tilkendegivelser herom. I denne forbindelse opstår således problemet vedrørende eksistensen af en *selvstændig skatteretlig civilret*, idet der kan forekomme brug af civilretlige begreber med et selvstændigt skatteretligt indhold. Det samme kan gøre sig gældende ved fortolkningen af civilretlige begreber i aftaler og lignende. Det kan have betydning at vurdere begrebets eller retsforholdets civilretlige realitet og ud fra dette at bedømme, hvordan skatteretten skal reagere.

Det er klart, at en forudsat civilretlig styring af skatteretten også kan give anledning til problemer. Således kan der opstå den situation, at lovgiver har lagt en urigtig opfattelse af et civilretligt begreb til grund i skatteretten eller urigtigt har lagt til grund, at begrebet er udformet ensartet på øvrige retsområder. Konstateringen af sådanne forhold må

materielle skatteret er ikke præget af den samme overskuelighed, hvorved den teoretiske mulighed, der består, for at opbygge et indkomstskattesystem baseret på et selvstændigt udviklet og autonomt begrebsapparat, på forhånd er dømt til at mislykkes. Det konstateres endelig, at skatteretten dog undtagelsesvis bygger på specifikt skatteretlige begreber og udtryk. Sådanne udtryk anvendes alene i tilfælde, hvor adækvate civilretlige udtryk ikke står til rådighed, eller hvor sådanne ikke kan bibringe den ønskede retstilstand. Det anføres, at specifikt skatteretlig begrebsanvendelse erfaringsmæssigt medfører en detaljeret og vanskeligt forståelig lovgivning.

77. Sml. Søren H. Mørup i TfS 2002, 665.

selvsagt svække et eventuelt konstateret retskildebestemt kongruenskrav på det konkrete område. En særlig opståelsessituation i denne kategori er således tilfælde, hvor skatteretten lægger en *forkert opfattelse af civilretlige begreber* til grund. I tilknytning hertil opstår tillige spørgsmålet om et civilretligt begreb i skatteretten skal forstås statisk eller dynamisk⁷⁸.

Kategorien kan endelig inddeles i begreber, der betegner et reelt retsfaktum, herunder økonomiske forhold og begreber, der betegner institutioner, der er frembragt af civilretten (juridiske fiktioner). Særligt i henseende til sidstnævnte kategori om kunstige og af retsordenen frembragte fænomener og begreber må der for så vidt angår lovfortolkningen antages at gøre sig særlige forhold gældende. Sådanne kunstige begreber benævnes ofte som *primære retsbegreber* eller *nominaldefinitioner*⁷⁹. Begreberne er skabt af lovgiver, og almindelig sprogbrug kan ikke bidrage til afklaringen heraf i noget nævneværdigt omfang. I stedet skal den juridisk-tekniske opfattelse anvendes. Et klassisk eksempel herpå er begrebet »aktieselskab«, hvor begrebsindholdet må findes med udgangspunkt i den for begrebet styrende lovgivning, i.e. aktieselskabsloven⁸⁰.

Endelig skal omtales den særlige situation, hvor der er tale om *anvendelse af juridiske relationsbegreber*⁸¹. Skatteretlig anvendelse af sådanne begreber er ikke umiddelbart udtryk for et samspil mellem skatteret og civilret. En selvstændig skatteretlig anvendelse af sådanne begreber vil derfor som udgangspunkt ikke udgøre en fravigelse fra civilretten. Dette udgangspunkt kan dog formentlig modificeres i et eller andet omfang, såfremt det konkrete relationsbegreb kan siges at tage udgangspunkt i det civilretlige begreb, og at de øvrige begrebsvarianter må siges at være udviklet med udgangspunkt heri. I sådanne tilfælde må der stilles højere krav til den skatteretlige hensynstagen til civilretten end i de entydige situationer. Disse situationer kan ikke analyseres i henhold til det analyseapparat, som afhandlingens evalueringsmodel repræsenterer. Idet problemstillingen dog er central og bidrager til at

78. Sml. Bettina Banoun: Omgåelse av skattereglene, 2003, s. 270.

79. Jf. herom Karl Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, s. 226.

80. Se Harald Herz: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 175 med samme og andre eksempler fra tysk ret, herunder »kommanditgesellschaft auf aktien«, »GmbH«, og »bergrechtlichen Gewerkschaft«.

81. Jf. supra kapitel 7, § 2, pkt. 2.3. i Del II.

belyse, hvornår der ikke er tale om skatteretlige fravigelser fra civilretten, skønnes emnet alligevel så relevant, at der konkret må åbnes mulighed for at fremkomme med nogle analyserende betragtninger herom i fraværet af udsagn med udgangspunkt i evalueringsmodellens analysemetode. Disse betragtninger finder således sted ved siden af afhandlingens primære analysemetode og uden at være forpligtet til at følge den præsenterede metodik.

Selvom ovenstående udelukkende vedrører anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretlig henseende, står det klart, at skatteretten på dette område i vidt omfang også kan støtte sig op ad begreber, der er fastlagt i forskellige dele af civilretten med forskelligt indhold eller eventuelt alene eller suppleret i den offentlige ret. Herved kompliceres spillet betydeligt, og der findes ingen retsningslinier til bedømmelse af sådanne tilfælde. Hvor der findes flere relevante civilretlige definitioner, eventuelt suppleret med offentligretlige definitioner, må samtlige disse konsulteres, hvor det er relevant, eventuelt med henblik på at vurdere begrebets kerneindhold, idet det således må antages at være tale om juridiske relationsbegreber. Hvor der derimod alene er tale om anvendelse af offentligretlige begreber, falder problemstillingen principielt uden for afhandlingens interesseområde. Dog må det antages, at de i afhandlingen præsenterede tankemønstre tillige kan finde anvendelse ved bedømmelse af sådanne samspil.

3.2.4. Anvendelse af selvstændige skatteretlige begreber

Ofte anvendes selvstændige skatteretlige begreber. Dette kan der som udgangspunkt ikke rettes alvorlige indvindinger mod. Dog må det atter lægges til grund, at det ikke er ønskeligt at skatteretten bevæger sig for langt væk fra civilretten, idet noget sådant a posteriori medfører en komplicering af det retlige stof⁸². Samtidig kan der opstå visse problemer, såfremt der i skatteretten anvendes begreber, der sprogligt tilsvarende velkendte civilretlige (eller offentligretlige) termer, men som konkret tillægges et herfra afvigende indhold. I sådanne og andre situationer kan der eventuelt efter en konkret vurdering siges at bestå et

82. Jf. *Jan Anders Hagstedt*: Om beskattning av stiftelser, 1972, s. 51 og *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 57. Sidstnævnte anfører, at det er en erfaring, at skattelovgivning i højere grad risikerer at blive uforståelig og uoverskuelig, hvis sammenhængen med den civilretlige begrebsverden er af løsere karakter.

koordinationsbehov mellem disciplinerne. Også denne kategori ses derfor alene at have retspolitisk indhold.

3.2.5. Opståen af en selvstændig skatteretlig civilret

I tilfælde, hvor der i skattemæssig henseende anvendes civilretlige begreber mv., er der risiko for at der forekommer en selvstændig skatteretlig udvikling eller videreudvikling af det pågældende civilretlige udgangspunkt uden hensynstagen til civilretten og dennes udvikling og grundhensyn. Herved skabes en uklarhed, der i videst muligt omfang bør undgås. Ligeledes kan der være tale om en uhjemlet retstilstand, hvis det er forudsat, at forholdet skal opfattes i overensstemmelse med civilretten. Dette er i særlig grad tilfældet, hvis retsudviklingen ikke så meget skyldes civilretlig uklarhed, men snarere at der ligger en fejlagtig civilretlig retsopfattelse til grund for den skatteretlige retsanvendelse eller lovgivning.

3.2.6. Koordinationsvanskeligheder – modgående lovgivning eller praksis

Endvidere forekommer situationer, hvor samspillet mellem skatteret og civilret indebærer visse koordinationsvanskeligheder. Eksempelvis kan disciplinerne tilsigtet eller utilsigtet modvirke hinanden. Såfremt ovenstående første grundbetragtning efter en konkret afvejning leder til, at der i en konkret situation skal opretholdes en respekt for civilretten, bør dette hensyn varetages. Problemstillingen kan blive aktuel, når der på skatteområdet anvendes begreber med et selvstændigt skatteretligt indhold, der ikke tager udgangspunkt i civilretten. Koordinationsvanskelighederne kan gå så langt, at de egentlig modvirker grundlæggende hensyn på andre retsområder, herunder civilretten. Det vil ses, at koordinationsvanskelighederne som samspilskategori overlapper flere af de øvrige nævnte samspilskategorier. For så vidt skal denne samspilskategori opfattes som værende overordnet i forhold til de øvrige. Kategorien har alene retspolitisk betydning, idet der næppe i gældende ret kan støttes ret på hensigtsmæssigheden af koordination.

Udslag af koordinationsvanskelighederne ses, hvor en disposition tillægges skattemæssig virkning eller tilskyndes i skattemæssig henseende, selvom forholdet enten ikke kan forekomme i civilretlig henseende, ønskes modvirket, eller måske endda er ulovligt i civilretlig henseende. Eksempler herpå kunne være: (1) gennemførelsen af gavebeskatning hos modtager, selvom yder er umyndig, og statsamtets god-

kendelse ikke kan opnås, jf. § 39 i værgemålsloven⁸³ (2) fremsættelsen af skatteretlige formaliseringkrav vedrørende ulovlige aktionærlån, jf. ASL § 115, (3) beskatning af indtægter fra tyvekoster, jf. eksempelvis Tfs 1999, 86 H *Elmo Petersen*, samt (4) beskatning af indtægter fra prostitution, jf. eksempelvis Tfs 2003, 868 V. Disse eksempler kan dog ikke umiddelbart ses som forhold, hvor skatteretten underminerer hensyn i andre juridiske discipliner. Koordinationsvanskeligheder kan også siges at trække i den retning, at skatteretten i stedet faktisk medvirker til at tilsikre målsætninger og hensyn bag andre retsdiscipliner.

Der eksisterer ikke altid klarhed om de eventuelle koordinationsvanskeligheder, hvorfor en fremhævelse af sådanne problemer syntes hensigtsmæssig og vigtig ud fra en retspolitisk betragtning. Dette gælder særligt i forbindelse med udarbejdelsen af ny lovgivning på skatteområdet.

3.2.7. Skatterettens afsmittende effekt

Når der henses til, at skatter er byrder som pålægges borgernes økonomiske handlinger, forekommer det klart, at skatteretten kan påvirke civilretten. Skattesystemet kan nemlig få en central betydning for, hvorledes borgerne vil indrette sig og gøre brug af aftalefriheden, og hermed også for hvordan aftalefriheden udfoldes i praksis. Skatteretten har altså betydning for valg mellem forskellige civilretlige handlingsalternativer samt indholdet heri, hvorved skatteretten kan fremme opståelsen af visse civilretlige konstruktioner.

Det kan også tænkes, at skatteretten kan få en vis afsmittende effekt på civilretten. Baggrunden herfor er, at givne problemstillinger typisk opstår meget hyppigere i skatteretten end i civilretten, og derved vil

83. En beslægtet problemstilling ses ved den administrative praksis, hvorefter renter af gæld til mindreårige ikke anses for at udgøre en retlig forpligtelse, jf. § 1, stk. 2 i værgemålsloven og hertil Tfs 2002, 848 LSR om en faders lån fra sin mindreårige datter. Afgørelsen kritiseres imidlertid af *Jens Frederik Hansen* i SpO 2003, s. 201 ff, der påpeger, at Landsskatteretten med afgørelsen har foretaget en forkert civilretlig vurdering, med den konsekvens, at der forelå en retlig tilbagebetalingsforpligtelse. Årsagen hertil ligger efter forfatterens opfattelse deri, at en aftale består af to løfter – tilbud og accept – og at det er de enkelte løfter, som bliver ugyldige. I den konkrete sag var det således den umyndiges løfte om at yde lånet, der var ugyldigt, hvilket dog ikke medfører ugyldighed af værgens løfte om at foretage tilbagebetaling og rentebetaling. Forfatteren finder det beklageligt, at Landsskatteretten fremturer med en meget vidtgående civilretlig udtalelse, som oven i købet må antages at være grundlæggende forkert. Se også Tfs 1996, 226 LSR men modsat Tfs 1998, 11 V.

være undergivet en løbende fortolkning og udvikling⁸⁴. Dermed kan det tænkes, at man civilretligt kan hente inspiration i skatteretten til løsning af civilretlige problemstillinger svarende til den omhandlede skatteretlige problemstilling. Fra tid til anden opstår derfor det spørgsmål, om skatteretten kan – og i givet fald bør – smitte af på civilretten⁸⁵. Denne del af samspillet mellem skatteret og civilret er ikke hovedtemaet for afhandlingen, men indgår dog i et vist omfang.

3.2.8. Anvendelse af udenlandsk civilret i dansk skatteret

Endelig forekommer det berettiget at tale om en selvstændig samspilskategori, hvor udenlandsk civilret i et eller andet omfang indgår i dansk skatteret. Dette må typisk antages at være tilfældet, hvor danske virksomheder har aktiviteter i udlandet og i medfør af globalindkomstprincippet som udgangspunkt er skattepligtige til Danmark af udenlandsk indkomst og dermed afhængig af den udenlandske kvalifikation heraf⁸⁶. Tilsvarende problemer opstår ved bedømmelsen af udenlandske selskaber mv. til brug for dansk beskatning⁸⁷. Sidstnævnte aspekt har tillige betydning ved udenlandske virksomheders aktiviteter i Danmark, såfremt visse af de udenlandske enheder skal undergives danske pligt- eller fordelsregler, herunder hvis det udenlandske selskab mv. skal undergives dansk skattepligt. I disse situationer gælder det, at de overordnede bedømmelser skal foretages i henhold til intern ret, men at visse spørgsmål, herunder eksempelvis spørgsmålet om selskabsdelta-gernes hæftelsesbegrænsning, skal bedømmes efter national selskabsret i det pågældende beliggenhedsland. Hermed står det samtidig klart, at påvirkningen fra udenlandsk civilret alene er middelbar. Det er vel i disse situationer mere rammende at sige, at udenlandsk civilret bidrager til fremskaffelsen af faktum til brug for det dansk beregningsgrundlag men, at den endelige bedømmelse sker i henhold til intern dansk skatteret⁸⁸. Problemstillingen tager til i kompleksitet i det omfang, der ikke

84. Dette tilskrives den omstændighed, at skatteretten må opfattes som en »masseforvaltningsret».

85. Jf. herom Del III, kapitel 11, § 9 med henvisninger.

86. Dette udgangspunkt er dog forladt siden indleveringen af afhandlingen, idet der nu for selskaber som hovedregel gælder et territorialprincip for selskabsindkomst, jf. SEI § 8, stk. 2.

87. Se herom også *Frederik Zimmer* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 59 f.

88. Se herom eksempelvis *Jakob Bundgaard* i SU 2002, 298 og nedenfor i Del IV, kapitel 18, § 5.

i dansk ret findes retsinstitutter eller begreber, der svarer til det udenlandske begreb, der skal tages stilling til. Et oplagt eksempel herpå er trust-instituttet i common law landene.

Problemstillingerne vedrørende samspillet mellem dansk og udenlandsk skatteret, og herunder direkte eller indirekte også samspillet med civilretten ses at være stigende i disse år.

3.3. Begrundelser for skatteretlige fravigelser fra civilretten

3.3.1. Legitimitetsanalyser – retstilstandens implikationer

Som et afsluttende element i grundbetragtningerne bør konkrete analyser afdække de praktiske og teoretiske implikationer af den gældende retstilstand på det aktuelt analyserede delområde. Samspillet baggrund skal analyseres. Dette indebærer, at begrundelserne for problemernes opståen skal fremdrages. Der kan på dette grundlag skabes et ikke-udtømmende katalog over typiske begrundelser for, at der foretages skatteretlige fravigelser fra civilretten. Disse enkelte begrundelser skal vurderes med henblik på at konstatere, om der er tale om begrundelser der synes acceptable.

3.3.2. Tentativt katalog over fravigelsesbegrundelser

I det nævnte katalog sammenfattes de typiske begrundelser for skatterettens fravigelser fra civilretten. Dette katalog indeholder såvel anvendte begrundelser som begrundelser, der med støtte i teorien synes acceptable og dermed tillægges såvel retsdogmatisk som retspolitisk betydning. Det er en forudsætning for eventuelle fravigelser, at der rent faktisk er tale om fravigelser. Således er det eksempelvis en forudsætning for accept af en civilretligt disposition eller et civilretligt begreb, at dette eksisterer i civilretlig henseende. Ligeledes er der ikke nødvendigvis tale om en fravigelse, såfremt et begreb ikke er tilstrækkeligt klart defineret på civilrettens område. Det skal påpeges, at fravigelser ikke udelukkende vedrører pligter for skatteyderne, men at der ligeledes kan være tale om afvigelsesbegrundelser funderet i rettighedstildelinger. Typiske fravigelsesbegrundelser kan udgøre:

- Varetagelsen af forskellige hensyn og forskellige målsætninger i skatte- og civilretten
- Imødegåelse af misbrug, omgåelse og skatteplanlægning

- Uoverensstemmelse mellem formalitet og realitet
- Hensyntagen til erhvervslivets forhold
- Manglende koordinering/fragmentarisk reguleringsteknik
- Forkerte forudsætninger: fejlagtig opfattelse af civilretlig retstilstand
- Praktikabilitetshensyn, eksemplificeret ved konstruktion af en forenklet og operativ civilret til brug for skatteretten.

Der er herved tale om en række overlappende potentielle hensyn, som dog ikke er udtømmende. Konstateringen af en skatteretlig fravigelse fra civilretten siger intet i sig selv om hensynet bag denne, og ej heller hvorvidt fravigelsen er acceptabel ud fra en retlig, praktisk eller teoretisk synsvinkel. Der skal herved foretages konkrete afvejninger for det aktuelt forekommende samspilsproblem. I nogle situationer vil en hensyntagen til ovenstående elementer udgøre et acceptabelt hensyn, mens det i andre situationer ikke forholder sig sådan.

En del af de nævnte fravigelsesgrunde kan rubriceres under kategorien *pragmatiske fravigelsesgrunde*. Hvilke elementer, der kan dækkes af denne overskrift, er ikke let af afgrænse, idet flere hensyn typisk spiller ind ved konkrete fravigelser. Sammen med *misbrugshensynet* (i bred forstand) må de *pragmatiske fravigelsesgrunde* antages at udgøre den hyppigst forekommende og vigtigste kategori. Hertil kommer, at helt andre overvejelser end de nævnte kan spille ind ved såvel retsanvendelsen som lovgivningsarbejdet.

Om fravigelserne skal det bemærkes, at der som følge heraf kan indtræde *følgeslutninger*, der så at sige resulterer i fravigelser fra civilretten i anden potens. Er der én gang valgt en ikke-civilretskonform fortolkning eller lovgivningsmetode, vil dette ofte få indvirkning på andre fremtidige problemstillinger. Dette forhold lader til at være temmeligt upåagtet, men udgør efter min vurdering endnu en fravigelsesbegrundelse, nemlig: *følgeslutninger af tidligere foretagne fravigelser*.

Endelig må det påpeges, at der ved siden af de egentlige skatteretlige fravigelsesbegrundelser kan identificeres visse forhold, der bevirker at skatte- og civilretten udvikles uafhængigt af hinanden. Dette vil gælde i det omfang, der om et givent retsforhold hersker *uenighed eller usikkerhed i civilretten*, idet en sådan uenighed eller usikkerhed ikke uden videre kan overføres til skatteretten. Skatteretten behøver oftest klarhed, idet disciplinens målsætninger ellers ikke kan opfyldes. Hertil kommer, at skatteretten i visse situationer helt eller delvist er tvunget til en selvstændig stillingtagen til et retsforhold. Dette gælder navnlig,

hvor der ikke findes relevant civilret, der dækker der omhandlede retsforhold, eller hvor civilretten kun til dels eller mangelfuldt behandler problemstillingen. Det skal bemærkes, at der ikke herved er tale om skatteretlige fravigelsesbegrundelser, men i stedet om forhold, der komplicerer en samlet beskrivelse og analyse af forholdet mellem skatteret og civilret.

I tilknytning til kategorien vedrørende forskelligartede hensyn bag de juridiske discipliner, kan det endelig overvejes, hvilken rolle de *forvaltningsretlige specialitetsprincipper* kan antages at spille i denne forbindelse⁸⁹. Det kunne således være en nærliggende tanke, at disse specialitetsprincipper udgør en del af forklaringen på, at skatteretten i vidt omfang på *administrativt plan praktiseres uafhængigt af øvrige juridiske discipliner*.

Ifølge det *organisatoriske specialitetsprincip* kan en forvaltningsmyndighed ikke varetage hensyn, som det ifølge lovgivningen tilkommer en anden forvaltningsmyndighed at varetage. Der lægges herved vægt på

89. Se herom *Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret*, 1965, s. 361 ff, *Jens Garde* i *Forvaltningsret – almindelige emner*, 2004, s. 242 ff, *Bent Christensen: Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation*, 1997, s. 137 ff og *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 2003, s. 333 ff. Specialitetsprincipperne udgør en begrænsning i forvaltningens udfyldende (supplerende) virksomhed gennem skønsudøvelsen. Principperne indgår traditionelt i afgrænsningen af, hvilke hensyn der er saglige og hvilke hensyn der er usaglige og behandles dermed i forbindelse med den forvaltningsretlige magtfordrejningslære, jf. *Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret*, 1965, s. 361 ff, der som den første teoretiker udviklede specialitetsprincipperne og henførte dem under magtfordrejningslæren. En tilsvarende rubricering er anvendt af *Jens Garde* i *Forvaltningsret – almindelige emner*, 2004, s. 242 ff. Hermed udgør specialitetsprincipperne en del af retssikkerhedens traditionelle investarium, jf. *Bent Christensen: Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation*, 1997, s. 144. Ud fra denne synsvinkel kan der foreligge situationer, hvor en forvaltningsmyndighed utvivlsomt har varetaget hensyn, som i hvert fald kunne varetages af en anden forvaltningsmyndighed eller af samme forvaltningsmyndighed i medfør af en anden hjemmel. I sådanne tilfælde er det vanskeligt at afgøre om der foreligger usaglige hensyn. Også i sådanne tilfælde vil den pågældende lovs formål begrænse mulighederne for at inddrage udenforliggende hensyn. Det må dog bemærkes, at ordet magtfordrejning kan forekomme noget bombastisk, hvor afgørelsen af, om et hensyn er sagligt eller usagligt, afhænger af en lovfortolkning, hvis udfald er tvivlsom. Forvaltningsmyndighederne er sat til at varetage en vis kreds af offentlige anliggender og interesser, og det vil være ulovligt at varetage andre formål end de således forudsatte. Det er ikke mærkeligt, at formålsbetragtninger spiller en stor rolle for fastlæggelsen af lovlige kriterier. Tankegangen stemmer overens med grundlæggende forestillinger om forvaltningens stilling i statsstyrelsen. Forvaltningen skal realisere lovgivningsmagts intentioner, men naturligvis ikke længere end intentionerne rækker. Med henblik på en mere detaljeret fastlæggelse af, i hvilket omfang lovens formål er bindende for forvaltningen, har man opstillet to såkaldte specialitetsprincipper.

selve organet. I henhold til det andet af disse principper, det *materielle specialitetsprincip*, sondres der derimod efter hjemmelsgrundlaget, dvs. imellem de hensyn, som kan varetages i kraft af flere beføjelser, som tilkommer samme forvaltningsorgan. Det materielle specialitetsprincip medfører ligeledes i et vist omfang begrænsninger med hensyn til valget af de hensyn, der skal lægges til grund for en afgørelse. Der lægges herved vægt på selve hjemmelgrundlaget. Tankegangen bag dette er, at forvaltningsorganerne hver er sat til at varetage forskellige hensyn, og at der som udgangspunkt ikke må ske en sammenblanding af disse. Baggrunden er, at forvaltningen er del i en række afdelinger, der i de fleste henseender er lette at kende fra hinanden. Og de love og anordninger, som forvaltningen anvender falder i afgrænsende helheder med hver sin titel, hver sin paragrafnummerering osv. Det er nærliggende at lade disse inddelinger i organer og hjemmelsgrundlag danne ramme om fastlæggelsen af de lovlige formål. Det centrale argument for specialitetsprincipperne er hensynet til sagkundskab. Det er dog et problem, at den enkelte lovs formål ikke fremgår med særlig stor klarhed. Hertil kommer, at flere loves formål ofte er overlappende⁹⁰. Dog skal det holdes for øje, at nok indeholder principperne nogle tankegange, der spiller en rolle ved afgrænsningen af lovlige og ulovlige kriterier, men at de kun er vejledende i visse tvivlssituationer og ikke må opfattes som dogmer. Princippernes betydning varierer fra retsområde til retsområde og spiller navnlig en underordnet rolle på områder, der præges af helhedsløsninger og for myndigheder, der af lovgiver er tillagt meget brede beføjelser⁹¹. Praxis fra domstolene og ombudsmanden viser, at specialitetsprincipperne anvendes, hvor man ved fortolkning kan konstatere, at det hensyn, der er inddraget i afgørelsen, adskiller sig klart fra den pågældende lovs formål. Specialitetsprincipperne anvendes i to

90. På denne baggrund er der generelt stillet spørgsmål ved, i hvor høj grad specialitetsprincipperne bør anvendes til at skille formålene ad og undgå overlapning, jf. *Bent Christensen: Forvaltningsret – opgaver, hjemmel, organisation*, 1997, s. 144, og *Jens Garde i Forvaltningsret – almindelige emner*, 2004, s. 234. Særligt den tendens til helhedssyn i lovgivningen, som særligt præger miljø- og socialrettens område, har været anført som argument for, at specialitetsprincipperne bør anvendes med en vis forsigtighed. Trods retspolitiske indvendinger mod specialitetsprincipperne er det klart, at en forvaltningsmyndighed kun bør beskæftige sig med at afveje hensyn, som den har sagkundskab til at bedømme. Af denne årsag har det organisatoriske specialitetsprincip ikke mistet sin betydning og hvor flere beføjelser er samlet hos samme myndighed, vil det materielle specialitetsprincip fortsat i et vist omfang forpligte myndigheden til at holde dem adskilt.

91. Jf. *Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: Forvaltningsret*, 2003, s. 333 ff.

vidt forskellige situationer: (1) hvor formålet i sig selv anses for ulovligt, og intet forvaltningsorgan kan forfølge det, samt (2) hvor formålet i sig selv er lovligt, men hvor spørgsmålet er, om det kan forfølges af netop dette forvaltningsorgan eller netop denne lov eller anordning. Særligt sidstnævnte har interesse. Det kan tænkes, at det forvaltningsorgan, der stilles over for at anvende specialitetsprincipperne, har kendskab til, at et andet forvaltningsorgan allerede har truffet afgørelse, eller dog ved, hvilken afgørelse dette andet organ vil træffe. Spørgsmålet er så, om det førstnævnte skal lægges det sidstnævnte forvaltningsorgans afgørelse til grund. Sådanne tilfælde kan ikke løses ud fra formålsfortolkninger. Dette er derimod et spørgsmål om et forvaltningsorgans pligt til at lægge et andet forvaltningsorgans afgørelse til grund⁹².

Spørgsmålet er, hvilken betydning specialitetsprincipperne, herunder særligt det *organisatoriske specialitetsprincip*, kan siges at spille ved fravigelser mellem skatte- og civilretten. Flere forhold taler i retning af at tillægge principperne en meget begrænset betydning i forholdet mellem skatteret og civilret. Principperne kan således ikke siges at udgøre en generel forklaring på, hvorfor der fremkommer ukoordinerede afgørelser fra forskellige forvaltningsorganer. Således spiller principperne alene ind ved *skønsudøvelsen* og endda i begrænset omfang⁹³. Hertil kommer, at der alene er tale om nogle principper, der har betydning i den *offentlige ret*. Dog kan særligt det organisatoriske specialitetsprincip ikke helt afskrives på dette grundlag. Dette gælder særligt for så vidt

92. Der henvises til *Bent Christensen: Forvaltningsret – prøvelse*, 1997, s. 293 ff, for en behandling af dette spørgsmål. Det anføres, at det i situationer, hvor samme faktum bedømmes af flere forvaltningsorganer efter hver deres retsregler, er udgangspunktet, at det ene forvaltningsorgan ikke behøver lægge et andet forvaltningsorgans forvaltningsakt til grund. Det sædvanlige er imidlertid, at det forvaltningsorgan, der står for at skulle udstede en forvaltningsakt, ikke ved andet, end at der kan tænkes, at et andet forvaltningsorgan også har beføjelse til at forfølge det formål, som nu agtes forfulgt. Hvad der gælder i sådanne tilfælde er ikke let af besvare. Den beskrevne situation er ganske almindeligt forekommende i et intenst reguleret samfund som det danske. Specialitetsprincipperne giver ikke alene svaret. For at finde svaret i den konkrete sag, må man inddrage helt sædvanlig fortolkning af forarbejder, harmonisering med resten af regelsystemet osv. Det er et særligt spørgsmål, om der foreligger overtrædelse af specialitetsprincipperne, hvor en myndighed meddeler afslag på en anmodning om tilladelse eller en ydelse, under henvisning til, at en sådan vil bevirke overtrædelse af anden lovgivning. Det antages, at hensynet til ikke at overtræde anden lovgivning end som den kompetente myndighed administrerer også kan karakteriseres som et alment hensyn der kan inddrages i afvejningen af hensyn. Det er dog varierende, hvilken vægt hensynet kan tillægges.

93. Det skal dog bemærkes, at grænsedragningen mellem skøn og fortolkning er flydende, jf. *Morten Wegener: Juridisk metode*, 2000, s. 74 f.

angår spørgsmålet om retssubjektivitet og skattesubjektivitet, idet princippet må antages at spille en vis rolle i forbindelse med behandlingen af disse spørgsmål. Således gælder det, at skattemyndighederne ikke automatisk anerkender et selvstændigt skattesubjekt som sådant, når selvsamme subjekt i henhold til erhvervsvirksomhedsloven er registreret som selvstændigt retssubjekt hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Selvom specialitetsprincippernes middelbare betydning er meget begrænset for samspillet mellem skatteret og civilret, må det ikke underkendes, at der netop i principperne ligger en tankegang, der generelt må antages at spille en stor rolle i samspillet mellem skatteret og civilret. Således er det historiske udgangspunkt, at der end ikke på lovgivningsniveau foretages nogen nævneværdig koordination mellem de juridiske discipliner⁹⁴. Heri ligger formentlig, for så vidt angår de juridiske begreber en ideologisk, eller retsfilosofisk modsætning mellem begrebsjurisprudens og realistisk metode⁹⁵. Gennem længere tid har almene retssætninger været på tilbagetog⁹⁶. Dette er dog i senere år afløst af helhedssyn indenfor visse juridiske discipliner.

-
94. Jf. allerede *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber efter lovene af 13. Juni 1973 – Et foreløbigt grundrids, 1974, s. 103, der formentlig beklagende anfører at selskabsret og skatteret har hver sin lov og hver sit departement. Dog skal nævnes, at der i enkelte tilfælde finder tværministerielle arbejder sted der involverer skatteministeriet, jf. senest Debatoplæg om aktivt ejerskab, maj 1999, udarbejdet af Erhvervsministeriet, Finansministeriet, Skatteministeriet og Økonomiministeriet i samarbejde.
95. Jf. *Bernhard Gomard* i Festskrift til O. A. Borum, E. A. Abitz m.fl. (red.), 1964, s. 166, der stiller spørgsmålet: i hvilket omfang bør regler opstilles på hvert retsområde for sig, og i hvilket omfang bør der råde almindelig overensstemmelse og harmoni mellem forskellige retsområder? Som almene synspunkter, der har betydning for besvarelsen heraf peger forfatteren på, at almene grundsætninger kan tjene som ratio decidendi også i de – ikke ganske få – tilfælde, hvor hverken reale grunde eller rimelighed taler for en bestemt løsning. At søge tilflugt i almene sætninger finder forfatteren i hvert fald bedre end terningkast.
96. Jf. *Bernhard Gomard* i Festskrift til O. A. Borum, E. A. Abitz m.fl. (red.), 1964, s. 167, der fremhæver retslivets stigende volumen, som værende blandt de faktorer der forårsager dette tilbagetog. Som den enkelte retsdisciplin gennemarbejdes og vokser i teori og praksis, bliver den med forfatterens ord i stand til at stå på egne ben. Derved aftager betydningen af fjernere analogier og af deduktioner fra de almene retssætninger. Hver disciplin bliver en videnskab for sig.

§ 4 Præsentation af en generel evalueringsmodel

4.1. Verbal præsentation

Nedenfor præsenteres en generel bedømmelsesmodel og bedømmelses-systematik til analysen af forholdet mellem skatteret og civilret i aktuelt forekommende samspilssituationer. Hermed objektiviseres den konkrete retsdogmatiske og retspolitiske bedømmelse af forekommende samspil mellem skatte- og civilretten. Som nævnt udgør en af afhandlingens postulater, at noget sådant er meningsgivende og med fordel kan lade sig gøre. Modellen er et udslag af afhandlingens grundideologi og skal anvendes til at undersøge, om den givne retsstilstand i konkrete tilfælde er i overensstemmelse hermed. Det bemærkes, at evalueringsmodellen ikke i sig selv siger noget om forholdet mellem skatteret og civilret, men alene skal ses som et analytisk hjælperedskab til sikring af, at problemstillingerne undergives identiske vurderinger.

Baggrunden for udviklingen af modellen er navnlig det forhold, at det næppe er en overkommelig, endsige mulig, opgave at afdække hele området for grænseflader mellem skatteret og civilret i en monografisk fremstilling. Der er derfor behov for at udvikle en ensartet bedømmel-sessystematik.

På baggrund af en analytisk konfrontation med egentligt forekom-mende samspilsproblemer (empiri) kan det dels udledes, om modellen har været anvendelig, dels om analysen kan verificere ovenstående ka-talog over typiske situationer, hvor forholdet mellem skatteret og ci-vilret aktualiseres, samt kataloget over mulige begrundelser for en fra-vigelse mellem disciplinerne. Det er vigtigt på dette sted at fremhæve, at evalueringsmodellen ikke tilsigter at kunne forklare gældende ret. Modellen har dog betydning i forbindelse med afdækningen af gæl-dende ret i situationer, hvor der konstateres retskildebestemte kongru-enskrav. Ligeledes tilsigter modellen at medvirke til at påvirke retsbe-vidstheden, hvormed koordinationstankerne kan få betydning i frem-tiden.

Det må antages, at hensynstagen til bedømmelsesmetoden bibringer ensartethed og systematik i analysen af samspilsspørgsmål mellem skat-teretten og civilretten. Dermed er det formodningen, at der skabes forudberegnelighed og sammenhæng i de dele af skattesystemet, hvor modellen anvendes. Dette medfører i sidste ende, at skatteydernes rets-sikkerhed tilgodeses. Det er vigtigt at have for øje, hvilke krav der må

stilles til en model som den der præsenteres i denne afhandling. Med inspiration fra en helt anden sammenhæng, nemlig formuleringen af en ansvarsmodel hos *Thorbjørn Sofsrud*⁹⁷, kan der opstilles de krav til en (ansvars)model, at den skal være: *operationel*, *hensigtsmæssig*, herunder et todelt krav om tilstrækkelighed og et krav om at modellen skal være mere hensigtsmæssig end hidtidige modeller. Endelig stilles krav om at modellen skal være *acceptabel*. Omformuleret til nærværende sammenhæng kan der stilles krav til bedømmelsesmodellen til vurdering af forholdet mellem skatteret og civilret om: *operationalitet* og *hensigtsmæssighed*, men herunder udelukkende ét underkrav om tilstrækkelighed. Afhandlingens evalueringsmodel opfylder begge krav.

Afhandlingens evalueringsmodel er inddelt i 4 trin. Så vidt muligt gennemløbes disse trin simultant. På første trin (trin 1) fastslås eksistensen af det konkrete samspilsproblem og problemstillingen klassificeres i forhold til den præsenterede typologi. Det skal bemærkes, at det er en indbygget forudsætning for anvendelse af evalueringsmodellen, at den civile retstilstand på det belyste område afdækkes forudgående. Gennem særlige censureringsforanstaltninger vurderes det herefter, hvorvidt den givne problemstilling egner sig til en nærmere analyse med udgangspunkt i evalueringsmodellen. Såfremt dette ikke er tilfældet bortfalder problemstillingen efter evalueringens første trin, og der er ikke behov for at behandle spørgsmålet nærmere i medfør af modellen. Det er ikke muligt eller ønskeligt på forhånd udtømmende at angive, hvad der nærmere ligger i denne censureringsforanstaltning. Censureringsforanstaltningen skal nærmere ses som en mulighed for, ud fra common sense betragtninger at luge ud i de konkrete samspilsproblemer, der ikke kan antages at egne sig til en nærmere analyse i henhold til evalueringsmodellens øvrige trin. Som eksempler på nogle af de centrale betragtninger i denne henseende må henvises til de ovenfor præsenterede forudsætninger for kongruens⁹⁸. Disse udgøres af kravene om meningssammenhæng og civilretlig stillingtagen⁹⁹.

Består problemstillingen fortsat efter at have været undergivet cen-

97. Jf. Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar, 1999, s. 17 ff.

98. Jf. kapitel 7, § 2.

99. Kravene vedrører således overvejende afhandlingens grundbetragtninger, men tjener tillige fremstillings- og afgrænsningsteknisk som hjælperedskab ved klarlæggelsen af anvendelsesområdet for evalueringsmodellen. Der ses herved i et vist omfang at være sammenfald mellem de foretagne vurderinger.

suren, bliver resultatet efter trin 1, at udgangspunktet for det konkrete samspil er, at skatteretten er autonom i forhold til civilretten, jf. af-handlingens første grundbetragtning.

Forudsat den givne problemstilling har passeret trin 1, undersøges det på *andet trin (trin 2)* om der kan identificeres eventuelle krav og/eller behov til en fravigelse fra udgangspunktet i form af kongruens. Før dette finder sted, må det konkret undersøges, om forudsætningerne for kongruens overhovedet er til stede. Disse forudsætninger er som nævnt kravene om meningssammenhæng og eventuel civilretlig stil-lingtagen. Falder denne delundersøgelse positivt ud, er der dannet basis for at konkretisere et eventuelt kongruenskrav eller -behov, herunder om der består såvel koordinationsbestemt kongruensbehov som rets-kildebestemte kongruenskrav eller kongruensbehov. Så vidt det er mu-ligt, forsøges konstaterede kongruensbehov- eller krav styrkeinddelt, hvormed trin 2 er tilendebragt. Består der efter analysen ikke noget kongruenskrav, må evalueringen efter modellen selvsagt bringes til op-hør. Herved springes direkte til modellens trin 4.

På *det tredje trin (trin 3)* konstateres følgelig, på baggrund af kon-gruenskravet og/eller – behovet, om der finder en fravigelse herfra sted¹⁰⁰.

Såfremt der ikke forekommer nogen fravigelse, springes trin 3 over, og analysen fortsættes i stedet gennem *fjerde og afsluttende trin (trin 4)*. Tilsvarende gælder det, efter en konstatering og klassificering af en konkret fravigelse, at fjerde trin i evalueringsmodellen skal iværksæt-tes. Heraf følger, at retstilstanden vurderes ved at gennemføre en un-dersøgelse af praktiske og teoretiske implikationer af retstilstanden. Dette gælder uanset fra hvilket trin af evalueringsmodellen, der er henvist til trin 4, dog forudsat at modellens første trin er gennemført. Såfremt der i trin 3 er konstateret en skatteretlig fravigelse fra civilret-ten, må der foretages en legitimitetsundersøgelse af denne eller disse fravigelser. Herved foretages der således en afvejning af de relevante hensyn mellem disciplinerne. Der er tillige på trin 4 mulighed for at fremkomme med yderligere retspolitiske udsagn om den analyserede retstilstand. Endelig skal der på trin 4 tages stilling til de indledningsvist konstaterede opståelsesmuligheder for samspil. Det må således vurde-res hvilke af de mulige samspil der faktisk var forekommende, hvorle-

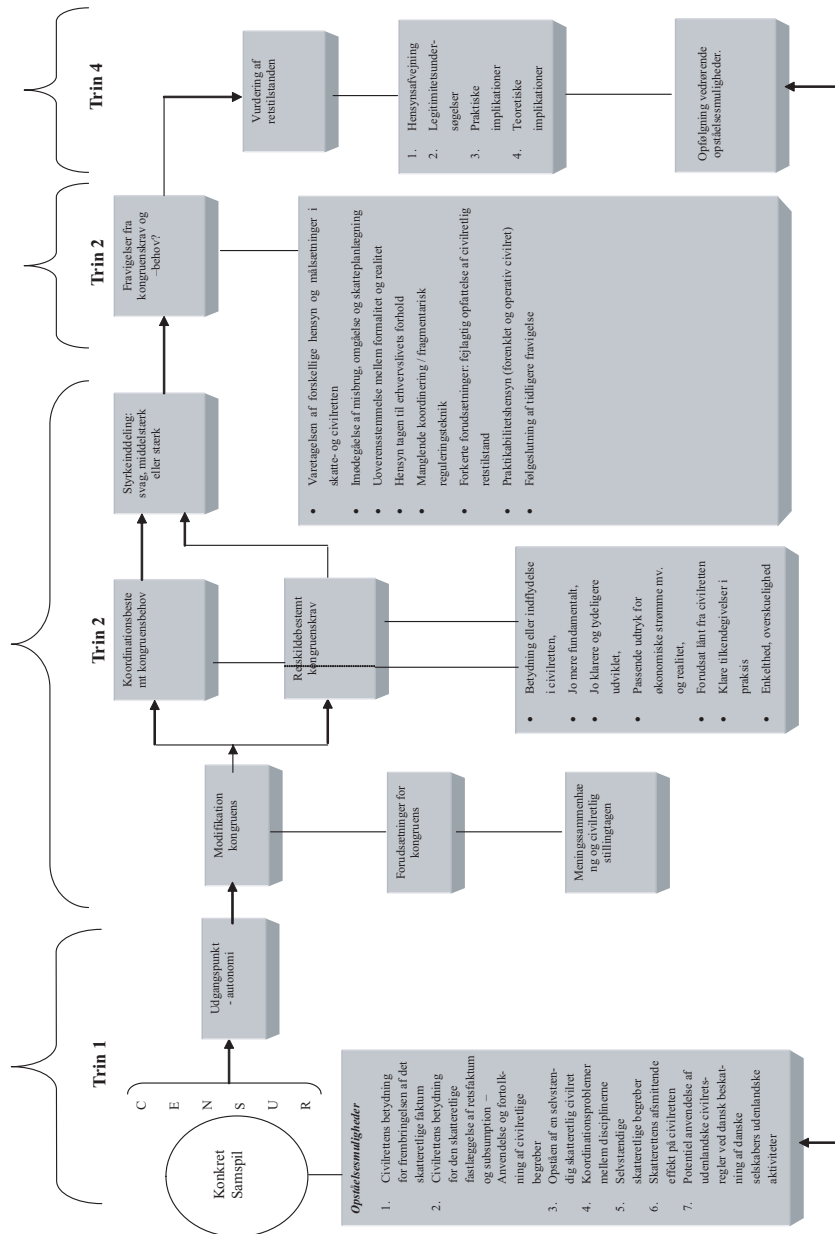
100. Heri er indbygget en forudsætning om, at gældende skatteret på det pågældende om-råde skal beskrives.

des dette samspil forekom, samt vurderes om forbedringer hertil er påkrævede.

Der bør naturligvis spørges til *relevansen* af en model som den præsenterede. Ud over de allerede nævnte målsætninger må det fremhæves, at modellen bibringer *systematik* til den konkrete bedømmelse af givne problemstillinger i grænselandet mellem skatteret og civilret. Herved tilsikres, at et identisk tankemønster bringes i anvendelse hver gang vi konfronteres med et samspil mellem skatteret og civilret. Dette må antages at medføre en væsentlig kvalitetsforbedring for fremtidige samspilsanalyser. Det skal dog anføres, at modellen ikke benyttes fuldt ud i alle henseender, idet det i visse situationer ikke giver mening at gennemløbe alle de indeholdte elementer. Derimod danner modellen udgangspunktet for analysen. Ligeledes skal det holdes for øje, at en model som den præsenterede ikke bør få alt for stor betydning, idet man herved risikerer at undlade at foretage konkrete afvejninger om forholdet mellem skatteret og civilret. Denne risiko holdes for øje i afhandlingens Del IV, hvorfor forholdet næppe svækker modellens værdi.

Evalueringsmodellens hovedtræk kan illustreres som følger.

4.2. Grafisk præsentation



§ 5 Argumenter pro et contra koordinations- tankegangen samt forholdet til andre teorier om samspillet mellem skatteret og civilret

5.1. Generelt

Indledningsvis skal det bemærkes, at der med formuleringen af en generel anskuelse af forholdet mellem skatteret og civilret, er forbundet flere risici. Særligt risikofyldt er det, at udsagnene bliver så overordnede og ukonkrete, at enhver normativ funktion går tabt. Det er imidlertid min vurdering, at dette ikke vil være tilfældet, idet der lægges op til at foretage enkeltsagsvurderinger i et pragmatisk lys.

Ligeledes er de overordnede betragtninger suppleret af de nedenfor formulerede retstekniske aspekter af forholdet mellem skatteret og civilret. Selve konkretiseringen kan ligeledes give anledning til kritik, idet det herved kunne anføres, at der er tale om en objektivisering af anskuelsermåden, som ikke lader sig gennemføre. Hertil skal det anføres, at nok er der tale om en objektiviseret proces, men at denne samtidig så vidt muligt lægger op til en konkret afvejning, hvor flere relevante parametre på forhånd er formuleret. Det skal ligeledes erindres, at det ikke er muligt på forhånd at angive, præcist hvilke parametre der indgår i retsanvendelsesprocessen, idet der naturligvis kan indgå en række hensyn, hvor et koordinationshensyn blot kan figurere som ét, mens andre hensyn i den konkrete situation vil være afgørende.

Tillige kunne der fremføres den kritik, at koordinationstankegangen i sin helhed komplicerer skatteretten. Til en sådan indvending må det medgives, at koordinationstankegangen som den samlet er præsenteret ovenfor udgør en kompliceret model. Dog må det tillige hævdes, at teorien samlet set medfører større fordele end ulemper, idet der tilvejebringes et grundlag for at foretage ensartede vurderinger på et objektivt grundlag. Det synes berettiget at lægge til grund, at der i særlig grad består et behov for at kunne gennemføre ensartede bedømmelser af samspil mellem skatteret og civilret. Dette synspunkt understøttes af det forhold, at der findes en variation af forskellige synspunkter på forholdet mellem skatteret og civilret som kan medføre forskellige resultater, ligesom der findes et utal af faktiske og potentielle samspil mellem skatteretten og civilretten. Emnet er således kalejdoskopisk i sin natur. Netop denne omstændig er årsagen til præsentationen af en sam-

let evalueringsmodel til vurdering af samspillene mellem skatteret og civilret.

Herefter kan der kan spørges til, hvilke forhold der taler for et *beskrivelsesmæssigt udgangspunkt* som præsenteret ovenfor. Det er min vurdering, at stærke argumenter taler for det beskrevne udgangspunkt, og at der ikke findes tilstrækkeligt holdbare modargumenter for et postulat om et bestående rangforhold mellem skatteret og civilret. At skatteretten og civilretten er selvstændige retlige juridiske discipliner, er også almindeligt anerkendt i dansk ret¹⁰¹. Disciplinerne er tillige ligeordnede. Det er givet, at der består tætte forbindelser mellem skatteretten og civilretten. Skattelovgivningen søger at afdække økonomiske processer og dispositioner, der er udtryk for de skattepligtiges økonomiske ydeevne. Ofte må skatteretten dog benytte den forudgående civilretlige kvalifikation til hjælp for denne afdækning. Derfor kan det konstateres, at civilretten i vidt omfang er præjudiciel for skatteretten¹⁰². Heraf kunne man drage den slutning, at skatteretten generelt bør være i overensstemmelse med civilretten, idet civilretten er afgørende for de økonomiske strømme og den skatteevne, som skatteretten baserer sig på¹⁰³. En sådan slutning er ikke nødvendigvis hensigtsmæssig¹⁰⁴. Som det er fremgået ovenfor, må det lægges til grund, at der findes forskellige værdigrundlag, grundhensyn og intentioner i skatteretten og civilretten. Skatteretten har dermed også egne principper. Der er altså tale

101. Se således Thøger Nielsen i TfR 1963, s. 371 ff., Jan Pedersen i SkatteOrientering 3.7., 1985, s. 6 og formentlig Svend Gram Jensen: Skattemyndighedernes kompetence, 1997, s. 11 og samme i festskrift til Birger Stuevold Lassen, 1997, s. 496 samt Mette Hastrup Andersen: Skatteretlig genoptagelse – i forvaltningsretlig belysning, 2004, s. 30 f.

102. Jf. Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung, 2000, Band I, s. 44 ff og Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 58.

103. Som Michael Serup gør det i TfS 1991, 543, særligt s. 1231. Såfremt skatteretten generelt skulle følge civilretten, idet civilretten må siges at afdække de økonomiske strømme, skal der i det mindste foretages en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde af om dette nu også er tilfældet eller ej. Olof Olsson anfører i festskrift til Curt Olsson, Edward Andersson m.fl. (red.), 1989, s. 265, at den nordiske lovgivningstradition i kombination med legalitetskravet gør det naturligt så vidt muligt at tilknytte beskattningen til eksisterende institutter og retlige kategorier der er udformet udenfor skatteretten. Serup har ret i, at der bør og kan forekomme situationer som de nævnte, men det skulle ikke af denne årsag være nødvendigt at opstille et krav om en sådan kobling.

104. Harm Peter Westermann har udtrykt dette på følgende vis: »... daß das Steuerrecht vielfältig an zivilrechtlich vorgeprägte Sachverhalte anknüpft. Das bedeutet freilich noch nicht, daß damit auch die Inhalte der vom Privatrecht zur rechtlichen Ordnung dieser Vorgänge benutzen Begriffe auch für die steuerrechtliche Rechtsanwendung maßgeblich sind ...«, jf. forfatterens indlæg i Festschrift zum 65. Geburtstag von Reinhard Goerdeler, Hans Havermann, (red.), 1987, s. 697 ff (710).

om væsensforskellige juridiske discipliner med hver deres teleologi. Disse forskelle må tages til indtægt for den opfattelse, at der ikke kan siges at gælde en *generel forrang* for civilretten overfor skatteretten¹⁰⁵.

Der er bred enighed om, at skatterettens tilknytning til civilretten formentlig kun er nødtvungen, idet der ikke findes udviklet et system i skatteretten, der kan afdække de økonomiske strømme. Såfremt der konkret findes en særlig skatteretlig kvalifikation af de økonomiske strømme, må denne lægges til grund. Hermed kan det postuleres, at skatterettens tilknytning til civilretten ikke er et selvstændigt princip. Dansk domstolspraksis giver støtte herfor, idet der ofte tillades skatteretten at foretage fravigelser fra civilretten uden nærmere begrundelse. I tysk ret har Bundesverfassungsgericht eksplicit konstateret en sådan sammenhæng¹⁰⁶. Som anført benytter skatteretten civilretten som hjælpemiddel til konstateringen af økonomiske forhold og hændelser.

Lighedsprincippet taler for, at der skal ske en beskatning i overensstemmelse med den grundliggende realøkonomi. Så længe der ikke kan undgås lån mv. fra civilretten, er det i et vist omfang nødvendigt med skattemæssige korrektionsmuligheder i form af misbrugsgrundsætninger eller omgængelsesklausuler i skatteretten. Det forhold at juridiske begreber har et varierende indhold – relationslæren – medfører formentlig i flere situationer, at egentlige skattemæssige korrektive indgreb kan undgås, idet der må accepteres et vist udsving i begrebsanvendelsen, så længe dette kan holdes indenfor kerneindholdet af det anvendte begreb.

En ting er altså, at civilretten i vidt omfang ligger til grund for skatteretten, og herved tilvejebringer faktum til den skatteretlige subsumption. Heri ligger der ikke nogen tilkendegivelse af et generelt rangforhold mellem disciplinerne, men blot en konstatering af *civilrettens funktion i skatteretten*. Det kan formuleres således, at hvis skatteretten i et eller andet omfang er bundet af civilretten, må dette skyldes andre omstændigheder end den blotte, at civilretten er præjudiciel ved faktumfrembringelsen. I flere tilfælde fungerer civilretten dog som skatteretligt retsfaktum, hvorved der direkte skabes en binding til civilretten. Dette er dog udtryk for almindelig lovfortolkning og kan som

105. Efter mere end 100 års diskussioner i tysk ret er der vidtstrakt enighed om netop denne opfattelse, jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 46 ff, *Klaus Tipke & Joachim Lang*: Steuerrecht, 2002, s. 6 og *Harald Herz*: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommenbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 35 ff med henvisninger.

106. Jf. herom infra Del III, kapitel 11, § 5.3.

sådan ikke ophæves til et alment gældende udgangspunkt. En fravigelse af det beskrivelsesmæssige udgangspunkt forudsætter en *konkret civilretlig styring*.

Når der ikke meningsfuldt kan argumenteres for, at skatteretten er under- eller overordnet civilretten nødvendiggøres ej heller argumentation for at opfatte skatteret og civilret som sideordnede ligestillede discipliner i den samlede retsorden. Noget sådant må simpelthen være en logisk følge af det anførte.

For så vidt angår retsanvendelse og fortolkning, benytter skatteretten den almindelige juridiske metode. Dette taler for, at der ikke blot kan gælde en forrang for én disciplin frem for en anden.

Afhandlingens grundbetragtning medfører ikke resultater, der strider mod grundlæggende skattepolitiske grundsætninger, herunder skatteevneprincippet, idet det er en målsætning bag grundbetragtningen, at beskatningen skal ske i overensstemmelse med de faktiske økonomiske omstændigheder. Grundsynspunktet strider heller ikke mod grundliggende offentligretlige hensyn, herunder legalitetsprincippet (på skatteområdet: *nullum tributum sine lege*) og de heraf udspringende krav om objektivitet, lighed, saglighed og forbud mod magtfordrejning, samt formel retssikkerhed. Ofte påberåbes dog det af retssikkerhedsprincipets materielle del udspringende krav om forudberegnelighed som argument for, at skatteretten skal følge civilretten. Det er blevet påpeget, at kravet har betydning i forbindelse med valg mellem forskellige løsninger på området men også, at kravet har betydning som argument for kongruens mellem skatte- og civilretten¹⁰⁷. Udgangspunktet i afhandlingens grundbetragtninger kommer ikke i konflikt med disse principper. Mod anvendelse af retssikkerhedshensynet som et argument for civilretskonform fortolkning i retsanvendelsen kan indvendes, at det ikke forekommer rimeligt at forudsætte, at civilretten nødvendigvis tilvejebringer optimal retssikkerhed i sig selv. Ligeledes forekommer det ej heller rimeligt at forudsætte, at civilretten tilvejebringer mere eller bedre retssikkerhed end skatteretten¹⁰⁸.

I sammenhæng med ovenstående opfattelse af det ideelle forhold mellem skatteret og civilret er blevet fremhævet det såkaldte »skatte-

107. Jf. *Sture Bergström*: Skatter och Civilrätt, 1979, s. 72.

108. Jf. *Joachim Schulze-Osterloh*: Zivilrecht und Steuerrecht, StuW 1986, s. 74 ff (81) og *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 53.

belastningssynspunkt«. Dette synspunkt fremhæves af *Spitaler*¹⁰⁹, hvis tese går på, at jo højere skattebelastningen er i et land, jo større er behovet for autonomi i skatterettens forhold til civilretten. Til støtte for sin tese anfører han på den ene side forholdene i USA og på den anden side forholdene i Schweiz. USA er et højskatteland, og den amerikanske skatteret har i vidt omfang udviklet sig selvstændigt. Skatterettens legalitetskrav optager ikke praksis længere. Schweiz er et lavskatteland, og i dette land er sammenhængen meget stærkere end i USA. *Peter Locher* finder, at tesen for en umiddelbar betragtning holder stik. Så længe skattetrykket ikke er tyngende, består der ikke noget incitament til gennem usædvanlige skattekonstruktioner at søge skatten nedbragt mv¹¹⁰. I sådanne situationer kan økonomiske dispositioner knyttes an til den civilretlige kvalifikation af forholdene. Dette ændres i takt med skatternes stigende betydning og omfang. Denne karakteristik der for *Spitaler* tog udgangspunkt i forholdene i 1962 holdt ikke længere i 1983, hvor *Locher* kommenterede tesen, også selvom Schweiz endnu ikke fortjener betegnelsen højskatteland. *Locher* finder således, at udviklingen i skatteretten medfører, at der i praksis også må tages andre hensyn i moderne skatteret, herunder kravet om retfærdighed, der udspringer af ligebehandlingkravet, og som tager til i betydning. Danmark må klart antages at tilhøre kategorien af de såkaldte højskatte-lande for så vidt angår personindkomster. Selvom Danmark ikke på selskabsskatterettens område indtager en tilsvarende placering i international sammenhæng, kan skatteklimaet i Danmark endnu ikke resultere i en betegnelse som et lavskatteland.

Argumentet er udformet med henblik på at vurdere om skatteretten er autonom eller ej i forholdet til civilretten. En sådan fokusering synes for snæver og argumentet tillægges ikke selvstændig betydning i denne afhandling. Endvidere synes retspraksis ikke at give sikre holdepunkter.

Det er nødvendigt at argumentere for, hvilke forhold der betinger de *væsentlige modifikationer* til det beskrivelsesmæssige udgangspunkt om autonomi. Resultatet følger i visse tilfælde af eksisterende retskilder, hvorvedder ikke er tvivl om, at det er berettiget at skatteretten konkret bevæger sig i en anden retning end civilretten.

109. *Armin Spitaler*: Die Annäherung des Steuerrechts an das Privatrecht, DStR 1, 1962, s. 69 ff.

110. Jf. *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, 1983, s. 176.

For resultatet taler tillige, at det i retspolitisk henseende ikke forekommer hensigtsmæssigt at lade juridiske discipliner underminere hinanden. Når der også henses til, at praktisk juridisk arbejde grundet internationaliseringen vil omfatte ikke kun skatteret, men også andre juridiske og forretningsmæssige aspekter, forekommer det rimeligt, at der ikke er modstrid i alt for stort et omfang¹¹¹. Ligeledes grundet det praktiske juridiske arbejde består der adskillige situationer, hvor en vis overensstemmelse mellem skatteret og civilret medfører betydelige fordele, herunder qua nedbringelse af omkostninger. Hensynet forekommer særligt relevant, hvor skatteretten berører civilrettens retlige struktur og grundhensyn. Grundbetragtningens krav kan dog ikke siges at udspringe af nogen universel retsnorm, men må udledes at almene betragtninger om retlig efficiens eller inefficiens¹¹². Dette kan formentlig ligeledes anskues som en rent pragmatisk målsætning om at nedbringe »støj« i systemet. Men det skønnes også at være muligt at påvise efficienstab ved underminerende lovgivning, selvom en egentlig kvantificering forekommer vanskelig.

På lovgivningsstadiet er det påkrævet, at der foretages en forudgående analyse af skattereglers samspil med andre retsregler, så snart disse er på tegnebordet. Dette indebærer naturligvis et forøget samarbejde resortministerierne imellem. Skatteretsrådet støtter tilsyneladende dette synspunkt, idet rådet finder, at lovforslag altid bør indeholde en beskrivelse af, hvorledes forslaget forholder sig til andre relevante dele af lovgivningen¹¹³. Et sådant samarbejde finder i dag ikke sted i fornødent omfang¹¹⁴.

111. Se for en konstatering af den omtalte udvikling, *Alex Postma* i *International Tax Review*, September 2000, s. 15 ff samt *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 19 f.

112. Om retlig efficiens *Harald Herz*: Die einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 37, hvor betragtningen dog anvendes som argument *mod* et skatteretligt system, der er helt afhængigt af civilretten. Således anføres det, at et sådant system kan medføre et omvendt afhængighedsforhold, hvorved civilretlige dispositioner bliver valgt ud fra rent skatteretlige kriterier. Resultatet heraf kan være, at civilretten ikke kan opfylde sin målsætning, og at der kan opstå en civilretlig inefficiens samt en udvanding af bestemte civilretlige beskyttelsespositioner som retsordnen har forbundet med bestemte økonomiske situationer og kontraktstyper.

113. Jf. Notat om hvorvidt der lovgives for specifikt og for detaljeret på skatteområdet, 15.10.1999, s. 43.

114. Jf. allerede *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber efter lovene af 13. juni 1973 – Et foreløbigt grundrids, 1974, s. 103, der formentlig beklagende anfører at selskabsret og skatteret har hver sin lov og hver sit departement. Dog skal nævnes, at

Det lægges for denne afhandling til grund, at der, for så vidt angår af Folketinget vedtagne retsakter, må gælde en *formodning* for, at det politisk ikke er tilsigtet, at den gennemførte regulering skal undermineres af eller underminere den øvrige retsorden. Man kan i denne forbindelse endvidere sige, at der for så vidt angår anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretten, må gælde en formodning for parallellitet mellem skatte- og civilretten, idet lovgiver jo ellers måtte have udtrykt sig anderledes, når muligheden var der. Formodningen kan dog konkret blive afkræftet.

Afhandlingens grundbetragtning medfører heller ikke på dette område resultater, der strider mod grundlæggende skattepolitiske grundsatninger, herunder skatteevneprincippet, idet civilretten som udgangspunkt kan antages at konstatere økonomiske strømme hos skatteyderne. Dette gælder dog kun, hvis civilretten korrekt udtrykker sagsforholdets økonomiske realia, hvorved skatteretten formentlig skal respektere civilretten, med mindre der kan identificeres særlige skatteretlige hensyn.

En kongruens i forholdet mellem skatteret og civilret medfører en forbedring af forudsigeligheden af foretagne dispositioners skatteretlige konsekvenser. En systematisk problembeskrivelse indebærer, at der tilgodeses et behov for homogenitet i det skatteretlige system. Endelig forekommer det nyttigt og rigtigt at operere med en målsætning om kongruens mellem skatte- og civilretten, hvor der er tale om sammenlignelige forhold, samt hvor civilrettens centrale værdigrundlag og grundhensyn berøres. Det lægges herved til grund, at det ikke er ønskeligt, at skatteretten bevæger sig for langt væk fra civilretten, idet noget sådant a posteriori medfører en komplicering af det retlige stof¹¹⁵. Ligeledes lægges til grund, at alt for vidtgående fravigelser og omfor-

der i enkelte tilfælde finder tværministerielle arbejder sted, der involverer skatteministeriet, jf. senest Debatoplæg om aktivt ejerskab, maj 1999, udarbejdet af Erhvervsministeriet, Finansministeriet, Skatteministeriet og Økonomiministeriet i samarbejde. Et tidligere eksempel på tilpasning af skatteretten til det øvrige juridiske system udgør Betænkning nr. 1107/1987, Skat ved konkurs og akkord – Skattelovrådets udtalelse om de skattemæssige regler i forbindelse med konkurs og akkord mv. Det overvejes nøje i Betænkningen, s. 71 ff, hvilke muligheder der findes for at indføre et særligt skatteretligt insolvensbegreb. Konklusionen lyder dog, at skattelovrådet ikke fandt det mulig at opstille et specielt skatteretligt insolvensbegreb. Skattelovrådet fandt derfor, at skatteydernes insolvens bør konstateres ved, at den pågældende er kommet under konkurs, har opnået tvangsakkord, gældssanering eller en frivillig akkord.

115. Jf. *Jan Anders Hagstedt: Om beskattning av stiftelser*, 1972, s. 51 og *Jan Pedersen i*

Del II – Almindelig del: Udviklingslinier og grundbetragtninger

tolkninger mv. skaber en vis usikkerhed. Grundbetragtningen sikrer yderligere en smidig anvendelse af skatteretten i modsætning til, hvis der var tale om en fuldstændig binding til civilretten. Problemstillingen er ej heller behandlet som et spørgsmål om binding eller ej.

I forbindelse med den nødvendige kvalitetsvurdering af erhvervsregulering kan der formentlig benyttes følgende almindelige evalueringsparametre¹¹⁶:

- International harmoniseringsgrad
- Sproglig og indholdsmæssig forståelighed
- Overskuelighed, gennemsigtighed og enkelthed
- Forudsebarhed
- Konsistens mellem de enkelte reguleringsmæssige foranstaltninger. Faren for inkonsistens i reguleringen er givetvis størst, hvis reguleringsområdet er omfattende og hovedsageligt dækket af tekniske, komplicerede detailregler, sammenlignet med mere overskuelige områder, der er reguleret ved hjælp af nogle få principbestemmelser.
- Retssikkerhed
- Efterlevelseshed
- Kontrollerbarhed
- Økonomiske hensyn, herunder undgåelse af utilsigtede fordele for skatteyderne på skatteområdet

Ovenstående mulige evalueringskriterier kan benyttes som grov skabelon til vurdering af den skatteretlige regulering. Navnlig kriterierne om overskuelighed, gennemsigtighed, konsistens og retssikkerhed, har betydning for bedømmelsen af den interdisciplinære relation mellem skatteret og civilret. Selvom det skal holdes for øje, at skatteretten tjener nogle særlige formål og varetager nogle særlige hensyn, ses visse af de teoretiske krav til et optimalt skattesystem at være nært beslægtede med disse generelle krav¹¹⁷.

Skatteretten 1, 2004, s. 57. Sidstnævnte anfører, at det er en erfaring, at skattelovgivning i højere grad risikerer at blive uforståelig og uoverskuelig, hvis sammenhængen med den civilretlige begrebsverden er af løsere karakter.

116. Se generelt Kvalitetsvurdering af erhvervsregulering – En arbejdsgrupperapport, Erhvervsministeriet, September 1996.

117. Der henvises eksempelvis til Norton L. Steuben i TNI 2000, s. 1571 ff, med artiklen Fundamental Aspects of a Good Tax System, hvori flere af kravene indgår. Specifikt vedrørende spørgsmålet om en ensartet begrebsanvendelse anfører Bettina Banoun:

Overvejelser af ovenstående karakter rubriceres under tiden som udslog af *retlige systemhensyn*. Heri ligger, at skatteretten skal være funderet på almindelige principper, der er opbygget i henhold til tankegange om konsekvens og systematik¹¹⁸.

Kvalitetsvurdering efter de nævnte parametre fokuserer dog typisk på interne sammenhænge og konsistens, mens det erindres at foreliggende afhandling fokuserer på skatterettens eksterne sammehæng og konsistens.

Afhandlingens grundbetragtninger kan (dog udelukkende for så vidt angør det egentlige lovgivningsaspekt) efter min vurdering tillige hente støtte i sådanne generelle kvalitetsvurderingsparametre, og de specifikt fremhævede må også kunne tillægges betydning på skatteområdet. Ofte fremsættes der krav om beskatningens neutralitet i forbindelse med udformningen af et skattesystem og reglerne heri. Da neutralitet i forhold til civilretten kan sikres ved koordination, indebærer en efterlevelse af de grundsætninger, som afhandlingens grundbetragtninger er udtryk for, således også en opfyldelse af dette aspekt af neutralitetsprincippet.

Som grundbetragtningerne er formuleret, vil temmelig mange forhold i praksis falde ind under det koordinationsbestemte kongruensbehov og det retskildebestemte kongruenskrav.

Det synes åbenbart, at kongruenskrav eller -behov ikke kan oprettholdes undtagelsesfrit. Der bør være mulighed for, at *særlige skatteretlige hensyn eller målsætninger kan varetages*. Dette kan gælde efter en konkret afvejning men også mere generelt. I de særlige misbrugssituationer forekommer dette særligt påkrævet. Beskatningen bør afspejle den underliggende realøkonomi, hvilket også kan bevirke, at en fravigelse bør accepteres. Endelig bør det nævnes, at også hensynet til *praktabilitet i skattesystemet* kan bevirke, at skatteretten nødvendigvis i visse situationer må operere med en *forenklet og operativ civilret*, uanset at visse nuancer og valgmuligheder herved går tabt¹¹⁹. Hensynet kan endvidere bevirke, at skatteretten direkte fraviger civilretten.

I forbindelse med lovgivningsprocessen på skatteområdet medfører

Omgåelse af skattereglene, 2003, s. 270, legalitetsprincippet, hensynet til konsekvens, harmoni og forudberegnelighed, samt procesøkonomiske hensyn om at undgå sagsanlæg.

118. Et eksempel herpå findes i Generationsskifteudvalgets betænkning nr. 1374, 1999, s. 7.

119. Se herom eksempelvis Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 72.

disse betragtninger, at der kan søges en vis legitimitet til fravigelser fra civilretten, også hvor der er tale om områder, i hvilke der som udgangspunkt bør fordres kongruens.

På retsanvendelsens område medfører denne del af afhandlingens grundbetragtninger, at der tillades en vis elastik i den skatteretlige fortolkning. Dette må dog ikke bevæge sig ud over det rimelige, og der er ingen grund til at foretage unødige fravigelser skatte- og civilretten imellem. Skatteretten bør i disse situationer være undergivet en vis censur med henblik på at sikre accepten af forretningsmæssige dispositioner.

Afhandlingens grundbetragtninger er ikke i strid med den hidtidige almindelige opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret i dansk og skandinavisk teori. Synspunktet om skatterettens styrende funktion for skatteretten tiltrædes således også i foreliggende fremstilling. Dog anlægges et bredere perspektiv i foreliggende fremstilling, hvor såvel retspolitik som retsdogmatiske udsagn indgår. Yderligere vedrører afhandlingen et bredere spektrum af samspil mellem skatteretten og civilretten end den traditionelle fokusering, ligesom der i afhandlingen analyseres såvel retsanvendelsesspørgsmål som lovgivningsspørgsmål.

Afhandlingen grundbetragtning skal således ikke ses som et udtryk for en grundlæggende holdning om skatterettens autonomi i forholdet til civilretten, som i givet fald vil stå i modsætning til den hidtidige almindelige opfattelse i nordisk skatteretlig litteratur. Dette gælder selvom der netop præsenteres et udgangspunkt om skatterettens autonomi. Den samlede konsekvens af afhandlingens grundbetragtninger er netop, at udgangspunktet i realiteten er reduceret til en praktisk undtagelse.

Den anvendte fremgangsmåde har den overordnede værdi, at der herved er skabt en redskab til konkret bedømmelse af samspil mellem disciplinerne, ligesom synspunkter om forrang for den ene disciplin frem for den anden kan tilbagevises. Grundbetragtningen indebærer tillige, at samspillet mellem skatteret og civilret til enhver tid skal undergives en *konkret vurdering*, og at denne konkrete vurdering kan ske i overensstemmelse med den objektive metode, som er fremlagt. Det forhold, at der skal foretages konkrete vurderinger synes meget let at gå tabt under anvendelse af alt for vidtstrakt anvendelse af synspunktet om civilrettens styrende funktion. Det gøres i modsætning hertil gældende, at der skal foreligge holdepunkter for en kongruent retstilstand, enten

qua almindelige juridiske fortolkningsfaktorer eller qua retspolitiske overvejelser.

For så vidt angår retsanvendelsesprocessen er afhandlingens grundbetragtninger fast forankret i almindelig lovfortolkningsprincipper. Herved fremgår det, at afhandlingen ikke udgør et opgør med den almindelige opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Det burde vel også stå klart, at en teori om koordination mellem retsdisciplinerne ikke kan indeholde en grundsætning om skatterettens fuldstændige autonomi. Grundbetragtningens præsentation af udgangspunktet om autonomi svarer til at sige, at der ikke gælder en civilretlig styring i enhver henseende, men at der som forudsætning herfor kræves visse forudsætninger opfyldt før dette kan være tilfældet.

I tråd med hidtidig skandinavisk skatteretlig teori strider grundbetragtningerne ikke mod teorien om »retsbegrebers relativitet« også benævnt »relationslæren«. Der ligger således ikke noget i de præsenterede synspunkter, der ændrer det forhold, at der formentlig i mange situationer slet ikke vil være tale om en fravigelse mellem skatteretten og civilretten, så længe kerneindholdet i civilrettens begreber respekteres. Afhandlingens grundbetragtninger er bredere formuleret end teorien om »retsbegrebers relativitet«, idet sidstnævnte i sagens natur udelukkende har betydning ved anvendelse af civilretlige begreber i skatteretten. Grundbetragtningen indebærer ikke uden videre et krav om kongruens for så vidt angår (civil)retsbegrebers kerneindhold, men lader i stedet dette afhænge af nærmere konkretiserede bedømmelsesparametre.

Grundbetragtningen frembyder ej heller et brud med »realitetsgrundsætningen« eller tilsvarende misbrugssynspunkter på retsanvendelsesområdet. Forskellen er blot, at afhandlingens grundsynspunkt ikke som udgangspunkt stiller generelt krav om kongruens mellem skatteretten og civilretten. Det er derfor min vurdering, at der kan argumenteres for et resultat, der ligger mellem det som *Strobel* og *Jan Pedersen* hver især har argumenteret for på retsanvendelsesområdet. Som udgangspunkt harmonerer den ovenfor præsenterede grundbetragtning med *Strobels* tese. I situationer hvor der gælder et krav om kongruens, er betragtningen imidlertid i tråd med *Jan Pedersens* opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret, hvilket netop er tilfældet ved frembringelsen af faktum.

Der er god grund til at sammenfatte præsentationen af koordinationsankegangen ved at tydeliggøre denne i forhold til øvrige teorier om

Del II – Almindelig del: Udviklingslinier og grundbetragtninger

forholdet mellem skatteret og civilret. Denne eksercits må nødvendigvis foretages for at imødegå eventuelle misforståelser eller fejlopfattelser af koordinationstankegangens indhold.

Kendetegn Teori	Beskrivelse af indhold i hovedtræk	Genstand	Omfattede samspil mellem skatteret og civilret
Civilrettens styrende funktion for skatteretten	I mangel af brugbare alternativer fungerer civilrettens som styrende parameter for skatteretten	Retsanvendelse	– Civilretten som faktum – Civilretten som retsfaktum
Skatterettens autonomi	Skatteretlig retsanvendelse kan ske uden hensynstagen til civilretten	Retsanvendelse	– Civilretten som faktum – Civilretten som retsfaktum
Civilrettens forrang/dominans	Grundet civilrettens forrang i tid og udvikling skal denne tillægges generel forrang for skatteretten.	Retsanvendelse	Formentlig – Civilretten som faktum – Civilretten som retsfaktum
Relationslæren	Anvendelse af relationsbegreber i skattelovgivningen udløser ikke nødvendigvis en afvigelse fra civilretten, hvis begrebsanvendelsen sker inden for begrebets kerneindhold.	Retsanvendelse	– Civilretlige begreber som retsfaktum

Koordinationstankegangen	Koordinationstankegangen, fokuserer på hvornår der er skabt, hvornår der ikke er skabt og hvornår bør skabes koordination i samspillet mellem skatteret og civilret. Afviser ikke civilrettens styrkende funktion og indebærer ikke støtte for skatterettens autonomi. Foreskriver en konkret vurdering i alle tilfælde.	Retsanvendelse Lovgivningsprocessen	– Civilretten som faktum – Civilretten som retsfaktum – Selvstændig skatteretlig civilret – Koordinationsvanskeligheder – Anvendelsen af selvstændige skatteretlige begreber – Skatterettens afsmittende effekt – Anvendelsen af udenlandsk civilret i dansk skatteret
---------------------------------	--	--	--

5.2. Forsøg på opgør med koordinationstankegangen

Forud for indleveringen af en akademisk afhandling ligger adskillige års arbejde. Det er derfor naturligt at overveje undervejs at fremlægge dele af tankerne med henblik på at indhente teoretiske reaktioner herpå. Sådanne overvejelser udgjorde til dels baggrunden for valget om at præsentere grundtrækkene af koordinationstankegangen i komprimeret oversigtsform¹²⁰. Strategien bar frugt, idet der efterfølgende fremkom et indlæg i debatten, som direkte var vendt mod koordinationstankegangen¹²¹. Dog skuffedes man hurtigt, idet det skulle vise sig, at det ikke var lykkedes at præsentere indholdet af koordinationstankegangen tilstrækkeligt præcist, til at kritikken heraf ramte plet. For ikke at sige at kritikken ramte ganske langt fra målet. Den kritik, der fremføres i nævnte indlæg, har ikke meget at gøre med det tankesæt der advokeres for i foreliggende fremstilling. Modartiklen er dog ikke helt uden værdi, hvorfor visse af de centrale elementer skal kommenteres.

Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graf Nielsen opfatter koordinationsteorien som en teori, der udtrykker forholdet mellem skatteret og

120. Jf. artiklen *On tax Law and Private Law Relations*, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 44, 2003, s. 77 ff.

121. Jf. *Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graf Nielsen* i *Festskrift til Ole Bjørn*, 2004, s. 221-252. Denne artikel udgør et sobert og videnskabeligt forsøg på at tilbagevise koordinationsteorien, hvorfor indsatsen allerede af denne grund er anerkendelsesværdig. Grundlaget for kritikken er imidlertid ikke rigtigt.

civilret de lege lata¹²². Som det er fremgået, benyttes koordinationstankegangen derimod i retspolitisk ærinde i foreliggende afhandling samtidig med at teorien anvendes til beskrivelse af de tilfælde, hvor der de lege lata er sikret kongruens. Bedømmelsen af sidstnævnte forhold sker i overensstemmelse med almindelige juridisk metode. Allerede på denne baggrund giver den fremførte kritik mod koordinationsteorien ikke mening¹²³.

Forfatterne udleder videre, at koordinationsteorien generelt udtrykker synspunktet om skatterettens autonomi. Dette er naturligvis ikke tilfældet¹²⁴. Dette er også grunden til, at de eksempler, der blev fremdraget til belysning af samspillet mellem skatteret og civilret, blev fejlfortolket¹²⁵. Eksemplerne blev læst sådan, at disse skulle tages til indtægt for en påvisning af skatterettens autonomi i forhold til civilretten. Noget sådant var naturligvis ikke tilsigtet, idet eksemplerne i stedet viser skatteretlige løsninger på områder, hvor der findes en tydeligt forudsat civilretlig styring. Eksemplerne vurderes alene ud fra en retspolitisk målestok om, hvorledes skattelovgivningen bør indrettes. Ligeledes læser forfatterne de angivne eksempler på begrundelser for skatteretlige fravigelser fra civilretten som udtryk for en samlet argumentation for skatterettens autonomi. Dette er selvsagt heller ikke tilfældet, idet grundbetragtningen netop sigter mod koordination og kongruens. Autonomi anvendes som et beskrivelsesmæssigt udgangspunkt for at imødegå unuancerede synspunkter om civilrettens dominans og for at pointere behovet for at foretage konkrete vurderinger. Atter skal nævnes, at afhandlingens grundbetragtninger de lege lata helt og holdent er i overensstemmelse med almindelige retsanvendelsesprincipper.

122. Op.cit. passim.

123. Det er forkert, når det op.cit., s. 225 hævdes, at koordinationstankegangen ikke kan hente inspiration i nyere tysk teori. Forfatterne begrundet dette med, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« er forladt i tysk ret. Koordinationsteorien udtrykker ikke det samme som »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«. At dømme efter forfatternes kilde materiale er der netop ikke inddraget nyere teori i deres fremstilling.

124. Forfatterne må da også have undret sig over den åbenbare modstrid mellem koordinationsteoriens titel og indhold, hvis indholdet netop bevirker en bevægelse væk fra skatte- og civilretlig kongruens. Dette bekræftes af udtalelsen s. 229: »... Det kan dog forekomme vanskeligt at se, hvorledes teoriens indhold stemmer overens med navnet, idet teorien netop søger at frigøre den skatteretlige anvendelse af begreber fra definitionen af disse i civilretten ...«. Det skal yderligere holdes for øje at udsagnene i koordinationstankegangen ikke alene vedrører anvendelse af civilretlige begreber i skatteretten, men har et betragteligt videre anvendelsesområde.

125. Jf. Scandinavian Studies in Law, Vol. 44, 2003, s. 84 ff.

Forfatterne sammenfatter kritikken således: »... Skatteretten er i medfør af koordinationsteorien som udgangspunkt frigjort fra civilretten ved fastlæggelse af indholdet af civilretlige begreber og termer. Vores analyse overfor viser, at koordinationsteorien på en række afgørende punkter ikke er bæredygtig efter vores opfattelse. Først og fremmest er det vores opfattelse, at beskrivelsen af forholdet mellem skatteretten og civilretten, som koordinationsteorien er baseret på, ikke er retvisende. Dette skyldes den helt grundlæggende funktion, som skatteretten har i dansk ret, nemlig at knytte en skatteretlig retsfølge til civilretlige dispositioner. Eftersom de civilretlige dispositioner således udgør det fundament, som de skatteretlige retsvirkninger baseres på, er civilretten som en naturlig følge heraf bestemmende for begrebsanvendelsen i skatteretten, med mindre skattelovgivningen eller en fortolkning heraf fører til, at det pågældende begreb tillægges en anden betydning ...»¹²⁶. Forfatterne fortsætter, »... Vi kan på baggrund af vores analyser samlet konkludere, at en teori om skatterettens autonomi i forhold til civilretten ikke er bæredygtig, såfremt denne udelukkende baserer sig på de tilfælde, i hvilke der kan påvises direkte lovhjemmel for skatteretlig autonomi. En sådan teori reduceres efter vores opfattelse til den blotte konstatering af de tilfælde, hvor der i skattelovgivningen er foretaget afvigelser fra hovedreglen om, at civilretten udgør det faste forankringspunkt for skatteretten. Det er på det grundlag heraf vanskeligt at se, hvad en sådan teori skulle bidrage med udover, hvad der i forvejen følger af skatteretlig retsanvendelse ...«.

Som det ses, udtrykker denne sammenfatning ikke en relevant kritik af de synspunkter, der i foreliggende fremstilling præsenteres i samlet form. Det er således vanskeligt at være uenig i forfatternes synspunkter. Det skal blot indskræpes, at synspunkterne ikke udgør en kritik af afhandlingens grundsynspunkter, men i stedet en kritik af teorien om skatterettens autonomi. Om ikke andet bekræftede indlægget forudanselsen om, at koordinationatankegangen meget vel kan forveksles med den traditionelle autonomiteori eller den traditionelle styringsteori. Af denne årsag ses det at være så meget desto mere nødvendigt at holde sig forskellene for øje.

126. Op.cit., s. 251.

§ 6 Koordinationstankegangen som retsprincip

Det kendetegner moderne retsvidenskab, at retsprincipper i stigende grad vinder indpas¹²⁷. Dette står i stærk kontrast til tidligere retspositivistiske dominans. Det har således været en betydelig modvilje mod at overlade det til retsvidenskab og jurister at bestemme retstilstanden med udgangspunkt i luftige idéer om retsprincipper og grundlæggende retlige værdier, som enhver kunne formulere og tolke efter eget for-godtbefindende.

Der findes ikke nogen entydig definition af, hvad der forstås ved et retsprincip¹²⁸. Dette hænger blandt andet sammen med, at retsprincipper kan være af meget forskellig karakter. Retsprincipper kan således være generelle og angå hele det retlige system, hvorimod andre er mere konkrete og kun har gyldighed inden for bestemte retsområder¹²⁹. Retsprincipper må opfattes som en form for retsnormer, der ved deres generelle karakter adskiller sig fra andre, mere præcise normer. De vil typisk opfattes som brugbare til at vurdere både andre mere konkrete normer og retsafgørelser. Retsprincipper kan anvendes til at kritisere konkrete retsregler eller konkrete lovforslag. Principperne kan også bruges som udgangspunkt for en systematisering af retten.

Det er anerkendt, at anvendelse af retsprincipper blandt andet kan betyde, at man i retsafgørelser indtager en kritisk holdning til retsafgørelser.

På ovenstående baggrund kan det næppe hævdes at koordinations-tankegangen eller –teorien i sig selv udgør et anerkendt retsprincip. Derimod kan det hævdes, at koordinationstankegangen med tiden kan udvikle sig til et sådant retsprincip, hvis fornøden tilslutning og anerkendelse heraf opnås.

Foreliggende bidrag skal følgelig ses som skridt i retning af at introducere koordinationstankegangen som et retsprincip med det indhold, at samspil mellem juridisk discipliner, in concreto skatte- og civilretten kan vurderes efter koordinationsteoriens udsagn. Det medgives dog, at koordinationstankegangen ikke lader sig præcisere blot ved fremsæt-

127. Jf. *Jørgen Dalberg-Larsen & Bettina Lemann Kristiansen* i *Om retsprincipper*, 2004, s. 1 ff. Udviklingen skyldes formentlig de seminale arbejder af den amerikanske retsfilosof *Ronald Dworkin*, jf. eksempelvis *A Matter of Principle*, 1985.

128. Jf. *Jørgen Dalberg-Larsen & Bettina Lemann Kristiansen* i *Om retsprincipper*, 2004, s. 2.

129. *Loc.cit.*

telsen af enkeltstående udsagn om relationen. Skulle et enkelt udsagn fremhæves måtte det være konstateringen af, at der er tale om to sideordende og ligeværdige juridiske discipliner, blandt hvilke ingen har forrang. Snarere er der tale om en række udsagn, der er præsenteret i samlet form. Disse udsagn kan for så vidt udgøre selvstændige retsprincipper.

Kapitel 8

Tilgrænsede juridiske discipliner og skatterettens forhold hertil

§ 1 Indledning

I dette afsnit behandles skatterettens forhold til tilgrænsede juridiske discipliner. Indeldningsvis omtales visse overordnede forhold i samspillet mellem skatteret og selskabsret. Årsagen hertil er, at netop dette samspil bliver gjort til genstand for betydeligt mere dybdegående analyse i afhandlingens konfronterende Del IV. Derimod behandles samspillet mellem skatteretten og regnskabsretten allerede på dette sted i større detalje, idet dette samspil udgør en central forudsætning for forståelsen af det praktiske samspil mellem skatteret og civilret.

§ 2 Skatteret og selskabsret

2.1. Generelt

Som det allerede er fremhævet, udgør samspillet mellem skatteretten og selskabsretten en *væsentlig del* at den samlede erhvervsrelaterede problemstilling vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret¹. Selskabsretten kan anskues som en del af formueretten, men indeholder tillige visse elementer af offentlig ret, idet disciplinen er blevet mere og mere offentligretligt præget. Selskabsretten som disciplin inddrages, idet afhandlingens primære fokus er rettet mod den retlige regulering af erhvervsvirksomhed. Derfor indtager forholdet mellem skatteret og selskabsret en central placering. Særligt i tysk ret har samspillet mellem skatteret og selskabsret haft en vis bevågenhed². En tilsvarende bevå-

-
1. Sml. *Aage Michelsen* i NTS 1999, s. 91, der ligeledes fremhæver at forholdet mellem selskabsret og skatteret udgør en væsentlig del af det generelle spørgsmål om forholdet mellem skatteret og civilret.
 2. Se infra Del III og *Harm Peter Westermann*: Das Gesellschaftsrecht zwischen bürgerlichem Recht, Steuerrecht und Bilanzrecht i Festschrift til Reinhard Goerdeler, Hans

genhed har emnet ikke haft i dansk ret³. Også forholdet mellem skatteret og selskabsret kan behandles efter afhandlingens grundbetragtninger om den almindelige relation mellem skatteret og civilret. Nedenstående betragtninger skal ikke ses som en afvigelse herfra.

Som nævnt kan en del af formålet med den skatteretlige regulering være at knytte skattemæssige konsekvenser til økonomiske realiteter. Aftalefriheden medfører formentlig, at man i almindelighed med en temmelig høj grad af præcision kan beskrive de typiske selskabsformer men, at dette ikke indebærer at selskaber af samme type nødvendigvis udgør en homogen kategori ud fra et økonomisk synspunkt.

Olof Olsson har anført, at der ved fortolkningsspørgsmål i selskabs-skatte retten synes at findes særligt stærke grunde for at understrege de civilretlige reglers betydning for den skatteretlige fortolkning⁴. Forfatteren anfører, at en påstand som denne indebærer en stillingtagen til fordel for en relativt formel fortolkningsstil på dette område, men at en nuancering og præcisering er påkrævet. Det anføres, at civilretlige retsforhold ikke altid bedømmes på samme vis i forskellige relationer og sammenhænge, ligesom der ikke nødvendigvis har været lejlighed til at tage stilling til de forekommende selskabsretlige spørgsmål i selskabsretlig lovgivning eller retspraksis. Selskabsrettens betydning for den skatteretlige bedømmelse er, efter forfatterens opfattelse, ej heller klar, idet den selskabsretlige regulering er mere detaljeret og nuanceret end den skatteretlige, og det gælder om at indordne den selskabsretlige transaktion under mere generelle skatteretlige kategorier. Spørgsmålet er, hvilken »skatteretlig selskabsret« kan danne grundlag for den skatteretlige bedømmelse i disse og andre situationer, hvor forholdet mellem skatteret og civilret ikke er åbenbart. Forfatteren kan ikke give noget entydig og generelt svar herpå, men fremhæver visse dele af og

Havermann (red.), 1987, s. 697 ff, *Christian Flämig* i Juristische Schulung, 1978, s. 662 ff og diskussionerne ved 53. Deutschen Juristentag, 1980. Yderligere henvises til *Olof Olssons* bidrag i festskrift til Curt Olsson, Edward Andersson m.fl. (red.), 1989, s. 264 ff.

3. *Søren Friis Hansen* har berørt problemstillingen i Europæisk Koncernret, 1995, s. 341. Det anføres, at modsætningsforholdet mellem skatteret og selskabsret tydeligst er kommet frem ved en vurdering af de bag disciplinerne bærende hensyn og motiver. På trods af disse modstående hensyn har skatteretten ikke med overbevisning kunnet løsrive sig fra selskabsrettens styrende funktion. Således må man efter forfatterens opfattelse ved den skatteretlige retsanvendelse som udgangspunkt lægge afgørende vægt på de selskabsretlige formaliteter. Se også *Aage Michelsen* i NTS 1999, s. 91 ff, om forholdet mellem selskabsskatte ret og selskabsret.

4. Jf. Festskrift til Curt Olsson, Edward Andersson m.fl. (red.), 1989, s. 271.

elementer i selskabsretten, som efter hans opfattelse er af speciel betydning fra en skatteretlig synsvinkel. Det anføres, at det snarere må være de grundprincipper eller den model, der ligger til grund for den selskabsretlige regulering af den pågældende selskabsform, og den del af reguleringen hvori disse principper og denne model kommer til udtryk, der er skatteretligt relevant, snarere end det er den mere perifere detailregulering⁵. Gennemslagskraften ved den skatteretlige bedømmelse er større for den del af den selskabsretlige regulering, der er tvingende. Til denne dispositive kategori henregner forfatteren principielt de forhold, som parterne indenfor for lovgivningens rammer har bestemt skal lægges til grund, mens meget dog efter forfatterens opfattelse taler for at lade det selskabsretlige normalindhold, som den dispositive regulering giver udtryk, for udgør grundlaget for den skatteretlige bedømmelse, når der er tvivl eller hersker uklarhed om det aftalte indhold. Forfatteren anfører, at det ofte netop er normalindholdet, som lovgiver har haft øje for ved udformningen af den skatteretlige regulering. I de situationer hvor et retsforhold gælder mellem aftalparterne, men ikke gælder eller kun i begrænset omfang gælder i forhold til tredjemand, kan man efter forfatterens opfattelse i mange tilfælde ved den skatteretlige bedømmelse lægge vægt på retsforholdet, som det fremtræder for tredjemand. Endelig nævnes, at det også må være af betydning for, hvor nært de skatteretlige bedømmelser skal koble sig til et selskabsretligt grundlag, hvor udviklet den selskabsretlige lovgivning på det pågældende område er.

Forholdet mellem skatteret og selskabsret skal ikke omtales yderligere på det principielle plan, idet forholdet løbende i afhandlingens detailanalyser indtager en betydelig – og ligestillet – del. Som udgangspunkt udgør samspillet mellem selskabsretten og skatteretten blot en integreret del af det overordnede samspil mellem skatteret og civilret. Dog må det forudskikkes, at en konkret analyse af samspillet mellem skatteret og selskabsret i højere grad end øvrige samspil resulterer i en selskabsretlig styring af skatteretten.

Der endhenvises videre til § 7, kapitel 11 i Del III om forholdet mellem skatteret og selskabsret i tysk ret.

5. Op.cit., s. 272.

2.2. Digression om skatterettens forhold til corporate governance systemer

Med inspiration fra amerikansk ret har corporate governance debatten tiltaget sig stigende opmærksomhed også i Danmark⁶. Der findes ikke nogen entydig definition af corporate governance. Corporate governance debatten angår imidlertid traditionelt et spektrum af emner, der vedrører de retlige rammer, som selskabsretten opstiller for den ledelse og kontrol, som udøves på vegne af selskabets ejere – selskabsdeltagere – med selskabets ledelse og medarbejdere og med disses forvaltning af selskabets økonomiske midler. Det overordnede mål med corporate governance debatten er, at de retlige regler for selskabsdeltageres ledelse og kontrol bliver udformet på en måde, som sigter på en effektiv anvendelse af virksomhedernes ressourcer⁷. Et corporate governance system er dermed de juridiske og økonomiske rammer, som udfra nationale forhold, ønsker og afvejninger, tilsammen sætter grænserne for, hvordan corporate governance praktiseres⁸.

Særligt to overvejelser synes denne fokusering at give anledning til i relation til analysen af forholdet mellem skatteret og civilret. *For det første* må corporate governance målsætningen formentlig kunne udvides til også at omfatte et overordnet behov for en forbedring af samspillet mellem selskabsretten og skatteretten med den samme målsætning, som i øvrigt gør sig gældende på corporate governance området⁹. Skatteretlige aspekter kan således ikke udelades ved overordnede corporate

6. Dette gælder hvad enten man mener, at der er tale om gammel vin på nye flasker eller at der faktisk har foregået en behandling af nye problemstillinger under overskriften. Den danske oversættelse af begrebet er »selskabsstyring«.

7. Den mest omfattende analyse af corporate governance i Danmark findes i Nørbyudvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark – Anbefalinger for god selskabsledelse i Danmark, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, 2001, samt Debatoplæg om aktivt ejerskab, Tværministerielt samarbejde, udgivet af Finansministeriet, 1999. I førstnævnte rapport defineres corporate governance, s. 11 og s. 16 som »... *De mål, et selskab styres efter, og de overordnede principper og strukturer, der regulerer samspillet mellem ledelsesorganerne i selskabet, ejerne samt andre, der direkte berøres af selskabets dispositioner og virksomhed (her kollektivt benævnt selskabets »interessenter«).* Interessenter omfatter bl.a. medarbejdere, kreditorer, leverandører, kunder og lokalsamfund ...«. I dansk ret er corporate governance tillige behandlet af Søren Friis-Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II – Kapitalselskaber, 2000, s. 41 ff, Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 39 ff, samme med Ruth Nielsen i UfR 1998 B, s. 480, samme i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Torsten Iversen m.fl. (red.), 2003, s. 857 ff, Jan Schans Christensen i NTS 2001/3, samme (red.) Corporate Governance, 2004, og Mette Neville i NTS 2000/2.

8. Jf. J.E. Parkinson: Corporate Power and Responsibility, 1993, s. 159.

9. Jf. Aage Michelsen i NTS 1999, s. 92.

governance spørgsmål¹⁰. For det andet kan der mere konkret opstå sådanne situationer, hvor selskabsretten udformes under hensyntagen til corporate governance tankegangen, mens skatterettens behandling af det konkrete forhold er uanfægtet heraf. Resultatet heraf kan blive, at skatteretten dermed underminerer grundlæggende hensyn på selskabsrettens område. Ad omveje bliver der således tale om endnu en samspilsproblematik. En bærende tanke i foreliggende afhandling er, at en sådan underminering efter en konkret afvejning ikke bør forekomme.

Corporate Governance har ikke hidtil i nordisk skatteret spillet nogen rolle. Imidlertid har der i USA været set en forøget fokusering på samspillet mellem skatteretten og corporate governance systemer. Det er ikke hensigten at gennemgå indholdet i disse analyser. To centrale spørgsmål behandles gennemgående i den amerikanske litteratur¹¹: (1) corporate governance implikationer af skatteregler om selskabsfinansiering, herunder kapitalstruktur og (2) muligheden for at tilgodese corporate governance målsætninger gennem skattelovgivning med sigte direkte på selskabsledelsers adfærd. I det tværministerielle Debatoplæg om aktivt ejerskab, 1999, ses de samme spørgsmål behandles. Debatoplægget behandler således spørgsmålet om, hvorledes skattesystemet kan påvirke rammevirkårene for corporate governance i relation til ejerstrukturer og virksomhedsformer og kapitalstrukturer og gearingsgrader¹².

-
10. Jf. Hugh J. Ault: The Impact of Tax Rules on Corporate Governance i Skattenytt, 1997, s. 141 ff (143).
 11. Jf. Hugh J. Ault: The Impact of Tax Rules on Corporate Governance i Skattenytt, 1997, s. 141 ff med henvisninger. Forfatterens tentative konklusion, s. 146, er, at »... For those interested in the direction and the development of rules and principles dealing with corporate governance, it is important to keep in mind the potential of existing and proposed tax rules and their interaction with corporate governance policies. And for those, like me, whose principal interest is in taxation, similarly our perspective should be wide enough to understand that rules which may be responsive to tax policy considerations also have a corporate governance aspect.«.
 12. Op.cit., s. 115 ff. Sidstnævnte spørgsmål undergives en mere detaljeret behandling i Debatoplæggets kapitel 12, navnlig s. 282 ff. Ligeledes behandles den skatteretlige påvirkning af ledelsen af selskaberne, hvorunder navnlig den skatteretlige behandling af forskellige præstationsafhængige aflønningsformer undersøges, s. 185 ff og s. 193 ff. I Nørbyudvalget rapport om Corporate Governance i Danmark, 2002, frarådes det generelt s. 61, at bestyrelsesmedlemmer i børsnoterede selskaber aflønnes med aktieoptionsprogrammer. Det er en nærliggende tanke, at det er dette hensyn der ligger til grund for LL § 7 H om skattefrihed ved aktieløn, idet bestemmelsen ikke finder anvendelse for bestyrelsesmedlemmer. Dette formodentlige forhold kritiseres af Erik Banner-Voigt & Søren Rasmussen: Aktieløn, 2004, s. 114, note 64. Den generelle kritik kan ikke tilsluttes.

Skatterettens forhold til corporate governance problematikken indgår ikke nærmere i afhandlingens analyser.

§ 3 Skatteret og regnskabsret – herunder om regnskabsrettens funktion ved den skatteretlige faktumfrembringelse

3.1. Indledning

Sideløbende med forholdet mellem skatteret og civilret findes det vigtige samspil mellem skatteret og regnskabsret. Dette samspil udgør i sig selv grundlag for akademisk analyse¹³. De i tilknytning hertil opståede problemer har dog traditionelt ikke haft den store bevågenhed i dansk ret, et forhold der må tilskrives den omstændighed, at de opståede konverteringskonflikter relativt simpelt har kunnet løses. Med vedtagelsen af den nye årsregnskabslov 22.5. 2001¹⁴ må det dog forventes, at disse konverteringskonflikter vokser i antal og kompleksitet og dermed tiltager sig stigende opmærksomhed.

Begrundelserne for at medtage disse nedenstående analyser er *primært* at foretage en afgrænsning af forholdet mellem regnskabsret og skatteret i forhold til afhandlingens centrale problemstilling, idet emnerne er beslægtede, *sekundært*, at forholdet mellem regnskabsretten og skatteret er centralt i forbindelse med forståelse af forholdet mellem skatteret og civilret, og i et vist omfang udgør en del heraf. Endelig er begrundelsen *tertiært* at ridse centrale problemstillinger op vedrørende forholdet mellem skatteret og regnskabsret, idet der i afhandlingens øvrige afsnit inddrages regnskabsretlige spørgsmål på visse steder¹⁵. Hermed skabes et analysegrundlag og et fundament ved bedømmelsen af anvendelsen af regnskabsoplysninger i skatteretten, idet regnskabs-

13. I svensk ret har navnlig *Per Thorell* foretaget en sådan analyse, jf. forfatterens doktorafhandling *Skattelag och affärssed – En skatterättslig studie över sambandet mellan den bokföringsmässiga och skattemässiga redovisningen*, 1984. Samtidig bør det nævnes, at der for tiden pågår forskning i svensk ret om regnskabsoplysningernes skatteretlige betydning.

14. Lov om erhvervsdrivende virksomheders aflæggelse af årsregnskab mv. (årsregnskabsloven), lov nr. 448 af 7. juni 2001 baseret på lovforslag L 138.

15. En sådan inddragelse sker dog udelukkende, hvor den er åbenbart hensigtsmæssig, og hvor regnskabsretten har haft betydning for lovgivning eller retspraksis.

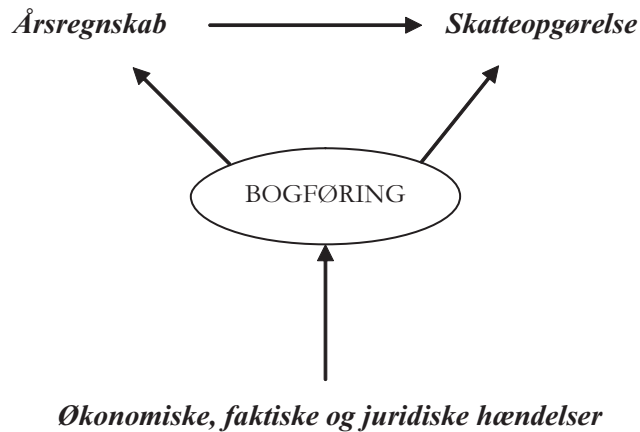
rettens civilretlige forankring og efterfølgende skatterettens regnskabsretlige forankring undersøges.

Den skattemæssige indkomstopgørelse for erhvervsdrivende tager udgangspunkt i de registreringer, der er foretaget i virksomheden om de økonomiske transaktioner mv., der vedrører det enkelte indkomstår. Herved spiller bogføringen og årsregnskabet en afgørende rolle ved tilvejebringelse af det skatteretlige beregningsgrundlag. Ved registreringen af de handlinger, selskabet igangsætter eller deltager i, og de hændelser, som selskabet oplever, sker der en afgrænsning på baggrund af registreringsreglerne i bogføringsloven. Bogføringen er en beskrivelse af den underliggende virkelighed. Denne beskrivelse udgør grundlaget for opbygningen af årsregnskabet. De registreringer, der foretages i bogføringen, skal give en relevant, dækkende og præcis beskrivelse af virkeligheden, for at kunne danne et adækvat grundlag for de afgrænsninger, vurderinger, klassificeringer og redigeringer, der foretages i regnskabet¹⁶. Denne bogføring er pålagt stort set alle selvstændige erhvervsdrivende og selskaber i henhold til bogføringsloven. Årsregnskabsloven angiver i større detalje de regnskabsmæssige krav for de af denne lov omfattede virksomheder. Virksomheden skal bogføre de transaktioner, som skal benyttes i et driftsøkonomisk årsregnskab eller til et skatteregnskab eller lignende, som er årsag til bogføringen, jf. BFL § 1, stk. 2. Alle transaktioner af økonomisk betydning skal nøjagtigt registreres, idet der herved skal henses til virksomhedens art og omfang, jf. BFL § 7, stk. 1, herunder også rent regnskabsmæssige dispositioner og korrektioner af skattemæssig karakter. Årsregnskabet er det slutprodukt, der én gang hvert år udarbejdes på baggrund af bogføringens registreringer for samme periode. Følgende illustrerer samspillet mellem bogføring, årsregnskab og skatteopgørelse:

I afhandlingen undersøges primært sammenhængen mellem årsregnskabet og skatteregnskabet¹⁷. Principelt skal bogføringen konsulteres ved ligningen af selskaber, der har udarbejdet selvangivelse på baggrund af årsregnskabet. Dette er formentlig også den praktiske hoved-

16. Jf. P. G. Sørensen: Årsregnskabet – Uafhængige aktie- kommanditaktie- og anpartsselskaber, 1994, s. 87.

17. Det er indres herved, at afhandlingens fokus er rettet mod selskaber. Som udgangspunkt er alle erhvervsdrivende virksomheder dog omfattet af årsregnskabsloven, jf. ÅRL § 1, stk. 1. Dette udgangspunkt modificeres af ÅRL § 1, stk. 3 og §§ 4, 5 og 6.



regel. Samspillet mellem skatteret og regnskabsret og herunder regnskabsrettens forhold til civilretten er således af helt afgørende betydning for at forstå de praktiske aspekter af forholdet mellem skatteret og civilret. Såfremt det viser sig, at regnskabsretten og civilretten på visse punkter er autonome, får dette den konsekvens, at skatteretten og civilretten på disse områder per se vil være autonome.

3.2. Karakteristik af regnskabsretten

Forholdet mellem skatteret og regnskabsret er grundlæggende udtryk for forholdet mellem skatteret og driftsøkonomi. I streng juridisk kontekst kan der stilles det spørgsmål, om forholdet mellem skatteret og regnskabsret grundlæggende er udtryk for et samspil mellem skatteret og civilret. Der kan argumenteres for at opfatte regnskabsretten som en selvstændig retlig disciplin. Meget taler imidlertid for at opfatte regnskabsretten, her benyttet i snæver forstand, som omfattende virksomheder omfattet af årsregnskabsloven, som værende en del af selskabsretten¹⁸. En direkte sidestilling mellem regnskabsret og civilret finder jeg imidlertid ikke holdbar, idet regnskabsretten må antages at udgøre en stærkt offentligretligt præget deldisciplin inden for selskabsretten,

18. Således indgår EU's regnskabsdirektiver som det 4. og 7. selskabsdirektiv, hhv. direktiv 78/660/EØF og direktiv 83/349/EØF. Regnskabsretten ses tillige som et selskabsretligt retsområde hos *Per Thorell* i *The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 3 f, *Erik Werlauff*: *Selskabsret*, 3. udgave, 1997, s. 770 (forholdet omtales tilsyneladende ikke i senere udgaver), og *Christen Amby* i *Förhållandet mellan bokföring och beskattning*, NSFS 17, 1987, Dansk juridisk nationalrapport. s. 19. Før implementeringen af de unionsretlige direktiver i dansk ret udgjorde selskabslovene findestedet for de relevante regnskabsbestemmelser. *Per Thorell* anfører, loc.cit, at en af hovedbegrundelserne for at anse regnskabsvæsen som en del

der dog også indeholder elementer af privatret. Beskyttelsessubjekterne ved årsregnskabsaflæggelse anføres i præamblen til 4. selskabsdirektiv (78/660/EØF) som selskabsdeltagerne og tredjemand. Denne gruppe kan siges at dække over et bredt sigte om samfundets interesse i indsigt i virksomhedernes økonomiske forhold¹⁹. Tilsvarende tilsigtes det med bogføringslovgivningen at sikre det fornødne dokumentationsmateriale i form af registreringer, dokumentation, oplysninger og beskrivelser til brug for årsregnskabs eller skatteregnskabs udarbejdelse. Bogføringsloven regulerer de fælles mindstekrav, der indfrier de samfundsmæssige informationsbehov og samtidig giver mulighed for den nødvendige kontrol. Der skal således udvises varsomhed ved at benytte begrebet civilret om regnskabsreguleringen²⁰. Overskriften: »skatteret og regnskabsret« er derfor mest rammende, idet emnet ikke direkte udgør en integreret del af forholdet mellem skatteret og civilret.

3.3. Hensyn bag lovgivningen – mål og midler

En virksomhed bogfører for at fastholde, bearbejde og dokumentere oplysninger om sit økonomiske hændelsesforløb. Ved hjælp af bogføringen beskrives således de økonomiske konsekvenser af alle virksomhedens transaktioner samt de øvrige hændelser og forhold, der har påvirket virksomhedens økonomi. Bogføringen fastholder ved registrering de økonomiske data om transaktioner og hændelser, der danner basis for virksomhedens efterfølgende bearbejdning og anvendelse i øvrigt af disse data, herunder navnlig opgørelser og opstillinger af regnskaber. Samfundet har en betydelig interesse i, at erhvervsdrivende virksomheder har en pligt til at bogføre og opbevare regnskabsmaterialet, hvilket udgør en del af begrundelsen for udarbejdelsen af bogføringslovgivningen. Øvrige interessegrupper må tillige antages at forvente, at virksomhedens registreringer er relevante og pålidelige. Også

af selskabsretten er, at de regnskabsmæssige resultater i de fleste lande også benyttes som grundlag for udlodningen af indkomst. Regnskabsmæssigt overskud er som hovedregel disponibelt.

19. Ved den nye danske årsregnskabslov er der gennemført en række ændringer, der skal tilgodese nye ikke-regnskabskyndige regnskabsbrugere, jf. bemærkningerne til L 138, FT 2000/2001 Tillæg A, spalte 3206 ff.

20. Modsat *Arne From Petersen* i Förhållandet mellan bokföring och beskattning, NSFS 17, 1987, Dansk økonomisk nationalrapport, s. 7 ff og *John Engsig* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 153 f. I svensk ret har *Per Thorell* anført, at såfremt regnskabsretten skal anses som værende civilret, er der tale om civilretlig lovgivning med meget særegne træk, jf. Skattelag och affärssed, 1984, s. 43.

derfor er der lovgivet om bogføring. I bogføringslovens § 6, stk. 1 er indsat et krav om, at bogføringen skal tilrettelægges og udføres i overensstemmelse med god bogføringsskik under hensyn til virksomhedens art og omfang.

Årsregnskabsloven tilsigter, at årsrapporten skal give et retvisende billede af den regnskabspligtige virksomheds aktiver og passiver, finansielle stilling samt resultat, jf. ÅRL § 11, stk. 1. Årsrapporten skal udarbejdes således, at den støtter eksterne regnskabsbrugere i deres økonomiske beslutninger. Den brede kreds af interessesubjekter angives i ÅRL § 12, stk. 2, 2. pkt. som værende personer, virksomheder, organisationer og offentlige myndigheder mv., hvis økonomiske beslutninger normalt må forventes at blive påvirket af en årsrapport, herunder nuværende og mulige virksomhedsdeltagere, kreditorer, medarbejdere, kunder, alliancepartnere, lokalsamfundet samt tilskudsgivende og fiskale myndigheder. Årsregnskabslovens målsætninger tilsikres gennem kravet om at årsrapporten skal give et retvisende billede. I lovens § 13 angives en række grundlæggende forudsætninger for regnskabsafleggelsen, der tilsigter at markere årsrapportens målsætning. Således skal årsrapporten (1) udarbejdes på en klar og overskuelig måde (klarhed), (2) der skal tages hensyn til de reelle forhold frem for formaliteter uden reelt indhold (substans), (3) alle relevante forhold skal indgå i årsrapporten, medmindre de er ubetydelige (væsentlighed), (4) driften af en aktivitet formodes at fortsætte (going concern), medmindre den ikke skal, eller ikke antages at kunne fortsætte, (5) enhver værdiændring skal vises, uanset indvirkningen på egenkapital og resultatopgørelse (neutralitet), (6) transaktioner, begivenheder og værdiændringer skal indregnes, når de indtræffer, uanset tidspunktet for betaling (periodisering), (7) indregningsmetoder og målegrundlag skal anvendes ensartet på samme kategori af forhold (konsistens), (8) hver transaktion, begivenhed og værdiændring skal indregnes og måles hver for sig, ligesom de enkelte forhold ikke må modregnes med hinanden (bruttoværdi), (9) primobalancen for regnskabsåret skal svare til ultimobalancen for det foregående regnskabsår (formel kontinuitet). Ydermere spiller forsigtighedsgrundsætningen stadig en rolle i regnskabslovgivningen om end i en moderniseret version efter 1.1. 2002.

3.4. Samspil mellem regnskabsret og (øvrige) civilret

Der består et samspil mellem regnskabsretten og (øvrige dele af) civilretten. Der foretages ikke selvstændige civilretlige vurderinger i for-

bindelse med bogføring af virksomhedernes transaktioner. Der indhentes dokumentation for givne hændelser mv. Der vil dog utvivlsomt bestå et sammenfald mellem en civilretlig vurdering af den givne hændelse og den indhentede dokumentation, idet der er tale om faktiske hændelser, herunder uanfægtede fordringer og realiserede køb og salg mv. Bemærkningerne til bogføringsloven²¹ indeholder ikke en nærmere stillingtagen til bogføringens civilretlige forankring. Ej heller bemærkningerne til årsregnskabsloven indeholder en stillingtagen til regnskabet forhold til civilretten²². For dele af regnskabsretten gælder imidlertid en nær tilknytning til civilretten. Dette gælder for eksempel ved spørgsmålet om, hvad der udgør aktiver og forpligtelser på regnskabs balance samt ved klassifikationen af aktiver. Civilretten kan således være til hjælp ved behandlingen af disse spørgsmål, men behøver ikke være afgørende²³. Det er i og for sig ikke bemærkelsesværdigt, at der ikke kan opretholdes en streng kongruens mellem regnskabsretten og civilretten, når der henses til, at målsætningerne bag mange civilretlige regler kan være vanskeligt foreneligt med indholdet i og målsætningen med regnskabet²⁴. Der findes således flere poster i selskabernes årsregnskaber, der er rent regnskabstekniske og ikke civilretligt forankrede. For størstedelen af transaktioner er de nedenfor behandlede problemer ikke aktuelle. De i regnskabet registrerede forhold vil ofte tillige være udtryk for en civilretlig rettighed eller pligt. Endda forholder det sig formentlig således, at regnskabet ikke er retvisende, såfremt de rapporterede aktiver, forpligtelser mv. ikke udtrykker en ret eller en pligt, der kan udøves i civilretlig henseende. Regnskabsretten og civilretten spiller derfor sammen langt hen ad vejen. Interessant bliver det særligt, hvor der er afvigelser mellem civilret og regnskabsret, herunder ved en konsekvent brug af substansforudsætningen. Dette gælder videre i forhold til skatteretten. Som det anføres nedenfor, er også regnskabsretten i vidt omfang præjudiciel i forhold til skatteretten. Hvis ikke de regnskabsmæssigt posterede resultater civilretligt eksisterer eller er indtrådt, kan det siges, at skatteretten, for så vidt angår virksomheders indkomstopgørelser, i praksis er løsrevet fra civilretten,

21. L 63, jf. FT 1998/1999, tillæg A, spalte 1712 ff.

22. L 138 som omtalt supra.

23. Jf. *Per Thorell: Skattelag och affärssed*, 1984, s. 38 ff.

24. Man må dog ikke undervurdere de fordele, det ville have, såfremt regnskabsretten havde en fast og bestemt baggrund.

og at denne løsrivelse endda nærmest er sat på formel. Det har derfor stor relevans at undersøge, hvorledes regnskabsretten er funderet i den almindelige civilret. De følgende betragtninger er derfor ikke udtryk for et postulat om, at det civilretligt altid har relevans at kvalificere regnskabsmæssige poster. Noget sådant vil kun sjældent være tilfældet og kan i den forbindelse formentlig indebære, at den regnskabsmæssige behandling får bevismæssig betydning i civilretlig sammenhæng. Eksercitsen i det følgende foretages alene som følge af skatteretlige overvejelser.

Visse regnskabsposter baserer sig på civilretligt beslægtede eller endda umiddelbart overførte forudsætninger. Dog findes der tillige poster, der er af rent regnskabsteknisk natur uden hold i civilretten. Således skal virksomheders årsregnskaber læses med de forbehold in mente, at ikke alle oplysninger har civilretlig rygstøtte. Ikke alle aktiver ejes af virksomheden i civilretlig forstand, og ikke alle forpligtelser udgør en retlig pligt for virksomheden. Tilsvarende er ikke nødvendigvis alle indtægter realiserede og ikke nødvendigvis alle indregnede omkostninger afholdt.

De følgende betragtninger tager udgangspunkt i den systematik, der præsenteres i de til årsregnskabsloven hørende regnskabsskemaer²⁵.

3.4.1. Årsregnskabets balance

De følgende bemærkninger tager sigte på virksomheder, der er omfattet af regnskabskategori B, C og D²⁶. Balance og resultatopgørelse for virksomheder omfattet af regnskabsklasse B og C skal opstilles i skematisk form i overensstemmelse med bilag 2 skema 1 eller 2 og skema 3 eller 4²⁷. Balancen består af indregnede aktiver, indregnede forpligtelser, herunder hensatte forpligtelser, og egenkapitalen²⁸.

25. Jf. lovens bilag 2.

26. Jf. ÅRL § 7.

27. Jf. ÅRL § 23, stk. 1 og ÅRL § 78, stk. 1, jf. § 23, stk. 1 og § 102, stk. 1, jf. § 23, stk. 1.

28. Jf. ÅRL § 25.

3.4.1.1. Aktiver

A) Generelt

I bilag 1, C, nr. 1 og 5 til årsregnskabsloven defineres aktiver og forpligtelser²⁹. Disse definitioner er meget brede og tilsigter at sætte rammerne for, hvad der generelt skal forstås som aktiver og forpligtelser. Af nr. 1 fremgår, at aktiverne udgør *ressourcer, som er under virksomhedens kontrol som et resultat af tidligere begivenheder, og hvorfra fremtidige økonomiske fordele forventes at tilflyde virksomheden*. Denne definition er i overensstemmelse med IASC's begrebsramme afsnit 49³⁰. Det fremgår

29. Se generelt om aktiver eksempelvis *Jens O. Elling: Årsrapporten – teori og regulering*, 2002, s. 189 ff.

30. IASC (International Accounting Standards Committee) har til formål i offentligheden interesse at udarbejde og udgive regnskabsstandards, som bør følges ved udarbejdelsen af årsregnskaber, samt at fremme disse standards anerkendelse og overholdelse i hele verden. Desuden har IASC til formål generelt at arbejde for en forbedring og harmonisering af de bestemmelser, regnskabsstandards og metoder, der knytter sin til aflæggelsen af årsregnskaber. IASC har på denne baggrund indtil videre udarbejdet 39 internationale regnskabsstandards, International Accounting Standards (IAS) nu benævnt International Financial Reporting Standards (IFRS), jf. herved Internationale regnskabsstandards 1-39, Bind I-II, Forlaget Thomson og Foreningen af Statsautoriserede Revisorer, 2002. De internationale regnskabsstandards har stigende betydning, både direkte som referencegrundlag ved udarbejdelsen af nationale regnskabsstandards og direkte som grundlag for en række virksomheders valg af regnskabspraksis. I dansk regnskabsret må vedtagelsen af den nye årsregnskabslov 22.5.2001 da også ses som et væsentligt skridt i retning af dansk tilslutning til internationale regnskabsstandards. Således antages det, at de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, med hjemmel i ÅRL § 136, stk. 1 udstedte standarder lægger sig op ad internationale regnskabsstandards. Med henblik på at øge sammenligneligheden af børsnoterede selskabers årsregnskaber har Europa-Parlamentet og Rådet vedtaget en forordning om anvendelse af IASC's internationale regnskabsstandards indenfor EU, jf. Forordning nr. 1606/2002 af 19.7. 2002 om anvendelse af internationale regnskabsstandards. Hovedindholdet heri er, jf. artikel 4 og 5, at børsnoterede virksomheder senest fra år 2005 skal udarbejde koncernregnskaber i overensstemmelse med IAS. Medlemsstaterne vil få tilladelse til enten at kræve eller tillade ikke-børsnoterede selskaber af offentliggøre årsregnskaber i overensstemmelse med de samme regnskabsstandards som de børsnoterede selskaber. Udgangspunktet er, at kravet om brug af IAS retter sig mod koncernregnskaber, men medlemsstaterne kan give tilladelse til eller kræve brugen af IAS til individuelle regnskaber. Tendensen må således forventes at gå i retning af, at IASC antager karakter af normskaber på det regnskabsretlige område, og at de udstedte regnskabsstandards (IAS) antager karakter af retskilder. I forlængelse heraf er det værd at notere, at Kommissionen forventer, at udviklingen i regnskabsharmoniseringen generelt kan bidrage til den videre udvikling af et fælles selskabsskattegrundlag, og de internationale regnskabsstandards kan efter Kommissionens opfattelse i vid udstrækning tjene som nyttigt referencepunkt, jf. KOM (2001) 582 endelig udgave, s. 19. Se analytisk til dette spørgsmål *Christopher Spengel* i ET 2003, s. 253 ff, og *Wolfgang Schön* i ET 2004, s. 426 ff. Se om den skatteretlige betydning af implementeringen af standarderne i belgisk ret, *Jacqueline Haverals* i ET 2005, s. 199 ff.

af afsnit 50 i IASC's begrebsramme, at ikke alle poster skal indregnes i balancen. Dette skyldes, at definitionen af aktiver (og gæld) udelukkende redegør for deres væsentligste kendetegn, men ikke gør forsøg på at specificere de kriterier, der skal være opfyldt, før de kan indregnes i balancen. I afsnit 53-59 i begrebsrammen omtales aktiverne yderligere, idet det ytres, at den fremtidige økonomiske fordel, der ligger i et aktiv, er det potentiale, der direkte eller indirekte, bidrager til pengestrømmene i virksomheden. Det kan være et produktionspotentiale, der udgør en del af virksomhedens driftsmæssige aktiviteter. Det kan også være fordele, der kan konverteres til kontante pengestrømme eller en mulighed for at reducere udbetalinger. Det anføres, at de fremtidige økonomiske fordele ved et aktiv kan tilflyde virksomheden på forskellig vis, herunder for eksempel ved anvendelse alene eller sammen med andre aktiver ved produktion af varer eller tjenesteydelser, der sælges af virksomheden, byttes med andre aktiver, anvendes til afvikling af gæld, eller udloddes til ejerne af virksomheden. At et konkret forhold falder ind under definitionen på et aktiv eller en forpligtelse, er ikke ensbetydende med, at forholdet skal indregnes i balancen. Virksomheden kan som hovedregel kun indregne poster i balancen, som opfylder både definitionerne og indregningskriterierne. Indregningskriterierne for aktiver og forpligtelser følger af ÅRL § 33. Et aktiv skal således indregnes i balancen, når det bliver sandsynligt, at fremtidige økonomiske fordele vil tilflyde virksomheden, og aktivets værdi kan måles pålideligt, jf. ÅRL § 33, stk. 1, 1. pkt. Alene de aktiver og forpligtelser, som kan måles pålideligt, tillades således indregnet. Dette betyder, at indregningen af aktiver og forpligtelser kommer til at bestå af en ægte delmængde af de aktiver og forpligtelser, som definitionerne omfatter. Derved frasorteres mange aktiver og forpligtelser, som nok opfylder definitionerne, men som ikke opfylder kravene til pålidelighed³¹. Formålet er at forhindre indregning af aktiver og forpligtelser, som hviler på et spin-kelt grundlag³².

31. Jf. bemærkningerne til L 138 ad § 25.

32. De aktiver, der frasorteres, vil ofte være videnaktiver, dvs. organisatoriske og personale-mæssige videnressourcer, men også unikke varemærker og patenter kan risikere ikke at opfylde indregningskriterierne. Frasorterede aktiver og forpligtelser kan i stedet omtales i noter eller i årsberetningen.

Begrebet »aktiv« indgår ikke generelt i civilretlig terminologi³³. I civilretten skelnes mellem forskellige typer af rettigheder over formuegoder. Den mest omfattende rettighed er *ejendomsretten*. En anden rettighed, som ofte har betydning i regnskabsmæssig sammenhæng, er *fordringsretten*³⁴. Begrebet er en generel betegnelse for alle muligheder for at få aktivet med ejendomsret fra overdrageren. Der er ikke givet nærmere retningslinier for, hvornår ejendomsretten til brug for regnskabet anses for eksisterende. Traditionelt anvendes ejendomsretsbegrebet om *den fuldstændige ejendomsret*. Denne rettighedstype er karakteriseret ved, at dens indehaver er berettiget til at råde i enhver henseende, hvor der ikke ved lovgivning eller privat viljeserklæring er fastsat særlige begrænsninger herfor. Det må antages, at det er den fuldstændige ejendomsret til aktiver, der sigtes til med ovennævnte vejledning. Heraf kan dog ikke sluttet modsætningsvis, idet det ikke kan udelukkes, at visse begrænsede rettigheder kan/skal aktiveres, jf. om brugsrettigheder nedenfor. Ejendomsretten er ikke noget statisk begreb indenfor civilretten. Der findes derfor ikke noget lovfæstet tidspunkt for ejendomsrettens overgang. I moderne civilretlig doktrin anses ejendomsretten at gå over successivt både for så vidt angår fast ejendom og løsøre. Dette indebærer, at man på forskellige stadier i en transaktion må efterprøve, hvilke rettigheder og pligter der tilkommer parterne, herunder for eksempel retten til afkast, videresalg, bærer af risiko etc. Når samtlige rettigheder og pligter vedrørende et bestemt aktiv er overgået til køberen, kan denne siges at have »fuld« ejendomsret over aktivet. Dette indebærer, at køberen er tingsretligt beskyttet. Spørgsmålet om, hvornår ejendomsretten til et aktiv overgår fra sælger til køber, bør derfor efter gængs civilretlig opfattelse ikke diskuteres udfra et bestemt tidspunkt, idet forskellige retsfølger bør knyttes til forskellige momenter i overdragelseskæden. Det regnskabsmæssigt mest betydningsfulde tidspunkt, inden samtlige rettigheder og pligter er overgået til køberen er, når parterne gennem aftale er bundet. Parternes kontraktsretlige bundethed udgør som regel udgangspunktet for de fordringer, som kan være aktuelle ud fra et regnskabsmæssigt peri-

33. Se om spørgsmålet i tysk ret *Rainer Walz: Wirtschaftsgüter und wirtschaftliches Eigentum. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Gegenstandswelt von Zivilrecht und Steuerrecht*, 1999, s. 463 ff.

34. Jf. *Per Thorell: Skattelag och affärssed*, 1984, s. 38 ff om aktiver.

odiseringssynspunkt³⁵. Herefter har tidspunktet for opnåelse af fuld ejendomsret interesse, idet køberen herved kan anses som værende kontraktsretlig og tingsretlig ejer af aktivet. Som regel har køberen ikke tingsretlig beskyttelse, før aktivet overdrages til vedkommende, hvorfor man først kan tale om fuld ejendomsret efter dette tidspunkt.

Aktivbegrebet benyttes dog ved individualforfølgning i den materielle fogedret herunder nærmere bestemt til fastlæggelsen af udlægsgenstanden, jf. RPL § 508, hvorefter udlæg kan foretages i rede penge samt i fast ejendom, løsøre og andre aktiver, hvis identitet kan fastslås, men ikke i fremtidige erhvervelser³⁶. Denne bestemmelse er en præcisering af RPL § 507, der indebærer, at der kan foretages udlæg i skyldnerens formue. RPL § 507, stk. 1 udelukker indirekte tredjemands formue fra udlægsgenstanden. Det er en forudsætning, at aktivet udgør en økonomisk værdi for debitor, samt at aktivet har en vis aktualitet. Tilsvarende benyttes den omtalte afgrænsning af udlægsgenstanden til også at afgrænse konkursmassen³⁷. Ligeledes benyttes aktivbegrebet til beskrivelse af panteobjektet.

Antages det civilretlige aktivbegreb at være kendetegnende ved ovenstående karakteristika, må begrebet antages at omfatte penge, fast ejendom og løsøre af økonomisk værdi for ejeren. Heri ligger således ikke noget specifikt krav om, at der skal være ejendomsret til et formuegode, førend dette kan kategoriseres som værende et aktiv i civilretlig henseende, om end der formentlig ikke kan foretages udlæg i begrænsede rettigheder. Begrænsede rettigheder bør imidlertid tillige indgå i et generelt civilretligt aktivbegreb. I mere generelle termer kan et »aktiv« i civilretlig henseende formentlig siges at være karakteriseret ved (1) omsættelighed eller en omsætningsmulighed, (2) pengeværdi, (3) tilstedeværelsen af et retligt krav/ en rettighed og/eller ejendomsret/ejerskab. Hermed må begrebet antages at være snævrere end det regnskabsretlige begreb og udgør blot en del af det regnskabsretlige aktivbegreb. Vel indbefatter begrebet i civilretlig henseende formuegoder af økonomisk værdi, men samtidig må det ses som et krav, at tredjemand ikke besidder aktivet.

Der fremgår ikke specifikke krav i regnskabslovgivningen om ejen-

35. Op.cit., s. 40.

36. Jf. herom *Bernhard Gomard*: Fogedret, 1997, s. 73 ff og *Bo von Eyben & Peter Møgelvang-Hansen*: Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, 2001, s. 54 ff.

37. Jf. KL § 32, jf. § 36.

domsretten til balanceførte aktiver. Endda fremgår det af bemærkningerne til årsregnskabsloven, at hverken definitionen på aktiver eller indregningskriterierne stiller krav om ejerskab til aktivet som betingelse for aktivering³⁸. Såfremt ejendomsretten er tvivlsom, vil aktiveringen af det givne aktiv næppe leve op til kravet om at give et retvisende billede. Dog kan substanskravet indebære, at den økonomiske rådighed over et aktiv skal aktiveres. Således vil en virksomheds faktiske kontrol over og benyttelse af et aktiv, kunne medføre aktiveringspligt – en pligt som forventes særligt at få betydning for virksomheder, som har indgået aftaler om finansiel leasing. Spørgsmålet om hvilke rettigheder, som skal tilkomme selskabet for at et aktiv skal balanceføres, er ikke behandlet i bemærkningerne til årsregnskabsloven (L 138). Dette kan formentlig forklares med, at spørgsmålet hører tæt sammen med almindeligt anerkendte regnskabsprincipper. Forholdet kan belyses ved hjælp af to af de centrale antagelser og kendetegn for regnskabsretten, nemlig de ovenfor nævnte forudsætninger om, (1) at der skal tages hensyn til de reelle forhold frem for formaliteter uden reelt indhold (substans eller substance over form), samt (2) at driften af en aktivitet formodes at fortsætte (going concern), medmindre den ikke skal eller ikke antages at kunne fortsætte³⁹.

At den regnskabsretlige regulering er formålsrettet indebærer, at det økonomiske indhold af virksomhedernes transaktioner er vigtigere end spørgsmålet om, i hvilken juridisk form disse gennemføres⁴⁰. Substanskriteriet udgør en del af kravet om regnskabets retvisende billede. Princippet indebærer, at virksomheden skal tage hensyn til forholdenes realiteter frem for formaliteter uden reelt indhold. Princippet understreges af definitionerne på aktiver og forpligtelser, som lægger vægt på, at virksomhedens effektive råden over aktiver og forpligtelser har større vægt end det juridiske ejerskab. Kravet om et retvisende billede – herunder relevans – betyder også, at realiteterne kommer i første ræk-

38. Jf. herom L 138 ad § 33 samt Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 101.

39. Jf. *Per Thorell: Skattelag och affärssed*, 1984, s. 40 f.

40. I skatteretlig henseende er denne forudsætning interessant, idet »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« i tysk ret behandler den skatteretlige generelle parallel. I dansk ret omhandler realitetsgrundsætningen tillige samme forhold i tilfælde af skatteretsmisbrug.

ke⁴¹. Som en direkte følge af dette, kan alle rettigheder, som repræsenterer en målbar økonomisk værdi hos selskabet, indgå på balancen⁴². De kvalitative udgangspunkter (indregningskriterierne) medfører dog som regel, at udelukkende sådanne rettigheder som følger af kontraktsretlig bundethed indgår i formuemassen. Inden parterne er gensidigt bundet, er rettigheden i princippet værdiløs. Ej heller forventede tab er interessante, idet sådanne i praksis aldrig vil opstå, idet selskabet i sådanne tilfælde tilbagekalder aftalen. Going concern formodningen indebærer, at man regnskabsmæssigt går ud fra, at selskabet kan udnytte sine aktiver og passiver på den planlagte måde. Vurderingen af disse poster påvirkes derfor ikke af omstændigheder, som ikke er aktualiserede. Dette indebærer, at for eksempel selskabets tingsretlige stilling er uinteressant, så længe tredjemand ikke har gjort sit krav på aktivet gældende⁴³.

I regnskabsmæssig henseende udgør således alle aktiver, der har en målbar økonomisk værdi, aktiver i selskabet. Nogen begrænsning til aktiver, som indehaves med fuld ejendomsret, gøres ikke. På balancen findes således alle aktiver, som selskabet besidder. Dette syntes at være en konsekvens af det grundlæggende periodiseringssynspunkt, der kommer til udtryk i realisationsprincippet. Heraf følger, at indtægtsregistreringen tager udgangspunkt i en helhedsbedømmelse af omstændighederne i transaktionen, hvor indtægten som regel ikke er realiseret før end ved levering. Først på dette tidspunkt ændrer aktivet karakter hos sælger for eksempel fra lager til fordring. I konsekvens heraf kan aktivet ikke anses som tilhørende køberen før end efter levering⁴⁴. Hvorvidt parterne er kontraktsretligt bundet forinden dette tidspunkt er i denne sammenhæng uden betydning. Såfremt der ikke foreligger særlige omstændigheder bogføres således ikke andet end aktiver, som besiddes med fuld ejendomsret på balancen. Der findes dog undtagelser fra dette hovedprincip. En sådan er, hvor et aktiv (en rettighed) som selskabet kontraktsretligt har erhvervet, og der sker en nedgang i værdi inden levering⁴⁵. I sådanne tilfælde kan det økonomiske indhold af

41. Jf. bemærkningerne til Lovforslag L 138 om årsregnskabsloven, ad § 13. Princippet har eksempelvis betydning for indregning af finansielt leasede aktiver, hvor det afgørende er virksomhedens effektive råden over aktivet uanset formelt ejerskab.

42. Jf. *Per Thorell* op.cit., s. 41.

43. Loc.cit.

44. Loc.cit.

45. Jf. herom *Per Thorell*: Skattelag och affärssed, 1984, s. 41.

prisnedgangen være af betydning med hensyn til at bedømme selskabets resultat og stilling, hvorfor den skal rapporteres (følger af princippet om periodetilknyttet omkostningsrapportering). Med hvilken ret aktivet besiddes, er således betydningsløst i de tilfælde, hvor aktiver vurderes at forårsage tab eller omkostninger for selskabet. En sådan regnskabsførelse er blandt andet en følge regnskabsrettens formål og going concern formodningen. Nogen given regnskabsmæssig metode til at regnskabsføre et aktiv ud fra det civilretlige regelsystem findes således ikke.

For regnskabsbrugere er det relevant at få et indtryk af den forventede indtjening, og dermed værdien af de aktiver virksomheden råder over, og ikke blot dem den formelt ejer. Omfanget af det formelle ejerskab har for så vidt kun relevans, hvis manglende ejerskab er afgørende for virksomhedens råden over aktivet⁴⁶. Indregning uden hensyn til formelt ejerskab stemmer overens med formålet med et driftsøkonomisk regnskab for den økonomiske enhed, som årsregnskabet skal beskrive⁴⁷. Det skal dog bemærkes, at det formelle ejerskab typisk er særdeles relevant i skatteretlig henseende.

Selvom der ikke gælder et lovfæstet krav om tilsikring af balanceposternes retlige eksistens, medfører den praktiske revisionshandling, at den retlige eksistens alligevel tilsikres. FSR's Revisionstekniske udvalg har udarbejdet en vejledning om grundlæggende principper for revision af regnskaber⁴⁸. Principperne heri er grundlæggende for udførelsen af den praktiske revision. Revisionens planlægning og udførelse samt revisors rapportering skal ske på grundlag af revisors vurdering af væsentlighed og risiko. Revisionen skal udføres således, at hovedvægten lægges på de poster i regnskabet og de dele af registreringssystemerne, inden for hvilke risikoen for væsentlige fejl er størst⁴⁹. Videre skal revisor ved revisionens planlægning og udførelse vurdere risikoen for, at der forekommer væsentlige fejl i regnskabet i relation til revisionsmålene. Som to centrale af disse revisionsmål fremhæves i pkt. 4.4. »tilstedeværelse» og »ejendomsret». Selve revisionsprocessen skal indeholde en substansrevision⁵⁰. Substansrevision er de metoder og ar-

46. Jf. Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 101.

47. Loc.cit.

48. Foreningen af Statsautoriserede revisorer: Vejledning om grundlæggende principper for revision af regnskaber, 1993.

49. Jf. vejledningens pkt. 4.1.

50. Jf. vejledningens pkt. 5.1.

bejdshandlinger, revisor anvender for at overbevise sig om, at transaktionerne er bogført korrekt, herunder at aktiverne er til stede, at de ejes af virksomheden, og at de er værdiansat forsvarligt, at samtlige de forpligtelser, herunder eventualforpligtelser der påhviler virksomheden, er medtaget og er værdiansat korrekt⁵¹. Substansrevisionen retter sig mod enkeltposter eller udsagn i regnskaber og kan inddeles i regnskabsanalytisk revision og detailrevision, hvor navnlig sidstnævnte er relevant i denne kontekst. Ved detailrevision indhenter revisor således dokumentation, som bekræfter eller underbygger rigtigheden af poster i årsregnskabet⁵². De almindeligste metoder er forespørgsler og indhentning af bekræftelser, fysisk kontrol, efterregning, efterprøvning af regnskabsmæssige skøn, afstemninger, stikprøvevis kontrol af bilag samt gennemgang af skriftlige aftaler.

B) Anlægsaktiver

Anlægsaktiver defineres i bilag 1, C.2. til årsregnskabsloven som *aktiver, der er bestemt til vedvarende eje eller brug for virksomheden*. Udtrykket »bestemt til vedvarende eje eller brug« stammer fra forsøget på at skabe en fællesnordisk aktieselskabslovgivning⁵³. ÅRL tager sit udgangspunkt i formuegoder, hvorover selskabet har en ejers beføjelser. Årsregnskabslovens regler om måling (værdiansættelse) indebærer, at der ved første indregning tages udgangspunkt i aktivernes kostpris eller forpligtelsernes nettorealisationseværdi, jf. ÅRL § 36. Købsprisen for aktiver kan bidrage til at dokumentere den civilretlige eksistens af givne aktiver, idet revisor undersøger tilstedeværelsen af faktura, skøde, leveringskontrakt, købsnota eller lignende. Ved ordene »eller brug« er tilsigtet muligheden for at aktivere formuegoder, hvortil selskabet ikke har ejendomsret, men i stedet en begrænset rettighed. Formuegoder, hvorover selskabet kun har brugsret, kan ud fra konkrete betragtninger reelt sidestilles med ejendomsret (i regnskabsretlig henseende) og aktiveres⁵⁴. Ligeledes er det praksis at aktivere anlægsaktiver, der er erhvervet med ejendomsforbehold. Videre kan indretning af lejede lokaler i et vist (forsigtigt) omfang aktiveres. Endelig skal nævnes, at det er

51. Jf. pkt. 7.1.

52. Jf. pkt. 7.10.

53. Jf. Bet. nr. 540, 1969.

54. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.*: Årsrapporten – Kommentarer til årsregnskabsloven, 2003, s. 305, hvor forholdet dog ikke analyseres nærmere.

accepteret, at igangværende arbejder for fremmed regning aktiveres, uanset at godet helt eller delvis ejes af køberen (bygherren)⁵⁵. *Materielle anlægsaktiver* er anlægsaktiver med fysisk substans. Det følger af indregningskriterierne, at disse aktiver principielt indregnes fra anskaffelsestidspunktet, hvilket vil ske ved en overtagelse af en sådan grad af kontrol med aktivet, at det kan bruges inden for den pågældende aktivitet. Det civilretlige ejerskab synes forudsat ved denne aktivgruppe. Ved den praktiske revision kan virksomhedens adkomst nærmere undersøges, for eksempel ved konsultation af tingbogen. *Aktiverede leasingaktiver*, der efter årsregnskabsloven udgør et aktiv, men næppe efter civilretten, vil udgøre et aktiv. *Immaterielle anlægsaktiver* er ikke defineret, men kun repræsenteret ved en opstilling af typer af immaterielle anlægsaktiver, jf. bilag 2 til ÅRL. Immaterielle anlægsaktiver er aktiverede udgifter til rettigheder mv., der ikke manifesterer sig tingligt⁵⁶. Immaterielle aktiver, over hvilke virksomheden besidder ejendomsretten, kan aktiveres. Også visse begrænsede rettigheder kan aktiveres, herunder enerettigheder, navnerettigheder og udnyttelsesrettigheder. Det er i denne forbindelse kun immaterielle anlægsaktiver, der er erhvervet mod vederlag, der kan aktiveres. Eksempelvis *aktiverede udviklingsomkostninger* harmonerer ikke med en civilretlig opfattelse af, hvad der kan udgøre et aktiv. Hvad angår *finansielle aktiver* er det i årsregnskabsloven forudsat, at indregningen af disse sker efter almindelige formueretlige principper, hvilket vil sige ved opnåelsen af ejendomsretten og ejerskabet til aktiverne⁵⁷. Virksomheder kan også ved aftale erhverve en rettighed til betingende fremtidige gevinster uden samtidig at have opnået ejendomsretten.

C) Omsætningsaktiver

Omsætningsaktiver er aktiver, der ikke er anlægsaktiver, jf. bilag 1, C. 3. til årsregnskabsloven. Kravet om ejerskab fremgår for omsætningsaktiver ikke direkte af bilag 1 til ÅRL. I almindelighed må der slutes analogt fra definitionen af anlægsaktiver, således at ejede formuegoder

55. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.: Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen*, 1998, s. 248, der med rette anfører, at aktiveringen ikke præjudicerer den juridiske afgørelse af ejerskabet (synes ikke at være gentaget i senere udgaver).

56. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.: Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen*, 1998, s. 875.

57. Jf. Regnskabsrådet rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 125.

som udgangspunkt altid aktiveres⁵⁸. Såfremt *varebeholdninger* aktiveres som egentlige fysiske aktiver, er der typisk tale om aktiver, til hvilke selskabet har ejendomsretten. Varebeholdningerne skal være fysisk eksisterende, de skal kunne identificeres og optælles. Ejendomsretten til varebeholdningen skal være uomtvistet⁵⁹. Råvarer anses sædvanligvis som erhvervet ved leveringen til selskabet. Posten kan imidlertid også omfatte aktiveret løn mv. og udlæg i forbindelse med endnu ikke fakturerede tjenesteydelser. Revisor verificerer tilstedeværelsen af de fysiske aktiver. *Tilgodehavender* omfatter i grove træk alle selskabets fordringer mod tredjemand. Såfremt en *debitorpost*, ud fra devicen om at tage tabet, når det truer (forsigtighedsgrundsætningen), nedskrives i balancen, er der regnskabsmæssigt tale om et aktiv af en mindre størrelse, end der formentlig efter den civilretlige bedømmelse vil være tale om. Ved *varetilgodehavender* efterprøver revisor debtors eksistens og herved fordringens eksistens. Ejendomsretten til *igangværende arbejder for fremmed regning* er i reglen køberens, for eksempel bygherrens, enten fordi et anlæg opføres på dennes ejendom, eller fordi bygherren har betinget sig ejendomsretten i entrepriseaftalen og håndhæver den, selv om anlægget færdigbygges hos leverandøren. *Tilgodehavender hos tilknyttede og associerede virksomheder* må antages at lægge civilretten til grund med den modifikation, at tilgodehavende udbytte kan aktiveres, selvom der ikke er truffet endelig beslutning herom på det udbyttebetalende selskabs generalforsamling. *Periodeafgrænsningsposter*, der aktiveres, er netop ikke udtryk for tilgodehavende indtægter eller skyldige udgifter (ved passivering). Er en udgift afholdt i året forud for det år, den vedrører, må udgiften overføres til næste år via periodeafgrænsningsposter. Der er herved næppe tale om et aktiv i civilretlig forstand. Hvad angår *finansielle aktiver*, er det i årsregnskabsloven som nævnt forudsat, at indregningen af disse sker efter almindelige formueretlige principper, hvilket vil sige ved opnåelsen af ejendomsretten og ejerskabet til aktiverne⁶⁰. Det civilretlige grundlag for ejendomsretten til finansielle omsætningsaktiver som *værdipapirer* og *kapitalandele* lader sig enkelt fastslå. I relation til kapitalandele må det dog forudsættes, at der

58. Jf. Olaf Hasselager m.fl.: Årsregnskaber – Kommentarer til regnskabslovgivningen, 1998, s. 245 ad den tidligere ÅRL § 16, stk. 1.

59. Jf. P. G. Sørensen: Årsregnskabet – uafhængige aktie- kommanditaktie- og anpartsselskaber, 1994, s. 205.

60. Jf. Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 125.

ikke er foretaget betydelige indskrænkninger i selskabsdeltagerrettighederne (økonomiske og forvaltningsmæssige beføjelser). *Likvide beholdninger* volder på tilsvarende vis ingen problemer. *Aktiveret udskudt skat* harmonerer dårligt med en civilretlig opfattelse af, hvad der kan siges at udgøre et aktiv.

Sammenfattende kan der af gennemgangen udledes den konstatering, at man regnskabsmæssigt rent teknisk har accepteret at lade visse poster aktivere, hvor det er tvivlsomt, om man kan tale om et aktiv der understøttes af civilretlig realitet. Dette er for så vidt ikke mærkeligt, idet regnskabsretten er baseret på den forudsætning, at aktiverne understøttes af økonomisk realitet. I praksis vil langt de fleste af de aktiver, der opfylder aktivdefinitionen, være ejet af virksomheden. Normalt indregnes kun aktiver, som ikke ejes formelt, hvis virksomheden tilnærmelsesvist har en ejers råden⁶¹. ÅRL § 60 fordrer, at virksomheden noteoplyser, hvilke aktiver der ikke ejes af virksomheden. Dette skal forstås som de aktiver, virksomheden ikke har den juridiske ejendomsret til⁶². Dette krav skal ses i lyset af, at hverken definitionerne på aktiver eller indregningskriterierne stiller krav om ejerskab som en betingelse for indregning i balancen.

3.4.1.2. Forpligtelser

A) Generelt

I bilag 1, C, nr. 5 til årsregnskabsloven defineres »forpligtelser« som værende eksisterende pligter for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at medføre afståelse af fremtidige økonomiske fordele. Begrebet omfatter således både gældsforpligtelser og hensatte forpligtelser (hensættelser)⁶³. Ved »passiver« forstås summen af egenkapital og indregnede forpligtelser, jf.

61. Jf. Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 101, hvor det anføres, at dette hensyn også ligger til grund for at indregne finansielt leasede aktiver, jf. IAS 17. I sin konklusion vedrørende ejerskab til aktiver anbefaler Rådet, s. 102, at det driftsøkonomiske årsregnskab ikke begrænses til kun at indregne aktiver, hvorover virksomheden har ejendomsret. Rådet finder, at det imidlertid er væsentligt at tilgodese kreditorernes – herunder skattemyndighedernes – interesse i at kende omfanget af virksomhedens samlede muligheder for at stille sikkerhed. Derfor anbefales det, at der skal gives oplysninger om, hvor stor en del af virksomhedens aktiver, der ikke er formelt ejet af virksomheden, jf. nu ÅRL § 60 omtalt i hovedteksten.

62. Jf. bemærkningerne til L 138 ad § 60.

63. Se generelt om forpligtelser eksempelvis *Jens O. Elling: Årsrapporten – teori og regulering*, 2002, s. 223 ff.

ÅRL § 25. Virksomheden kan som hovedregel kun indregne poster i balancen, som opfylder både definitionerne og indregningskriterierne. Indregningskriterierne for aktiver og forpligtelser følger af ÅRL § 33. Alene de aktiver og forpligtelser, som kan måles pålideligt, tillades indregnet. Dette betyder, som nævnt ovenfor, at indregningen af aktiver og forpligtelser kommer til at bestå af en ægte delmængde af de aktiver og forpligtelser, som definitionerne omfatter. Derved frasorteres mange aktiver og forpligtelser, som nok opfylder definitionerne, men som ikke opfylder kravene til pålidelighed⁶⁴. Formålet er at forhindre indregning af aktiver og forpligtelser, som hviler på et spinkelt grundlag. En forpligtelse skal indregnes i balancen, når det er sandsynligt, at fremtidige økonomiske fordele vil fragå virksomheden, og forpligtelsens værdi kan måles pålideligt⁶⁵. Det afgørende for opgørelsen af forpligtelserne er, om der i en eller anden form og udstrækning eksisterer et krav over for selskabet. Det er ikke afgørende, hvorledes kravet er opstået, om der er givet modydelse eller ej, eller om forpligtelsen er dokumenteret på en bestemt måde. Forpligtelser opstår typisk ved aftaler, hvor der efterfølgende udveksles ressourcer. Men også ensidige ydelser uden direkte modydelse fra modtageren er almindeligvis forpligtende⁶⁶. Aftaler indeholder forventninger, indtil fuldbyrdelsen sker. Forpligtelsen bliver først åbenbar fra det tidspunkt, hvor levering er sket, og når køberens hævebeføjelser er bortfaldet. Begrebet »forpligtelse« er et regnskabsmæssigt begreb, der ikke direkte har civilretligt sidestykke. Imidlertid forudsætter begrebet i visse tilfælde retlig forpligtelse i form af obligationsrettens skyldforhold (fordringsrettigheder). Der kan være tale om realydelse og pengeydelse.

B) Hensatte forpligtelser

Forpligtelser, der er uvisse med hensyn til størrelse eller forfaldstid, og som vedrører regnskabsåret eller tidligere regnskabsår indregnes som hensatte forpligtelser, jf. ÅRL § 47, stk. 1, 1. pkt. Se også definitionen i bilag 1, C.7. I begrebet »hensættelser« indgår et element af gældsforpligtelse. Dog adskiller hensættelser sig fra andre gældsposter derved, at forpligtelsens nøjagtige beløb eller forfaldstidspunkt ikke kendes på

64. Jf. bemærkningerne til L 138 ad § 25.

65. Jf. ÅRL § 33, stk. 2.

66. Jf. P. G. Sørensen: Årsregnskabet – Uafhængige aktieselskaber, kommanditaktie- og anpartsselskaber, 1994, s. 101.

balancetidspunktet. Udgangspunktet er derfor, at hensættelser ikke udgør gæld i civilretlig forstand. Der kan imidlertid forekomme sådanne situationer, hvor hensættelsen er udtryk for en retlig forpligtelse. Det må dog antages at afhænge af den underliggende civilret i hvert enkelt konkret tilfælde, om der er tale om en retlig forpligtelse⁶⁷.

C) Gældsforpligtelser

I årsregnskabsretlig henseende findes der tilsyneladende ikke nogen entydig definition af gældsbegrebet⁶⁸. Derimod defineres finansielle forpligtelser, jf. bilag 1, C.7., som forpligtelser i form af (1) aftalt pligt til at afgive likvider eller andre finansielle aktiver til tredjemand eller, (2) aftalt pligt til at udveksle finansielle aktiver eller forpligtelser på vilkår, der kan være ugunstige. IASC's begrebsramme (E 59) adskiller ikke gæld og hensættelser, men anfører i afsnit 49, litra b, at en gældspost er en nuværende forpligtelse for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at resultere i et træk på virksomhedens økonomiske ressourcer. I Regnskabsrådet rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 125 anføres det om *finansielle forpligtelser* (gæld), at det i årsregnskabsloven er forudsat at indregningen af disse sker efter almindelige formueretlige principper. Det anføres videre, at finansielle forpligtelser (gæld) altid indregnes, når virksomheden har indgået eller er blevet pålagt en bindende forpligtelse overfor tredjemand, og denne herved har opnået retskrav mod virksomheden. Vedrørende indregning af hensættelser gælder ikke helt samme krav. Ud over bindende og retlig forpligtelse kræver forsigtighedsprincippet, at der tages hensyn til alle forudsigelige risici og eventuelle tab, som er opstået i indeværende eller tidligere regnskabsår eller mellem balance-dagen og tidspunktet for regnskabsudarbejdelsen. Virksomheder kan også ved aftale erhverve en rettighed til betingende fremtidige tab uden samtidig at have bundet sig til en retlig økonomisk forpligtelse⁶⁹.

Ét er at retlige forpligtelser altid skal passiveres, men dette betyder ikke, at alle de forhold der passiveres er udtryk for retlige forpligtelser. Derfor skal ovenstående udsagn læses med forsigtighed. Dette under-

67. IAS 37 sonderer mellem legale og konstruktive forpligtelser. Se for en gennemgang af de enkelte typer af hensættelser, der typisk forekommer i et årsregnskab *Jakob Bundgaard* i SR-Skat 2002, s. 126 ff.

68. Se om gældsforpligtelser i årsrapporten *Rasmus Friis Jørgensen* i R&R 2002/6, s. 6 ff.

69. Jf. Regnskabsrådet rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 126.

støttes af nedenstående gennemgang af de enkelte gældsposter på balancens passivside. En obligationsretlig definition af ordet gæld kan være: »en fordring på en pengeydelse«. Herved fremkommer efterfølgende problemet vedrørende definitionen af en fordring, hvilket indebærer en ret for kreditor til af en anden person (debitor) at kræve en (penge)-ydelse erlagt⁷⁰.

Det må konstateres, at gældsposteringen i årsregnskabs balance ikke harmoniserer med det civilretlige gældsbegreb. Dette er for så vidt ikke bemærkelsesværdigt, idet der ligger forskellige hensyn bag de to reguleringsområder. Hermed medtages i regnskabsretten nogle forpligtelser, der ikke er endeligt indtruffet i juridisk forstand.

3.4.2. Årsregnskabs resultatopgørelse

3.4.2.1. Generelt

Resultatopgørelsen skal beskrive et selskabs indtjening i en oversigt over selskabets indtægtsskabelse og omkostningsanvendelse. Resultatopgørelsen består af indregnede indtægter og omkostninger, jf. ÅRL § 28⁷¹. I resultatopgørelsen indregnes alle indtægter i takt med, at de indtjenes, jf. ÅRL § 49, stk. 1. I resultatopgørelsen indregnes tillige alle omkostninger, herunder afskrivninger, nedskrivninger, nedreguleringer og hensættelser af forpligtelser, jf. atter ÅRL § 49, stk. 1. I bilag 1, C, nr. 10 og 12 til årsregnskabsloven defineres elementerne i resultatopgørelsen, nemlig indtægter og udgifter. Ved *indtægter* forstås stigninger i økonomiske fordele i regnskabsperioden i form af tilgang eller værdistigning af aktiver eller fald i forpligtelser, som medfører stigninger i egenkapitalen. I indtægter indgår dog ikke indskud fra ejere. Ved *omkostninger* forstås fald i økonomiske fordele i regnskabsperioden i form af afgang eller værdiforringelse af aktiver eller stigning i forplig-

70. Retsstillingen for offentligretlige pengekrav må som udgangspunkt udledes af den eller de relevante hjemmelsbestemmelser, da man ikke uden videre kan overføre de formueretlige regler på sådanne krav, jf. *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, 2000, s. 91. Dette skyldes først og fremmest den forskellige måde, hvorpå rets krav opstår inden for formueretten henholdsvis den offentlige ret. Formuerettens regler spiller dog en vis subsidær rolle også for de offentligretlige pengekrav. Hvis ikke de relevante hjemmelsregler giver regler om f.eks. betaling, indfrielse og forrentning mv., finder formuerettens almindelige regler analog anvendelse. For en gennemgang af sammenhængen mellem balancens gældsforpligtelser og den civilretlige opfattelse af begrebet gæld henvises til *Jakob Bundgaard i SR-Skat 2002*, s. 126 ff.

71. Se generelt om indtægter *Jens O. Elling: Årsrapporten – teori og regulering*, 2002, s. 251ff, og om omkostninger s. 277 ff.

telser, som medfører fald i egenkapitalen. I omkostninger indgår dog ikke udlodning eller uddelinger til ejere. Efter definitionerne er indtægter og omkostninger direkte afledt af indregningen og målingen af aktiver og forpligtelser. Det indebærer, at resultatopgørelsen som udgangspunkt kommer til at tjene som en specifikation af de værdiændringer, der opstår i balancen. Forhold, der ikke medfører ændringer i værdien af aktiver eller forpligtelser, får ikke indvirkning på resultatopgørelsens udsagn. Alle værdiændringer i balancen, som medfører ændring i egenkapitalen, vil som hovedregel indgå i resultatopgørelsen. Urealiserede indtægter (værdistigninger i aktiver) skal dog indtægtsføres i resultatopgørelsen. Såfremt der er civilretlig rygstøtte i balancen, medfører dette automatisk også civilretlig rygstøtte i resultatopgørelsen. Hermed er ovenstående behandling af balancen berettiget.

ÅRL § 49, stk. 1, 1. og 2. pkt. udtrykker den del af forsigtighedsgrundsætningen, som knytter sig til resultatopgørelsen ved at kræve, at der er sket indtjening. Som indtjening anses dog såvel realiserede indtægter som realisable indtægter, hvor forventningen om indbetalinger til virksomheden må anses som tilstrækkelig sikker (pålidelig). Ikke alle stigninger i aktivernes værdi eller fald i forpligtelserne indregnes som indtægter i resultatopgørelsen, selvom de opfylder den brede definition på indtægter. ÅRL § 49, stk. 1, 3. pkt., vedrørende omkostninger er derimod ikke så snæver, hvorfor alle værdifald på aktiver og stigninger i forpligtelser, som medfører fald i egenkapitalen, som udgangspunkt skal indregnes som omkostninger i resultatopgørelsen. Der skal altså mere til at indregne en indtægt end en omkostning.

Begreberne »indtægt« og »omkostning« indgår ikke som en del af den civilretlige terminologi. Begreberne må i stedet opfattes i overensstemmelse med gængs sprogbrug. Dog må det være en forudsætning for at tale om indtægter og omkostninger i civilretlig henseende, såfremt dette var meningsgivende, at der til indtægter knytter sig en fyldestgørelse af et retligt krav, ligesom omkostninger må knytte sig til selskabets opfyldelse af retlige forpligtelser.

3.4.2.2. Indtægter

Indregningen af *nettoomsætning* – og dermed avance – har betydning for størrelsen af virksomhedens produktionsomkostninger og størrelsen af varebeholdninger, jf. supra og/eller varedebitorer, jf. tillige supra. I henhold til *salgsmetoden* defineres nettoomsætningen som *indtægterne ved salg af produkter og tjenesteydelser, der henhører under selskabets ordi-*

nære drift, med fradrag af prisnedsdrag herpå samt merværdiafgift og anden skat, der er direkte forbundet med salget⁷². Kombineres denne metode med årsregnskabslovens hovedregel om, at kun konstaterede fortjenester må medtages, antages normalt, at virksomheden først må indregne *indtægter fra varesalg* på det tidspunkt, hvor ejendomsretten til varerne overgår fra virksomheden til køber, hvilket normalt er leveringstidspunktet⁷³. Tingsretligt kan ejendomsrettens overgang dog ikke entydigt fastlægges. Fysisk levering af varen til kunden behøver ikke at have fundet sted, men risikoovergangen i købelovens forstand skal være sket. I forbindelse med den praktiske anvendelse af faktureringskriteriet er det værd at bemærke, at en eventuel strid om aftalens indhold og opfyldelse normalt vil være åbenbar, når fakturaen er modtaget af køber, idet køberen på dette tidspunkt har haft adgang til at undersøge det købte og at gøre misligholdelsesbeføjelserne vedrørende forsinkelse gældende, jf. KBL § 21. Køberens ret til at påberåbe sig en mangel bortfalder, såfremt han ikke straks eller uden ugrundet ophold efter at have opdaget manglen reklamerer, jf. KBL § 52, stk. 1, jf. § 51 om handelskøb. Kan nettoomsætningen opgøres pålideligt på et tidligere tidspunkt end salgstidspunktet, kan der ske indregning på dette tidligere tidspunkt efter produktionsmetoden, jf. IAS 11. Indregningskriterierne for indtægter specificeres i IAS 18 for så vidt angår indtægter fra salg af varer, tjenesteydelser, rente, royalty og dividende fra andres brug af virksomhedens aktiver⁷⁴. *Indtægter fra salg af varer* indregnes herefter, når nærmere betingelser herfor er opfyldt. Af interesse i denne sammenhæng er navnlig kravene om, at væsentlige rettigheder og risici skal være overgået til køber, og at sælger ikke længere har kontrol over varerne. Tidspunktet for overgangen af de væsentlige rettigheder og

72. Jf. bilag 1, C. 11. til årsregnskabsloven.

73. Jf. Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 138. I praksis er indregningstidspunktet blevet fortolket som faktureringstidspunktet, hvis dette står i umiddelbar tilknytning til salget. Ved faktureringskriteriet forstås, det forhold, at tidspunktet for fakturering af leverancer oftest falder sammen med det afsluttede salg, hvorfor det bogholderiteknisk er praktisk at benytte de udskrevne fakturaer som indtægtsgrundlag. Denne metode er forudsat anvendt i årsregnskabsloven, men skal fraviges, hvis faktureringen tidsmæssigt ligger for fjernt fra den faktiske overgang af risiko. Metoden forudsætter ikke, at faktura er udstedt på tidspunktet for indtægtsførelsen, men at denne kunne være udstedt på tidspunktet for indtægtsførelsen. Det anføres i nævnte rapport, at der er tale om en praktisk metode, der ikke er ubetinget korrekt, idet man teoretisk snarere taler om leveringskriteriet.

74. Standarden har betydning for dansk regnskabspraksis, jf. herom Tina Aggerholm i R&R 2001/6, s. 34 ff.

risici på varerne afhænger af de konkrete handelsbetingelser, som eksempel FOB eller CIF. Tidspunktet for overgangen efter IAS 18 og ejendomsrettens overgang er ikke nødvendigvis sammenfaldende. Alle indtægter ved salg henhører under omsætningen, hvis det drejer sig om salg af selskabets ordinære og primære produkter og tjenesteydelser. Indtægter, der ikke indgår i omsætningen fra salg af selskabets typiske produkter og ydelser, indgår ikke i omsætningen, men indtægtsføres i posten *andre driftsindtægter*. Indregningskriteriet er på tilsvarende vis leveringskriteriet. Leveringskriteriet som indtægtskriterium fraviges i en række situationer. Således tillades et *produktionskriterium* eksempelvis anvendt ved *entreprisekontrakter*. Heri ligger, at produktionens færdiggørelsesgrad på balancetidspunktet anvendes som indtægtskriterium. Entreprisen er ikke leveret i købelovens forstand førend færdiggørelse. Ændring i lagre af færdigvarer, varer under fremstilling og handelsvarer viser formindskelse eller forøgelse af disse beholdninger, og er udtryk for en civilretlig konstatering. Der er for så vidt heller ingen tvivl om, at indtægter af kapitalandele (udbytter mv.) i tilknyttede og associerede virksomheder og indtægter af andre kapitalandele, værdipapirer og tilgodehavender, der er anlægsaktiver (renter, udbytter mv.) dækker over en civilretlig hændelse/realitet. I regnskabsmæssig henseende indregnes *renteindtægter* efter et periodiseringsprincip. Tilsvarende gælder for *andre finansielle indtægter fra tilknyttede virksomheder og andre finansielle indtægter* samt ekstraordinære indtægter.

Af ovenstående kan det udledes, at de regnskabsretlige indtægtskriterier ikke er overensstemmende med kriteriet om ejendomsrettens overgang, selvom dette dog i et vist omfang vil være tilfældet.

3.4.2.3. Udgifter og omkostninger⁷⁵

Ved *omkostninger* forstås fald i økonomiske fordele i regnskabsperioden i form af afgang eller værdiforringelse af aktiver eller stigning i forpligtelser, som medfører fald i egenkapitalen. En omkostning er således det regnskabsmæssige udtryk for et tab. Der skal tages hensyn til indtægter og udgifter vedrørende det år, som regnskabet omfatter, uanset betalingstidspunktet. Dette indebærer, at de tab, der direkte kan henføres til de periodiserede indtægter, tilregnes disse. Dette omkostningskriterium kaldes årsagsprincippet eller matchingprincippet. Det væsent-

75. ÅRL anvender konsekvent udtrykket »Omkostning«. Ved henvisning til enkeltposter i det følgende er der tale om den artsopdelte resultatopgørelse i skema 5 i bilag 2 til ÅRL.

lige er her, at netop de tab, der svarer til de i perioden registrerede indtægter, skal udgiftsføres som omkostninger i perioden. Hvis ikke en ressourceanskaffelse eller en forpligtelse medfører fald i egenkapitalen, er der således ikke tale om en omkostning, men derimod om en udgift. *Udgiftskriteriet* indebærer, at man pådrager sig en udgift i det øjeblik, man forpligter sig til, eller bliver pligtig til at betale et bestemt beløb på et fastsat tidspunkt eller indenfor en bestemt periode⁷⁶. Indtil risikoovergangen er sket, er der alene tale om en eventualforpligtelse, og modydelsen kan ikke aktiveres med noget beløb. Heraf følger, at leveringskriteriet i almindelighed også vil være kendetegnende for, hvornår en udgift skal balanceføres. Tab vedrørende værdiændringer på selskabets ressourcer og forpligtelser skal som hovedregel udgiftsføres. I det omfang der ikke foretages periodisering af renteudgifter, er også disse udtryk for en civilretligt afholdt udgift. Således kan også posten *øvrige finansielle omkostninger* siges at dække over civilretlige realiteter. Valutakurstab medregnes dog såvel realiserede som urealiserede. Posten *eksterne omkostninger* indeholder omkostninger, der tillige i civilretlig forstand må antages at være forbrugt. Tilsvarende dækker posten *personaleomkostninger* over egentligt afholdte omkostninger også i civilretlig forstand, herunder til lønninger, pensioner og andre omkostninger til social sikring. Også posten *andre driftsomkostninger* dækker over egentligt afholdte udgifter. Hvad der er anført om disse poster gælder tillige for de poster, der i den funktionsopdelte resultatopgørelse benævnes *produktions-, distributions- og administrationsomkostninger*. Derimod må værdireguleringer i form af *afskrivninger* og *nedskrivninger* ses som udtryk for en økonomisk fordeling af et aktivs anskaffelsessum eller kostpris over brugstiden som følge af aktivets værdinedgang, mens nedskrivninger betegner mere uregelmæssigt forekommende behov for værdireguleringer. Der er ikke herved tale om en afholdt omkostning i civilretlig forstand.

Det ses heraf, at der også i relation til regnskabsmæssige omkostninger tegner sig et blandet billede af områdets civilretlige forankring. Visse omkostninger er utvivlsomt udtryk for en civilretlig hændelse, mens andre ikke er det.

76. Jf. P. G. Sørensen: Årsregnskabet – uafhængige aktie-, kommanditaktie- og anparts-selskaber, 1994, s. 100 og bemærkningerne til L 138 ad § 28.

3.4.3. Sammenfatning

På baggrund af ovenstående kan det sammenfattende konstateres, at regnskabslovgivningen indeholder flere fravigelser fra den øvrige civilret. Regnskabsretten er formålsorienteret, og omstændigheder i særlige situationer og brancher kan medføre, at regnskabsretten ikke følger grundlæggende civilretlige regler. Kravene om årsrapportens retvisende billede og god bogføringsskik udvikles derfor kun under påvirkning af civilretlige regler og ikke direkte i overensstemmelse hermed.

3.5. Samspil mellem skatteret og regnskabsret

Det er åbenbart, at der består et samspil mellem skatteret og regnskabsret. Af sådanne samspil må fremhæves, (1) *at* regnskabet ligger til grund for indkomstopgørelsen, herunder at elementer i regnskabet benyttes ved indkomstopgørelsen, (2) *at* regnskabsmateriale i visse situationer ses at spille en rolle ved fortolkningen af skatteretlige forhold i det omfang, der ikke eksisterer selvstændigt skatteretligt retskildemateriale, samt (3), *at* skatteretten kan tænkes at påvirke regnskabsretten i et eller andet omfang. Udelukkende (1) og (2) behandles i det følgende idet (3) ikke kan dokumenteres at forekomme i dansk ret, modsat tilfældet i eksempelvis tysk og svensk ret⁷⁷.

3.5.1. Internationalt overblik

Forholdet mellem regnskabsret og skatteret har gennem tiderne påkaldt sig en vis interesse i den internationale litteratur og bliver betragtet som et centralt emne ved reguleringen af selskaber⁷⁸. Dog må det konstateres, at samspillet i mange jurisdiktioner hviler på et ganske uudviklet teoretisk fundament⁷⁹. Den overordnede diskussion går på hvilke fordele og ulemper, det indebærer at lægge regnskabsret og dermed regn-

77. Det kan dog ikke udelukkes, at skatteretten haft en vis betydning på visse regnskabsmæssige principper, herunder på behandlingen af igangværende arbejder og betingede retshandler.

78. Jf. *Per Thorell* i *The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 1. En arbejdsgruppe under OECD har afgivet en rapport om emnet, *Accounting for taxes on income. Report of the subgroup on income tax accounting (restricted)*, 1986. Se yderligere *K. Van Hulle: Convergences in accounting rules and income tax legislation – A European point of view*, i *Tax Policy and the Impending Economic and Monetary Union*, J. F. Styuch & F. Vanistendael (red.), Leuven Law Series 12, 1999, s. 117 ff og NSFS 17, *Förhållandat mellan bokföring och beskattning*, 1986 om emnet i nordisk ret.

79. Jf. *Per Thorell*: loc.cit.

skabsmæssige principper til grund ved indkomstopgørelsen. De enkelte nationale systemer indeholder enten en stærk forbindelse mellem disciplinerne (the conformity principle), eller også indeholdes der ikke en sådan forbindelse⁸⁰. Der kan i denne forbindelse udsondres to forskellige hovedtraditioner og en hybrid mellem disse. På den ene side findes den kontinentaleuropæiske model, der indebærer, at regnskabsvæsen opfattes som en del af det juridiske system (»the legal approach«). Denne model indebærer en hensynstagen til kreditorerne. Lovgivning på andre områder, herunder selskabsret, skatteret og strafferet konstrueres under dette system på en sådan måde, at disse bliver tæt knyttet til regnskabsretten. Videre gælder det, at regnskabslovgivningen under dette system antager en mere juridisk vinkel end under et system, hvor regnskabsvæsen opfattes i et økonomisk perspektiv, og dermed mere investororienteret. The legal approach indebærer ligeledes, at der ikke er behov for regnskabsstandards i så stort et omfang. Sverige og Tyskland kan henregnes til denne kategori.

Andre systemer under »the economic approach« ser i stedet investor som primær bruger af regnskabet og benytter sig i højere grad af regnskabsstandards. Endelig findes der systemer, der udgør en blanding af de to nævnte. Sådanne blandede systemer er kendetegnede ved iboende konflikter mellem den kreditororienterede lovgivning og regnskabsstandards baseret på internationale standarder⁸¹. I lande, hvor regnskabsretten spiller en afgørende rolle ved den skatteretlige indkomstopgørelse, vil substansbetragtninger ofte opnå forrang for rent formelle udtryk⁸².

I tysk ret eksisterer der en stærk historisk forbindelse mellem regn-

80. De forskellige reguleringstraditioner kan give en del af svaret på sådanne forskelligheder men det er ikke frugtbart blot at konstatere eventuelle forskelle i systemerne. De fleste lande benytter dog de regnskabsmæssige resultater som udgangspunkt for den skattemæssige indkomstopgørelse med mulighed for fravigelser herfra.

81. Jf. *Per Thorell* i *The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 2 f.

82. Jf. herom *Frederik Zimmer* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 27, med følgende betragtning: »... In this connection, a special remark should be made as regards accounting rules. Even where form prevails over economic substance in taxation, the fact that business taxation in many civil law countries is heavily based on the accounting rules may nevertheless lead to economic substance prevailing in reality. This is because the accounting rules to an increasing extent (and obviously to a varying degree from country to country) are based on economic substance rather than legal form. Thus, a kind of paradox emerges: because taxation in many of these countries is heavily based on the private law form (here according to the accounting rules), the substance to a large extent will prevail ...«.

skabsretten og skatteretten, der er baseret på en simplifikationstankegang. Denne forbindelse fremkommer i form af det såkaldte *Maßgeblichkeitsprinzip*, jf. § 5 I EStG⁸³. Heri ligger, at den regnskabsmæssige behandling af givne forhold er styrende for den skattemæssige behandling af samme, med mindre der findes modsatrettede skatteretlige bestemmelser herom. Dette princip indebærer blandt andet, at hensættelser i mangel af særlige skatteregler herom kan fradrages ved indkomstopgørelsen. På den anden siden er det almindeligt accepteret i tysk ret, at visse skatteregler kan påvirke regnskabet, hvorved opstår en omvendt påvirkning eller *umgekehrte Maßgeblichkeit*, jf. også § 5 I EStG⁸⁴. Dette er dog ikke en egentlig del af *das Maßgeblichkeitsprinzip*. Disse principper har voldt og volder mange vanskeligheder i Tyskland, og har følgelig været genstand for bestandig kritik, jf. nærmere Del III, kapitel 11, § 8⁸⁵.

I svensk ret gælder tillige en stærk kobling mellem regnskabsretten og skatteretten⁸⁶. Skatteretten påvirker også regnskabsretten i svensk ret⁸⁷.

I amerikansk ret gælder som udgangspunkt, at skatteretten (tax ac-

-
83. Den korrekte nomenklatur er Prinzip der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz. Litteraturen herom er overvældende. Se eksempelvis *Klaus Tipke & Joachim Lang: Steuerrecht*, 2002, s. 330 ff, *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung*, 1993, Band II, s. 611 ff, *Albert Krieger i Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllerer, Brigitte Knobbe-Keuk m.fl. (red.)*, 1988, s. 327 ff, og *Brigitte Knobbe-Keuk: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, 1993 samt *Norbert Herzig i The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 7 ff.
84. Dette princip har naturligt ført til, at der er blevet rejst det spørgsmål om, hvorvidt skatteretten er en ønskelig retskilde på regnskabsrettens område, jf. herom *A. Raupach: Das Steuerrecht als unerwünschte Rechtsquelle der Handelsbilanz*, i *Bilanzrecht und Kapitalmarkt*, festschrift für A. Moxter, 1994, s. 103 ff.
85. Se *Norbert Herzig's* rekapitulation heraf i *The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 15 f.
86. Særligt indgående er forholdet mellem regnskabsretten og beskattningen ved periodiseringsspørgsmål blevet behandlet af *Per Thorell* i forfatterens doktorafhandling, *Skattelag och affärssed*, 1984. Se tillige *Gunnar Rabe* i *Svensk juridisk nationalrapport til NSFS 17*, 1986, s. 139 ff og *Peter Melz: Forholdet mellan redovisning och inkomstbeskattning i Sverige*, i *Skatterett 2001/1*, s. 32 ff hvor det anføres, at der kun er få tendenser i retning af at ændre den traditionelt stærke kobling mellem skatteret og regnskabsret.
87. *Per Thorell* påpeger i *Skattelag och affärssed*, 1984, s. 44, at navnlig to faktorer har betydning i denne forbindelse. For det første eksisterer der en nær sammenhæng mellem regelsystemerne, der har medført at de har påvirket hinanden ved udformningen. For det andet har den skatteretlige vurdering af givne regnskabsposter stor betydning ved udformningen af regnskabet. Således har indholdet i såvel materielle som formelle skatteregler samt skatteretspraksis været af betydning for indholdet af god regnskabs-sik.

counting) er fuldstændig adskilt fra regnskabsretten (financial accounting)⁸⁸. Baggrunden herfor er det forhold, at mens regnskabsretten tilsigter at udgiftsføre omkostninger så tidligt som muligt og udskyde indregningen af indtjeningen, sigter skatteretten i vidt omfang modsatrettet.

3.5.2. Regnskabet som skatteretligt faktum – grundlag for indkomstopgørelse

3.5.2.1. Alment

Selvom det antages, at civilretten udgør faktum for skatteretten, er det ofte mere korrekt at sige, at regnskabsretten fremskaffer det skatteretlige faktum⁸⁹. Regnskabsretten præjudicerer således skatteretten. Som påvist ovenfor, er regnskabet i flere henseender som udgangspunkt underlagt en civilretlig test, hvormed det skatteretlige faktum atter udgøres af civilretlige omstændigheder. Dette er imidlertid – som det påvist – ikke altid tilfældet grundet regnskabsrettens særlige karakter. Det skal fastslås, at det ikke kræves, at opgørelsen af virksomhedens resultat og egenkapital skal opgøres efter skattelovgivningens regler. Regnskabslovgivningen har umuliggjort et egentligt sammenfald mellem det driftsøkonomiske regnskab og skatteregnskabet. Det fremgår allerede af SL 1922, at den bogføringspligtiges årsregnskab skal indsendes til skattemyndighederne sammen med en opgørelse af den skat-

88. Jf. herved *James R. Repetti* i *Comparative Income Taxation – A Structural Analysis*, Hugh J. Ault (ed.), 1997, s. 149 f. I samme fremstilling gives der korte oversigter om forholdet mellem det finansielle regnskab og skatteregnskabet, jf. for Australiens vedkommende *Richard Vann*, s. 19 f, der konstaterer, at domstolene tillægger skatteretten forrang frem for regnskabsretten, for Canadas vedkommende *Brian J. Arnold*, s. 35 f, der konstaterer, at regnskabsretten spiller en væsentlig rolle om end ikke en afgørende rolle, for Frankrigs vedkommende *Guy Gest*, s. 47 f, der konstaterer tætte bånd mellem regnskabet og skatteret i fransk ret, en tendens der er blevet forstærket de senere år, og for Japans vedkommende, *Minoru Nakazato & Mark Ramseyer*, s. 79 f, der konstaterer, at den skattepligtige indkomst beregnes med udgangspunkt i årsregnskabet, men at der dog foretages visse korrektioner. I britisk ret tages der efter retspraksis udgangspunkt i det finansielle regnskab, jf. herom eksempelvis temanummeret af *British Tax Review* 1995/5, *Tax Law Rewrite First Exposure Draft Trading Income of Individual* clause 3.2.2. og medfølgende kommentarer, Board of Inland Revenue, Resolution 30, Explanatory note on clause 42 (FA), 1998, *Simon's Weekly Tax Intelligence* 1995, s. 703 ff, *Accounting Concepts and Revenue Law*, Tax 18/1997, The Institute of Chartered Accountants in England & Wales, Tax Technical Release, *Inland Revenue Tax Bulletin* december 1997 og *Inland Revenue tax Bulletin* 1999, s. 623 ff.

89. Det er måske dette forhold, der har ført til udsagnet om »bogholderitankegangens primat«, jf. herom *A. Blom Andersen* i *UfR* 1966 B. s. 181.

tepligtige indkomst og formue. Der har således allerede tidligt eksisteret en nøje forbindelse mellem det driftsøkonomiske regnskab og opgørelsen af den skattepligtige indkomst⁹⁰. Selskabsselvangivelsens udformning er baseret på det forhold, at der sker en konvertering fra årsregnskabet til den skattepligtige indkomst ved korrektioner på de områder, hvor der er brugt regnskabsregler, der ikke tilsvarende skatteregler. Når et selskab indsender sin selvangivelse, skal det således vedlægge selskabets årsregnskab. Selvangivelsespligtige, der er bogførings- eller regnskabspligtige, skal indgive et skattemæssigt årsregnskab, jf. SKL § 3, stk. 2. De nærmere anvisninger herom gives i den til enhver tid gældende mindstekravsbekendtgørelse⁹¹. Det årsregnskab, der skal indgives til skattemyndighederne, skal være udarbejdet efter skattemæssige principper eller bilagt nødvendige skattemæssige korrektioner og specifikationer, jf. mindstekravsbekendtgørelsens § 3, stk. 1. Årsregnskabet skal aflægges på en klar og overskuelig måde og indeholde sådanne specifikationer, at det kan danne grundlag for skattemyndighedernes kontrol, jf. § 5, stk. 1 i mindstekravsbekendtgørelsen. Bogføringen skal tilrettelægges således, at alle registreringer kan følges til de skattemæssige opgørelser, jf. § 5, stk. 2.

Som en konsekvens af denne tradition indeholder regnskabslovgivningen ikke bestemmelser vedrørende den skattemæssige opgørelse og skattelovgivningen ingen regler for udarbejdelsen af virksomhedernes almindelige officielle regnskaber⁹². Før implementeringen af EU's 4. selskabsdirektiv var der praksis for, at i hvert tilfælde mindre selskaber

90. Statsskattelovens grundlæggende sontring mellem skattepligtigt driftsoverskud og skattefri formueforøgelse fra 1903, som ligger til grund for SL §§ 4, 5 og 6 er overtaget fra regnskabspraksis. Således er ikke alene ideen med at sondre mellem driftsoverskud og formueforøgelse, men også principperne for, hvordan man skal drage grænsen mellem disse to fænomener, overtaget fra regnskabspraksis, jf. *I. A. Strobel* i R&R 1973, s. 537 ff. Forfatteren anfører, at den nu forladte opstillingsform, der med udgangspunkt i principperne fra det dobbelt bogholderi, konstruerede kontoplanen således, at alle indtægter eller udgifter placeredes enten på *gevinst- eller tabskontoen*, der omfattede driftsindtægter og driftsudgifter, eller på *kapitalkontoen*, der omfattede dels privatforbruget, dels formueforøgelse og formueforbrug. Det er således disse to hovedkonti der ligger til grund for statsskattelovens sontring. Når statsskattelovens fædre valgte at afgrænse den skattepligtige indkomst med udgangspunkt i den opgørelse af driftsoverskuddet, som havde udviklet sig i regnskabspraksis, var der således ikke tale om en tilfældighed, jf. *I. A. Strobel* i R&R 1973, s. 540. Dog påpeger *Jane Fernis* i Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2003, s. 70 og samme i TfS 2003, 394, s. 1422, at der ikke kan drages sikre konklusioner vedrørende driftsomkostningsbegrebets opståen.

91. Bekg. nr. 1068 af 17.12. 1999 om skattemæssige krav til årsregnskab.

92. Jf. *Arne From Petersen* i Dansk økonomisk nationalrapport, NSFS 17, 1986, s. 7.

i et vist omfang kunne anvende de skatteretlige regler ved udarbejdelsen af de officielle årsregnskaber. For større selskaber var forskellene mere markante, idet der selskabsretligt var begrænsninger for disse selskabers udbytteudlodninger⁹³. Vedtagelsen af årsregnskabsloven (lov nr. 284 af 10. juni 1981) medførte imidlertid en større grad af løsrivelse fra anvendelsen af de skattemæssige regnskabsprincipper, ligesom vedtagelsen af en række skattelove op gennem 1980'erne bidrog hertil på væsentlige områder⁹⁴. Med gennemførelsen af den seneste regnskabsreform synes der i endnu videre omfang at være skabt afstand mellem skatteretten og regnskabsretten. I dag er der således betydelig forskel mellem de regnskabsmæssige regler og skattereglerne⁹⁵. Da skatteretten forfølger andre formål end bogføringsloven og den øvrige civile retlige regnskabslovgivning, herunder årsregnskabsloven, må det regnskabsretlige grundlag ved den skatteretlige indkomstopgørelse selvsagt korrigeres således, at det bringes i overensstemmelse med skattelovgivningen. Det driftsøkonomiske årsregnskabs formål er at give oplysninger om virksomhedens indtjening, udvikling og økonomiske stilling på balancetidspunktet med henblik på brugernes beslutninger om resourceallokering, forvaltningskontrol og fordeling. Oplysningerne skal afgives, så der foreligger et retvisende billede. Sådanne formål kan næppe tilgodeses med skattemæssige regnskaber, som først og fremmest har et fordelingsformål – velfærdsfordelingen. Skatteopgørelser skal derfor ikke på samme måde som driftsøkonomiske regnskaber give et retvisende billede, men skal sikre at det korrekte skattegrundlag opgøres med henblik på beregning af indkomstskat. Hertil kommer, at skatteopgørelser normalt vil være præget af virksomhedernes naturlige og åbenbare interesse i at minimere skattebetalingen. Afskrivning af aktiver vil derfor skattemæssigt ske udfra det maksimalt tilladte for at

93. Jf. *Christen Amby* i Dansk juridisk nationarapport, NSFS 17, 1986, s. 20.

94. Op.cit. s. 19, hvor der dog i samme ombæring konstateres en tilnærmelse af skattereglerne til de regnskabsmæssige principper.

95. I EU regi findes der et ikke offentliggjort og nu tilbagetrukket direktivforslag om opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. herom den uofficielle gengivelse hos *Marcus Lutter*: *Europäisches Unternehmensrecht*, 1996, s. 833 ff. Forslaget tog sigte på at ensrette opgørelsen af selskabers skattepligtige indkomst og er i den forbindelse bygget op om det 4. selskabsdirektiv om årsregnskaber herunder i vid udstrækning på regnskabsdirektivets opgørelsesmetoder. Se nærmere *Erik Werlauff*: *EF-selskabsret – 12 staters fælles virksomhedsret*, 1992 (ikke omtalt i senere udgaver) og samme i TfR 1994, s. 337 ff (355 f) om indholdet af forslaget. De tanker der præsenteres i forslaget udgør i vid udstrækning stadig EU-Kommissionens målsætning.

minimere skattebetalingen uden hensyntagen til aktivernes faktiske brugstid i virksomheden. Dette vil ud fra en driftsøkonomisk synsvinkel sløre virksomhedens indtjening og udviklingstendenser. Skattesystemets karakter vil endvidere give sig udslag i detaljerede regler, der ikke nødvendigvis stemmer overens med driftsøkonomiske principper. Da det driftsøkonomiske årsregnskab oftest ikke kan opstilles efter skattemæssige principper, vælger mange virksomheder at lave et supplement til det driftsøkonomiske regnskab, der består af de nødvendige skattemæssige korrektioner og specifikationer, der følger af mindstekravsbekendtgørelsen. Virksomheden kan dog vælge at udarbejde et fuldt skattemæssigt opgjort regnskab ved siden af det driftsøkonomiske regnskab.

I gældende dansk ret findes der således en række forskelle mellem årsregnskabet og den skatteretlige indkomstopgørelse. Sådanne forskelle benævnes *konverteringskonflikter* og skyldes, at der på en række væsentlige områder er betydelige forskelle mellem de opgørelses- og værdiansættelsesprincipper, der gælder ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, og de regler der gælder i henhold til årsregnskabsloven⁹⁶. Konflikterne forekommer således, når der er forskel mellem den regnskabsmæssige og den skattemæssige behandling af de samme økonomiske dispositioner. Der skal som oftest foretages korrektioner af virksomhedens årsregnskab af sådanne forskelle for at komme frem til den skattepligtige indkomst⁹⁷. Udgangspunktet er, at selskabets resultatopgørelse benyttes til brug for konverteringen til et skatteregnskab⁹⁸.

96. I bemærkningerne til ÅRL § 12, stk. 2 (L 138) bemærkes følgende: »... *Selvom skattemyndighederne er brugere af driftsøkonomiske regnskaber, forudsættes deres behov for oplysninger med henblik på ligningen ikke at skulle dækkes fuldt af årsrapporten ...*«.

97. Se generelt om konverteringskonflikter: *Christen Amby* i Dansk juridisk nationalrapport, NSFS 17, 1986, s. 26 ff, *Olaf Hasselager m.fl.*: Bogføring, regnskab og skat – med kommentarer til Bogføringsloven og Mindstekravsbekendtgørelsen, 2000, s. 301 ff, *Jan Hansen & Lene Hjermand*: Fra årsrapport til skatteregnskab for selskaber, 2003, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 188 ff, og Bilag 4 til Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 224 ff samt Told- og Skattestyrelsens Undersøgelse – vedrørende igangværende arbejder, 2002, kapitel 8.

98. Et udsagn om eksistensen af et princip svarende til det i tysk ret gældende om *Maßgeblichkeit* kan efterprøves. En sådan efterprøvelse foretages af *Erik Werlauff* i Selskabsskatteret 2002/03, s. 223 ff (ses ikke at være gentaget i senere udgaver). Forfatteren anfører dog, at der ikke tilsigtes en sådan forbindelse, hvis reelle indhold er, at skatteregnskabsprincipper er udslagsgivende for årsregnskabet, og at Danmark ikke har skattedrevne årsregnskaber, hvilket efter forfatterens udlægning følger af ægte *Maßgeblichkeit*. Forfatteren henviser tilsyneladende til princippet om *umgekehrte Maßgeblichkeit*.

Den regnskabsmæssige balance benyttes dog tillige i flere henseender. Resultatopgørelsen korrigeres for regnskabsmæssige indtægter, der ikke beskattes (fuldt ud), regnskabsmæssige udgifter, der ikke kan fradrages (fuldt ud), samt regnskabsmæssige af- og nedskrivninger og andre værdireguleringer, der ikke skal foretages på samme måde til skattebrug som til regnskabsbrug⁹⁹. Der kan fremhæves nogle grundlæggende forskelle mellem det driftsøkonomiske regnskab og de skatteretlige principper¹⁰⁰.

Ud over den konstaterede funktion som skatteretlig faktum ses regnskabsretten tillige – om end sjældent – tillige at udgøre det skatteretlige retsfaktum. Dette synes at være tilfældet i Tonnageskattelovens § 12¹⁰¹. Heraf følger det, at finansindtægter og finansudgifter for tonnagebeskattede selskaber skal opgøres som et nettobeløb og fordeles forholds- mæssige efter den regnskabsmæssige værdi af selskabets aktiver tilhørende den tonnagebeskattede rederivirksomhed og den regnskabsmæs- sige værdi af øvrige egne aktiver. Ligeledes gælder det efter tonnage- skattelovens § 14, at værdien af gæld og egenkapital vedrørende ren- tekorrektion som følge af såkaldt tyk kapitalisering udgør den regn- skabsmæssige værdi, ligesom selve posterne gæld og egenkapital opgø- res i overensstemmelse med regnskabsretten.

3.5.2.2. Indtægtskriterier og omkostningskriterier, herunder om den tidsmæssige placering (periodisering)

Den driftsøkonomiske hovedregel vedrørende *indtægtskriterier* er leve- ringkriteriet (faktureringskriteriet), jf. ovenfor, hvor det også påpege- des, at dette hovedprincip i flere henseender fraviges. For så vidt angår de driftsøkonomiske *omkostningskriterier* er hovedreglen som nævnt for- brug efter matchingprincippet. Men også dette fraviges i et vist omfang til fordel for en regnskabsmæssig periodisering, hvorefter der kan hen- føres omkostninger til den regnskabsperiode, som omkostningen kan henføres til.

99. Jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 185 f, der anfører, at denne korrespon- dance mellem årsregnskab og skatteregnskab ikke blot giver anledning til korrektioner for en række klart erkendt forskelle mellem regnskabs- og skatteretten, idet paralleli- teten, ofte ganske overraskende, også svigter på områder, hvor man kunne være tilbø- jelig til at mene, at en sådan måtte findes.

100. Se herom for eksempel oversigten i Bilag 4 til Regnskabsrådets rapport om revision af årsregnskabsloven, 1999, s. 225 ff.

101. Jf. om tonnagebeskatning N. Mou Jakobsen i SR-Skat 2004, s. 86 ff.

I skatteretlig henseende vil det normalt ikke volde vanskeligheder at fastslå, til hvilket indkomstår et givet faktum skal henføres. Men navnlig ved dispositioner der foretages ved slutningen af en indkomstperiode, og hvor nogle af de faktiske omstændigheder, hvoraf dispositionen består, er foretaget før indkomstårets udløb, mens andre først er foretaget i det nye indkomstår, kan det volde vanskelighed at fastslå, om dispositionen i skatteretlig henseende skal anses for effektueret i den ene eller den anden periode. Statsskatteloven indeholder ikke – ud over for visse indtægter og udgifter – klare indikationer af, hvilke kendsgerninger, der afgør i hvilket af flere mulige indkomstår en indtægt eller en udgift skal placeres skattemæssigt og der anvendes i dansk skatteret flere forskellige periodiseringsprincipper¹⁰². Som *fælles mindstemål* efter SL §§ 4 og 6 kan det siges, at det er en betingelse for at medregne en indtægt eller udgift ved indkomstopgørelsen i et givet indkomstår, at beløbet ved indkomstårets slutning i det mindste tilkom eller påhvilede vedkommende som henholdsvis et retskrav eller en retlig forpligtelse. Dette kan formuleres som et krav om *retserhvervelse* eller *pligtpådragelse*¹⁰³. Hovedreglen i skatteretten er således, at erhvervsindtægter- og udgifter skal medtages henholdsvis fradrages på tidspunktet for den endelige retserhvervelse henholdsvis pligtpådragelse. Retserhvervelsesprincippet kan benævnes som det primære periodiseringskriterium. Dette er således en nødvendig, men ikke i alle tilfælde tilstrækkelig betingelse for skattemæssigt at periodisere en indtægt eller udgift i et givet indkomstår. Retserhvervelses- eller pligtpådragelsesprincippet må som udgangspunkt forstås i obligationsretlig forstand, mens de skatteretlige periodiseringskriterier behøver ikke nødvendigvis at være sammenfaldende med de kriterier, der i obligations- og tingsretten opstilles for erhvervelse af obligatoriske eller tinglige rettigheder. Da langt de fleste skatterrelevante indtægter og udgifter grunder sig på aftaler om køb, lån eller leje, er det primært de obligationsretlige regler om aftaler,

102. Generelt om periodisering i skatteretten henvises til *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 1, 2004, s. 252 ff, LV 2005 E.A.3., *Thøger Nielsen*: Den tidsmæssige afgrænsning af den skatteretlige beregningsgrundlag, Acta Jutlandica, Aarsskrift for Aarhus Universitet, XXIX, 1, 1957, samme Indkomstbeskatning I, 1965, s. 364 ff, *Carsten Led-Jensen*: Beskatning af lønindkomst – herunder aktiebaserede aflønningsformer, 2000, s. 125 ff og *Michael Serup* i TfS 1991, 543 og TfS 1991, 560.

103. Det er dog ikke en fælles betingelse, at retserhvervelsen/forpligtelsen skal være endelig eller ubetinget, endsige at ydelserne skal være udvekslet.

køb, leje og gældsbreve, der har interesse ved den skatteretlige periodisering¹⁰⁴.

Uanset at et krav er retligt beskyttet, må det formentlig i skatteretlig henseende generelt kræves, at grundlaget for beregningen af *indtægts størrelse fremstår klart*¹⁰⁵. Er dette ikke tilfældet, synes modtageren alene at have modtaget en forudsætningsvis ret til en indtægt som sådan, hvilket ikke i sig selv repræsenterer et skattepligtigt gode. Et tilsvarende krav ses ikke at eksistere i regnskabsretten. Kravet formodes derimod skatteretligt at gælde for *udgifter*¹⁰⁶.

I praksis løses flere af de opstående problemer i forbindelse med, at betaling og retserhvervelse ikke falder i samme indkomstår, ved at der i konkrete tilfælde tages andre hensyn ved valget af såkaldt sekundært periodiseringskriterium¹⁰⁷. Af offentliggjort praksis kan blandt andet vedrørende konkrete indtægter og udgifter udledes følgende¹⁰⁸: Ved almindelig erhvervsmæssig handel med køb og salg af løsøre anvendes der et kriterium om levering i køberetlig forstand, idet sælger først på dette tidspunkt har erhvervet ret til modydelsen. Udgifter til almindelige varekøb kan fradrages ved levering fra leverandøren. Tilsvarende gælder køberettens leveringskriterium for entreprisearbejder. Udgifter vedrørende entreprise kan derimod fradrages på aftaletidspunktet. Udbytter beskattes i det år, hvor de endeligt vedtages på generalforsamlingen. Indtægter og udgifter vedrørende igangværende arbejder (arbejder for fremmed regning) medtages, når arbejdet er tilendebragt. Dette er i overensstemmelse med den regnskabsmæssige behandling efter faktureringskriteriet. Efter regnskabspraksis er der dog mulighed for at anvende et produktionskriterium, hvilket gælder for virksomheder med længerevarende driftsforløb for de solgte ydelser. I disse situationer vil der opstå konverteringskonflikter. Gaver medtages, når et

104. Se *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 252 ff, med en gennemgang af disse kriterier og en efterfølgende skatteretlig vurdering af de formueretlige kriterier.

105. Jf. hertil TfS 1998, 626 H *Carl Henrik Rørbeck* og omtalen heraf hos *Carsten Led-Jensen*: Beskatning af lønindkomst – herunder aktiebaserede aflønningsformer, 2000, s. 129.

106. Jf. LV 2005 E.A.3.2., hvor det anføres, at der ud over krav om en endelig retlig forpligtelse til at afholde udgiften tillige må stilles krav om, at udgiften skal kunne opgøres endeligt.

107. Disse sekundære kriterier betegnes i LV 2005 E.A.3. som fravigelser fra udgangspunktet om, at tidspunktet for aftalens indgåelse er afgørende for, hvornår der er erhvervet en endelig ret til et vederlag.

108. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 269 ff, og LV 2005 E.A.3. med henvisninger til doms- og administrativ praksis.

gavetilsagn foreligger og er accepteret. Ved overdragelse af formuegoder lægges tidspunktet for aftalens indgåelse til grund. Ved salg af fast ejendom lægger man i praksis vægt på tidspunktet for underskrivelse af købsaftalen. Salg af værdipapirer medregnes ved aftaleindgåelsen. Udgifter ved produktion af løsøre til eget lager medregnes først i salgsåret. Honorarindtægter inden for liberale erhverv medregnes løbende, når der er erhvervet endelig ret til beløbet, jf. herom TS-CIRK 1995-20. Dette er senest tilfældet, når en sag er afregningsmoden. A conto honorarer skal indtægtsføres løbende. Honorarudgifter medregnes som udgangspunkt ved fakturering. Betaling af royalties medregnes i det år, hvor ydelsen godskrives den berettigede. I LL §§ 5-5B findes særlige regler om renter. For selskaber omfattet af årsregnskabsloven skal renteindtægter og renteudgifter fordeles over den periode de vedrører¹⁰⁹.

Det kan på denne baggrund konstateres, at der kan være afgivelser vedrørende periodisering, selvom skatterettens retserhvervelsesprincip ligger tæt op ad regnskabsrettens principper, herunder forsigtighedsprincippet og et stykke hen ad vejen trækker i samme retning¹¹⁰. Tilsvarende gælder for så vidt angår skatterettens princip om pligtpådragelse. Hvor der periodiseres i regnskabsmæssig henseende kan dette give anledning til visse *konverteringskonflikter*¹¹¹. Der forekommer nemlig situationer, hvor udgifter periodiseres regnskabsmæssigt, hvorimod udgifterne skattemæssigt skal fradrages fuldt ud i forfaldsåret. Resultatopgørelses omkostningsside indebærer tit konverteringskonflikter, idet omkostningen udgiftsføres regnskabsmæssigt, mens der skattemæssigt enten ikke er fradrag, eller fordi fradraget skal periodiseres over en periode, herunder i for eksempel i form af skattemæssige afskrivninger. I det følgende omtales konverteringskonflikter som følge af den omstændighed, at nogle indtægter og udgifter ikke påvirker skateregnskabet, selvom de ganske vist påvirker selskabets resultatopgørelse. Ligeledes omtales visse konverteringskonflikter som følge af forskellige opgørelsesmetoder mv. Det er ikke herved tilsigtet at tilvejebringe en udtømmende opregning af samtlige relevante indtægts- og

109. Jf. LL § 5, stk. 4, nr. 1, jf. stk. 5.

110. Jf. også Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 188 f.

111. Der skal herved foretages en sondring i forhold til *skattemæssige afslutningsdispositioner*, der ikke udspringer af forskelle i den regnskabs- og skattemæssige behandling. I stedet er der tale om skattemæssige fradrag, der foretages på selvangivelsen, uden at der er sammenhæng til udgifter i årsregnskabet.

udgiftsposter. Det må antages, at der opstår flere nye konverteringskonflikter i kølvandet på den seneste regnskabsreform¹¹².

3.5.2.3. Indtægter

Kompensation for tab af indkomstkilde er skattefri i medfør af SL § 5, hvorved indkomsten er skatteregnskabet uvedkommende. Den regnskabsmæssige behandling af *overkurs* indebærer ikke længere henlæggelsespligt. Skatteretligt ser man helt bort fra indtægten, jf. skattefrihedsbestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. *Datterselskabsudbytter og aktieavancer* indtægtsføres på selskabets resultatopgørelse, mens udbytterne kan være skattefri i henhold til SEL § 13, stk. 1, nr. 2 og aktieavancerne tilsvarende kan være skattefri for selskabsaktionærs langtidssaktier (ejer mere end 3 år), jf. ABL § 4, stk. 6. Begge regler er dog undergivet visse modifikationer. Også *udbytte af egne aktier* er skattefrit, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 4. *Udbytte fra ikke moderselskabskvalificerende investeringer* skal medregnes 66% ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. SEL § 13, stk. 3. Skattepligtige, der betaler honorar til advokat og/eller revisor i forbindelse med skattesager, der behandles ved et skatteankenævn, Landsskatteretten og ved domstolene, kan opnå *omkostningsdækning* efter SSL kapitel 3 A. Denne omkostningsdækning er skattefri. Hvis selskabet opnår en samlet *kreditorordning* (en generel ordning) gennem tvangsakkord eller frivillig akkord, påvirker dette selskabet ved en reduktion af balancens forpligtelser. Nedsættes eller bortfalder gælden på denne vis, er akkordfordelen skattefri for selskabet, medmindre gælden nedskrives til et lavere beløb end fordringernes

112. Sml. Nikolaj Vinther i UfR 2002 B, s. 243 ff. Forfatteren fremhæver, at regnskabsretten har bevæget sig et skridt væk fra skatteretten, idet den markedsbaserede teori ligger fjernere skatteretten end den hidtidige transaktionsbaserede teori. Den anføres, at det dog ikke må forventes at skatteretten indordner sig i overensstemmelse hermed gennem et paradigmaskift fra den nuværende transaktionsbaserede og dermed realisationsbaserede beskatningsform til en markeds- og dermed lagerbaseret beskatningsform. Baggrunden for denne konstatering er, at en sådan overgang findes for byrdefuld for virksomhederne, idet disse herved ville blive tvunget til beskatning af urealiserede indtægter. Som den anden store konverteringskonflikt nævnes det forhold, at det ikke er et krav for aktivering i balancen, at der er tale om juridisk ejerskab til det pågældende aktiv, qua substandforudsætningen. Til sidstnævnte må dog bemærkes, at dette ikke fremstår som noget helt nyt i regnskabsretten. Endelig nævnes det, at forudsætningerne bag det skatteretlige goodwill-cirkulære (TSS-Cirk. 2000-10) synes at være bristet grundet ændringen i regnskabsteori. Det anføres, at cirkulærets udfyldende beregningsregel knytter sig til regnskabsoplysninger der er baseret på den transaktionsbaserede teori. Samme betragtning fremføres i relation til Told- og Skattestyrelsens hjælperegulering til beregning af kursen for uoterede aktier og anparter.

værdi, jf. KGL § 24. *Konkursindkomst* er skattefri for den konkursramte selskab, medmindre skattemyndighederne har truffet bestemmelse om skattepligt for konkursboet, jf. KKSL §§ 2 og 14. Regnskabsmæssigt medtages *kapitalgevinster og -tab* i resultatopgørelsen. Det drejer sig om fortjeneste og -tab ved salg af fast ejendom, driftsmidler samt værdipapirer. Skattemæssig opstår der konverteringskonflikter som følge af de særlige regler om den skattemæssige opgørelsesmetode, ligesom der ikke i alle tilfælde vil være skattepligt af fortjeneste eller fradragsret for tab.

3.5.2.4. Udgifter

Det må antages, at udtrykket »Driftsomkostninger« i SL § 6, stk. 1, litra a har haft et regnskabsmæssigt udgangspunkt¹¹³. Som udgangspunkt gælder formentlig stadig, at en omkostning, der regnskabsmæssigt er fradragsberettiget (i.e. lever op til udgiftskriterierne), typisk også vil være en fradragsberettiget omkostning i skatteretlig henseende¹¹⁴. Der bortses i denne henseende fra formueudgifter. Også af denne årsag er der stærke bånd mellem skatteretten og regnskabsretten. At der dog ikke er fuld overensstemmelse mellem den regnskabsmæssige og den skattemæssige fradragsret, må begrundes med de forskellige hensyn, der ligger bag disciplinerne. Skatteregnskabet skal tjene som grundlag for beskattningen og skal derfor indeholde en opgørelse af den skattepligtige indkomst efter de herom gældende regler. Ved udformningen af disse regler har lovgiver taget andre hensyn end de rent driftsøkonomiske, herunder navnlig fiskale og erhvervspolitiske hensyn. Af denne

113. Jf. J.O. Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 1999, s. 180.

114. Skatterettens omkostningsbegreb knytter sig dog ikke direkte til regnskabsretten. Særligt er der ikke sammenhæng til moderne driftsøkonomiske omkostningsbegreber. Sådanne begreber eksempelvis i form af direkte og indirekte omkostninger, generalomkostninger, variable omkostninger og kapacitetsomkostninger anvendes alene til en forsigtig udfyldning og systematisering af gældende skatteret, jf. Undersøgelse vedrørende igangværende arbejder, 2002, s. 45 f, hvor det konstateres, at anvendelsen af regnskabsmæssige principper med henblik på at beskrive gældende skatteret bør ske med varsomhed. Samtidig anføres det, at regnskabslovgivningen i mange tilfælde tjener helt andre formål end skattelovgivningen, og det derfor er absolut ikke er sikkert, at et regnskabsmæssigt princip udtrykker det formål, der ligger bag en given skatteregel. Omvendt konstateres det som værende problematisk, når skattelovgivningen opererer med begreber, der ikke kan genfindes i den regnskabsmæssige terminologi, i hvert tilfælde når disse begreber ikke er defineret klart i lovteksten. Sammenfattende konstateres det, at regnskabsmæssige principper som udgangspunkt grundet de forskellige hensyn ikke benyttes i skattelovgivningen, med mindre skattelovgivningen efter sin ordlyd eller indhold i øvrigt kan indeholde de pågældende principper.

årsag svarer den skattepligtige indkomst ikke nødvendigvis til det økonomiske resultat i årsregnskabet. Selv hvor der er sammenfald mellem den skatteretlige og den regnskabsmæssige omkostningsbedømmelse, kan der være forskel på størrelsen af det beløb, der skal fratrækkes i skatteretlig og regnskabsmæssig henseende grundet særlige positive skatteregler om den pågældende udgiftstype. Ligeledes opstilles der i skatteretten særlige formodningsregler, der kan indebære, at en omkostning ikke skattemæssigt anerkendes som en sådan. Regnskabsmæssigt kendes ikke en sondring som den i SL §§ 4 og 5 indeholdte, og en fortjeneste ved salg af et anlægsaktiv kan derfor ikke holdes ude af resultatopgørelsen, ligesom omkostningerne til at sikre og vedligeholde et sådant aktiv i princippet regnskabsmæssigt må indregnes i resultatopgørelsen, selvom omkostningerne ikke har direkte referens til indkomsterhvervelsen, jf. SL § 6, stk. 1, litra a. Forskellighederne mellem de regnskabsmæssige regler for resultatopgørelsen og de skattemæssige regler for indkomstopgørelse kan således på udgiftssiden resultere i, (1) at en regnskabsmæssig omkostning slet ikke anerkendes som fradragsberettiget skattemæssig omkostning eller omvendt, og (2) at en omkostning, der efter sin art i begge regelsæt anerkendes som fradragsberettiget, medregnes med forskelligt beløb som følge af afvigende skønsregler eller –grundlag eller som følge af legale fradragsbegrænsninger gældende efter det ene regelsæt¹¹⁵. Se generelt for en analyse af

115. Jf. J.O. Engholm Jacobsen i Skatteretten 1, 1999, s. 182 f. Det antages af Carsten Collin Hansen & Magni Magnussen: Det skatteretlige driftsomkostningsbegreb, 1986, s. 111 ff, at udgangspunktet om at den skattepligtige kun kan fradrage udgifter, han juridisk er forpligtet til at udrede til et fra ham forskelligt retssubjekt, i nogen grad fraviges i forbindelse med interesseforbundne selskaber. Således anfører forfatterne, at den skatteretlige omkostningsbedømmelse kan baseres på et selvstændigt skatteretligt grundlag uafhængigt af civilretten. Særligt fremhæves tilskudsproblematikken i koncernforhold, hvor enhedsteorien påstås anvendt i retspraksis. Navnlig fremhæves ESSO-dommen i UfR 1976, 60 H som udtryk herfor, jf. nærmere herom Jakob Bundgaard: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 269 ff. Det postuleres således, at det afgørende for fradragsretten er udgiftens tilknytning til koncernens samlede drift, og at omkostningsbedømmelsen inddrager hele koncernen. Søren Vestergaard Hansen finder i SR-Skat 1992, s. 459 ikke, at man kan tage U 1976, 60 H *Dansk Esso A/S* til indtægt for en sådan antagelse. Han begrundet dette med, at en tilslutning i sin yderste konsekvens ville betyde, at den i skatteretten traditionelle opdeling af de erhvervsmæssige udgifter (fradragsberettigede driftsomkostninger ctr. ikke-fradragsberettigede anlægs- og etableringsudgifter) i så fald ville elimineres inden for den samlede koncern. Forfatteren finder, at Højesterets præmisser meget vel kan læses derhen, at flertallet slet og ret anså den nødvendige sammenhæng mellem moderselskabets indkomsterhvervelse og ydelser af tilskuddene for beviseliggjort gennem den afsætningsmæssige interesse, moderselskabet havde i opretholdelsen af datterselskaberne.

de enkelte poster i resultatopgørelsen, *Jakob Bundgaard* i SR-Skat 2002, s. 126 ff.

3.5.2.5. Afskrivninger¹¹⁶

Såvel regnskabsmæssigt som skattemæssigt kan der foretages *afskrivninger*. Regnskabsmæssigt afspejler sådanne afskrivninger typisk den brugsbetingede værdiforringelse af aktivet i regnskabsperioden. Sådanne afskrivninger fragår i resultatopgørelsen. I skatteretten er der ikke i henhold til afskrivningsloven denne nødvendige sammenhæng mellem værdiforringelse og afskrivninger, idet afskrivninger i skattemæssig henseende udelukkende kan anvendes til indkomstreguleringer. Om der skal afskrives skattemæssigt på et aktiv, der er omfattet af afskrivningsloven og i bekræftende fald med hvor meget, er således – indenfor lovens grænser – fuldt ud overladt til skatteyderens afgørelse, hvorved der modsat i regnskabsrettens pligtafskrivninger er tale om en ret. Det er vanskeligt at ensrette afskrivningerne i årsregnskabet med skatteregnskabet af afskrivninger. På enkelte områder er det dog i praksis muligt at arbejde med samme afskrivninger i årsregnskabet og skatteregnskabet¹¹⁷. Det gælder typisk de afskrivninger der skattemæssigt foretages lineært, herunder eksempelvis indretning af lejede lokaler, goodwill mv. Der er endvidere sket en tilnærmelse for så vidt angår afskrivningssats ved bygninger og installationer.

3.5.2.6. Balance

A) Alment

Regnskabet balance har ikke altid selvstændig betydning for skatteregnskabet ud over, hvad der indirekte følger af balancens påvirkning af resultatopgørelsen. Dog spiller den regnskabsmæssige balance en betydelig rolle i forbindelse med den praktiske ligning med henblik på at konstatere visse bevægelser i løbet af regnskabsperioden. Egentlige skattebalancer udarbejdes ikke, idet der som udgangspunkt ikke er behov herfor, og det er indres, at selskaber ikke var omfattet af formuebeskatningen¹¹⁸.

116. Se om nedskrivninger infra ad værdiansættelse.

117. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.*: Bogføring – regnskab og skat – med kommentarer til Bogføringsloven og Mindstekravsbekendtgørelsen, 2000, s. 314.

118. Begrebet »aktiv« benyttes dog om formuegoder omfattet af SL § 12, der fastlagde bruttoformuen. Karakteristika ved et aktiv antoges at være ejendomsret til et formue-

Kap. 8: Tilgrænsede juridiske discipliner og skatterettens forhold hertil

I visse situationer benyttes selskabets balance som udgangspunkt for en skattemæssig vurdering af selskabers skattemæssige stilling. Dette er for eksempel tilfældet, når det skal vurderes om et selskab er tyndt kapitaliseret i henhold til SEL § 11. Skattemæssigt kan der ligeledes ved værdiansættelsen af aktier og anparter tages udgangspunkt i den regnskabsmæssige indre værdi, dog således at værdien af fast ejendom medregnes til værdien ifølge den seneste offentlige ejendomsvurdering, og at værdien af goodwill medtages opgjort efter skattemæssige principper¹¹⁹.

Det regnskabsretlige egenkapitalbegreb spiller ikke nogen selvstændig rolle i skatteretlig henseende, og der findes ikke nogen egentlig skatteretlig definition af egenkapital¹²⁰. En singulær undtagelse hertil er

gode af økonomisk værdi, der var omsætteligt, jf. herom René Mikkelsen & Elisabeth Rask Jørgensen: Formuebeskatning, 1984, s. 40 ff og C. Helkett: Opgørelsen af den skattepligtige formue, 1983, s. 40 ff. Aktivbegrebet spiller fortsat en væsentlig rolle ved indkomstopgørelsen for andelsforeninger, jf. SEL § 14. Således gælder det, at »formuen» udgør det relevante beregningsgrundlag for andelsforeninger (herunder indkøbsforeninger, jf. SEL § 15, stk. 1 og produktions- og salgsforeninger, jf. SEL § 16, stk. 1). Formuen for disse kooperationsbeskattede andelsforeninger opgøres som foreningens aktiver med fradrag af dens passiver, jf. SEL § 14, stk. 2 der direkte benytter ordene »aktiver og passiver». Ved opgørelsen af formuen bortses der fra goodwill og lignende immaterielle rettigheder og suspensivt betingede rettigheder samt brugsrettigheder eller krav på periodiske ydelser af privat eller offentlig karakter, der er tillagt foreningen, og som ikke kan overdrages, jf. SEL § 14, stk. 2, 2. pkt. Idet den oprindelige formulering i SEL § 16 indeholdt en henvisning til skattelovgivningens almindelige regler for formueopgørelse, må det antages, at den nugældende formulering af SEL §§ 14, 15 og 16, for så vidt angår aktivbegrebet skal fortolkes i overensstemmelse med den hidtidige opfattelse heraf. Baggrunden herfor er det forhold, at der ikke med lov nr. 1219 af 27.12. 1996 tilsigtedes materielle ændringer af den hidtidige retstilstand. Ændringen var motiveret af formueskattens afskaffelse. I forbindelse med den skatteretlige behandling af igangværende arbejder, skal der ske aktivering af løbende udgifter som igangværende arbejder og passivering af løbende indtægter (a conto indbetalinger) som skyldige indbetalinger i skatteregnskabet. Herved er der dog ikke tale om en egentlig skattebalance, men en eksercits med henblik på fremførsel af indtægtsførelsen til færdiggørelsesåret. Se om igangværende arbejder, Ole Bjørn i Festskrift til Aage Michelsen, Paul Krüger Andersen m.fl. (red.), 2000, s. 165 ff, Told- og Skattestyrelsens Undersøgelse – vedrørende igangværende arbejder, 2002 og Niels Winther-Sørensen i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 509 ff.

119. Jf. TS-cirk 2000-9.

120. Se dog Bent Ramskovs forsøg på at opstille et sådant begreb i Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 318 ff. Forfatterens forsøg indebærer, at egenkapital herefter i skatteretten opfattes som »en fordring mod selskabet i form af værdipapirer omfattet af LL § 16 B, stk. 1 eller aktieavancebeskatningsloven og med vilkår om, at tilbagebetalingen står tilbage for almindelige kreditorer og med forvaltningsbeføjelser og aktionærpligter i forhold til selskabet samt ret til kapitalafkast, hvis selskabets forhold tillader dette». Udledningen af denne definition synes at forudsætte en allerede eksisterende definition af egenkapital i

begrebet i SEL § 11, stk. 3. Som udgangspunkt spiller det ikke nogen rolle i skatteretten, hvorvidt der er tale om egenkapital. Specifik lovgivning retter sig mod specifikke forhold uden dog herved at benytte terminologien egenkapital. Der knytter sig således ikke et samlet beskatingsregime til egenkapitaldispositioner. Hermed ikke sagt, at sondringen mellem gæld og egenkapital ikke har relevans i skatteretlig henseende¹²¹. Derimod indgår *gældsbegrebet* i skattelovgivningen, og traditionelt kræves der efter definitionen heraf (1) en retlig forpligtelse, (2) der er reel og (3) hvorpå der hviler en tilbagebetalingsforpligtelse samt (4) udveksling af løfter og ydelser mellem parterne¹²². Ud over de særlige kriterier som praksis har udviklet i skatteretten, stemmer skatterettens gældsbegreb overens med den civilretlige gældsdefinition. Da regnskabsrettens gældsbegreb imidlertid, som påvist ovenfor, på visse punkter afviger herfra, er der anledning til at udvise en vis forsigtighed med hensyn til at benytte balancens gældsoplysninger uanfægtet i skatteretlig henseende¹²³. Oplysninger fra selskabets balance kan derfor kun som udgangspunkt benyttes ved undersøgelsen af skatteretlige gælds-spørgsmål, herunder i henhold til kursgevinstloven og i forbindelse med renteberegning mv.

B) Andre oplysninger i regnskabet: hensættelser og eventualforpligtelser

Regnskabsmæssigt foretages en række mere eller mindre specifikke hensættelser. Der er dog set en tendens i de senere år mod at begrænse mulighederne for at medtage uspecifikke hensættelser. Tendensen går i retning af alene at tillade indregning af juridiske forpligtelser og andre forpligtelser, der reelt er uundgåelige¹²⁴. I begge tilfælde kræves det, at beløbet kan opgøres med rimelig sikkerhed. Skatteretten tillader som

skatteretlig henseende der svarer til den regnskabsmæssigt anvendte definition, selvom denne af forfatteren forkastes som uanvendelig i skatteretlig henseende. Herved antager eksercitsen nærmest cirkelslutningens karakter. Efter min vurdering giver det ikke mening at definere egenkapital generelt i skatteretlig henseende, idet begrebet ikke anvendes generelt.

121. Se herom infra Del IV, kapitel 22.

122. Se for den mest omfattende analyse af det skatteretlige gældsbegreb *Bent Ramskov: Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 333 ff.

123. En sådan anvendelse vil dog langt hen ad vejen være tilfældet i den praktiske virkelighed.

124. Jf. *Olaf Hasselager m.fl.: Bogføring – regnskab og skat – med kommentarer til Bogføringsloven og Mindstekravsbekendtgørelsen*, 2000, s. 314.

hovedregel først fradrag på tidspunktet for pligtpådragelsen samt det tidspunkt, hvor beløbet kan opgøres¹²⁵. Det skatteretlige hensættelsesbegreb må antages at være opstået som en afsmitning fra regnskabsretten¹²⁶. Der er dog sammenfald mellem regnskabsretten og skatteretten ved henlæggelser til tab på udlån og garantier mv. for pengeinstitutter, realkreditinstitutter mv., idet der med KGL § 25, stk. 6 er indført en singular lovfastelse af princippet om maßgeblichkeit. Se også SEL § 13, stk. 2 om for forsikringsselskabers præmiehensættelser.

3.5.2.7. Værdiansættelse

Også værdiansættelsesprincipperne bør fremhæves. Regnskabsreformen, der har resulteret i den nugældende årsregnskabslov, medfører større afstand mellem regnskabsret og skatteret. Dette gælder særligt på værdiansættelsesområdet, hvor vi bevæger os fra et transaktionsbaseret til et værdibaseret værdiansættelsesprincip. Hovedreglen om måling (værdiansættelse) i årsregnskabsloven er dog fortsat indregning til kostpris for aktiver og nettorealisationseværdi for forpligtelser, jf. ÅRL § 36, hvilket dog modificeres med ÅRL § 37 for finansielle aktiver og forpligtelser, der indgår i en handelsbeholdning, eller er afledte finansielle instrumenter, idet disse skal måles til dagsværdi. Ligeledes er der mulighed for op- og nedskrivninger i henhold til ÅRL § 41 og § 42 vedrørende anlægsaktiver. I skattemæssig henseende afhænger værdiansættelsen typisk af, hvilken relation der er tale om, idet der gælder forskellige principper for opgørelsen heraf, herunder for eksempel om der er tale om genvundne afskrivninger eller avanceopgørelse.

125. Eksempelvis tillades der efter praksis fradrag for hensættelser til imødegåelse af garantiforpligtelser vedrørende oprindelige mangler, når der har vist sig at være en vis risiko, og garantibeløbene endvidere ikke er uvæsentlige, jf. eksempelvis TfS 2002, 14 LSR, hvor fradrag for hensættelser til en udpakningsgaranti, som en egentlig garantiforpligtelse, der gik ud over købelovens almindelige regler, blev anerkendt. Se også Cirkulære nr. 38 af 9.4. 2002 om genoptagelse af skatteansættelser, hvor der er nægtet fradrag for hensættelser til fremtidige serviceforpligtelser som foranlediget af TfS 2001, 803 LSR (SKM 2001, 372) og hertil LV 2005 E.B. 2.6.7, *Lars Traugott-Olsen* i TfS 2002, 738 og *Inge Langhøve Jeppesen* i Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2003, s. 115 ff. Se også TfS 1996, 174 V om hensættelser til erstatning, som kommenteret af *Ole Bjørn* i SR-Skat 1996, s. 166 ff. I TfS 2005, 560 LSR, blev fradrag for hensættelser nægtet vedrørende udgifter til serviceforpligtelser til kraftvarmeværker.

126. Jf. *Inge Langhøve Jeppesen* i Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2003, s. 115. Forfatteren anfører, at der savnes en egentlig skatteretlig definition af begrebet, dog uden at redegøre for, hvorfor en sådan havde været ønskelig. Forfatteren konkluderer, s. 126, at der formentlig på baggrund af den seneste årsregnskabslov ofte vil være større overensstemmelse mellem skatteretten og regnskabsretten.

Regnskabets balance har som nævnt ikke altid umiddelbar betydning for skatteregnskabet¹²⁷. I visse situationer skal der dog tages stilling til den skattemæssige værdi af et selskabs aktiver eller passiver¹²⁸.

3.5.2.8. Samlet vurdering

Afdækningen af forholdet mellem regnskabsret og civilret og skatteret og regnskabsret har tilvejebragt et praktisk kontrolgrundlag ved vurderingen af skatterettens afhængighed af civilretlige dispositioner og konstateringer. Såfremt der i henhold til afhandlingens grundbetragtninger kan siges at bestå et kongruenskrav på givne områder, er det relevant at have kendskab til, om en sådan kongruens tilsikres eller til en vis grad forhindres ved skatteretlig brug af regnskabsposterings ved skatteopgørelsen. Tilsvarende kan eventuelle afvigelser behandles lempeligt, såfremt der ikke kan siges at bestå et kongruenskrav mellem skatteret og civilret i den konkrete situation.

Af ovenstående kan – som forventet – udledes, at udgangspunktet om årsregnskabets præjudice for skatteregnskabet ikke medfører systematiske afvigelser mellem skatteretten og civilretten. Der er således ikke tale om et system, der per se er løsrevet fra civilretten. I regnskabsretten blev det påvist, at der langt hen ad vejen foretages en civilretlig kvalifikation af givne omstændigheder, eller at civilretlige kriterier lægges til grund i regnskabsmæssig henseende.

Der er dog ikke kongruens mellem skatteret og regnskabsret. Denne delvise adskillelse mellem skatteret og regnskabsret kan anses som noget positivt, idet der ikke tillades en regnskabsmæssig skævvridning på grund af skattereglerne, hvorved hensynene bag disciplinerne kan tilgodeses¹²⁹. De konkret forekommende samspilsproblemer løses i vidt omfang gennem konverteringen af årsregnskab til skatteregnskab, dette gælder i hvert tilfælde for helt åbenbare konflikter. De steder hvor regnskabsretten indeholder en fuldstændig løsrivelse fra det civilretlige system, foretages således som udgangspunkt de nødvendige korrektioner herfor i skatteretten. Videre burde der ideelt set foretages nøje civilretlige vurderinger af givne omstændigheder med henblik på at sikre den civilretlige forankring på områder, hvor denne er forudsat.

127. Se herom *Jakob Bundgaard* i SR-Skat, 2002, s. 126 ff.

128. Dette vil være tilfældet for tynd kapitaliserede selskaber efter SEL § 11, hvor gæld skal opgøres til kursværdi i henhold til stk. 2 og aktiver til handelsværdi i henhold til stk. 3.

129. Se også *Christen Amby* i Dansk juridisk national rapport, NSFS 17, s. 37.

Noget sådant finder imidlertid ikke altid sted, idet der kun sjældent vil være tvivl om postens civilretlige rigtighed. Imidlertid kan indregning af aktiver, forpligtelser, omkostninger og indtægter forudsætte en nærmere analyse af ejendomsrettens overgang, navnlig hvor denne er vanskelig at fastslå. En sådan analyse foretages næppe i praksis, hvorfor der rent teoretisk kan forekomme afvigelser mellem regnskabsretten og civilretten, selvom der faktisk er forudsat kongruens. Dette får naturligvis betydning i skattemæssig henseende, såfremt regnskabet lægges til grund, idet den civilretlige forankring i regnskabsrettens postering til lige er forudsat i skatterettens indregningskriterier, og der således ikke foretages selvstændige yderligere skatteretlige vurderinger. Hermed må det kunne konstateres, at der skal udvises omhu ved den skatteretlige anvendelse af det regnskabsretlige faktum, såfremt det ønskes at sikre skatteretlig overensstemmelse med civilretten på det givne område. Dog skal det endnu en gang påpeges, at der som udgangspunkt kun sjældent vil være tvivl om givne posterings civilretlige stilling.

Af særlig relevans for forholdet mellem skatteret og civilret skal følgende sammenfattende konstateringer fremhæves i skemaform:

Del II – Almindelig del: Udviklingslinier og grundbetragtninger

	Regnskabsret	Skatteret
Aktiver	Skal være af økonomisk værdi, men ikke krav om ejendomsret. I praksis er der for de fleste aktivers vedkommende ikke tvivl om at selskabet har ejendomsretten. Ejendomsretten efterses ved revisionen, selvom ejendomsretten ikke er et entydigt begreb i civilretten. Ejendomsret forudsættes som hovedregel for materielle, immaterielle og finansielle anlægsaktiver. Der gælder dog visse modifikationer. Omsætningsaktiver kan bestå såvel i civilretlige aktiver som i rent regnskabstekniske aktiver. Civilretligt må varer, tilgodehavender og andre finansielle omsætningsaktiver siges at bestå. Navnlig periodeafgrænsningsposter, igangværende arbejder og udskudt skat må antages ikke at udgøre aktiver i civilretlig henseende.	Aktiver indgår som hovedregel ikke direkte i indkomstopgørelsen eller ved skattespørgsmål i øvrigt. Når dette undtagelsesvist er tilfældet, må det antages, at inddragne aktiver skal udgøre aktiver i civilretlig forstand, selvom udgangspunktet tages i regnskabsrettens poster.
Forpligtelser	Passiveret gæld i regnskabsmæssig henseende er ikke altid udtryk for gæld i civilretlig henseende men vil som udgangspunkt dog være gæld i civilretlig henseende. Posterne selskabsskat, ikke fastlagt bonus, tantieme og kommission, periodeafgrænsningsposter og udbytte for regnskabsåret er ikke udtryk for gæld i civilretlig forstand. Regnskabsmæssige hensættelser er som udgangspunkt ikke udtryk for gæld i civilretlig forstand. Således er hensættelser til udskudt skat, latente skatter og andre hensatte forpligtelser ikke gæld i civilretlig forstand. Enkelte poster kan dog antageligvis udgøre gæld i civilretlig forstand. Således er hensættelser til pensioner og lignende forpligtelser formentlig udtryk for gæld i civilretlig forstand.	Gældsbegrebet har stor betydning i skatteretten. Som udgangspunkt lægges civilrettens gældsbegreb til grund. Det må dog antages at skatteretten qua krav om realitet og tilbagebetalingsforpligtelse opererer med et udvidet gældsbegreb i forhold til civilretten. Dog kan regnskabsoplysninger ofte benyttes, idet substansforudsætningen tillige tilsikrer gældens realitet. Hensættelser og eventualforpligtelser udløser som udgangspunkt ikke fradrag i skattemæssig henseende, idet der ikke er sket en pligtpådragelse.

Kap. 8: Tilgrænsede juridiske discipliner og skatterettens forhold hertil

	Regnskabsret	Skatteret
Indtægter	Som hovedregel benyttes leveringskriteriet hvilket indebærer indtægtsindregning ved ejendomsrettens overgang. Der foretages dog ikke en egentlig test heraf i praksis, idet ejendomsrettens overgang ikke så let lader sig afdække ved den rutinemæssige revisionsproces. Dog antages der sjældent i praksis at opstå tvivlsspørgsmål. Hovedreglen fraviges i visse henseender, herunder ved et produktionskriterium for entreprisearbejder og et periodiseringsprincip for renteindtægter.	Som hovedregel benyttes retserhvervelsestidspunktet som indtægtskriterium. Dette er dog ikke nødvendigvis sammenfaldende med ejendomsrettens overgang. Princippet suppleres blandt andet med et krav om, at grundlaget for beregningens størrelse fremstår klart. Retserhvervelsesprincippet suppleres af en række sekundære kriterier, der udgør fravigelser fra udgangspunktet, om at aftalens indgåelse er afgørende for, hvornår der er erhvervet endelig ret til et vederlag. Køberettens leveringskriterium anvendes ved almindelig erhvervsmæssig handel og entreprisearbejder. Gaver medregnes når gavetilsagn foreligger. Overdragelse af formuegoder medregnes på tidspunktet for aftalens indgåelse. Honorarindtægter inden for liberale erhverv medregnes ved fakturering. Royalties medregnes i det år, hvor de godskrives den berettigede. Udbytter medregnes i året, hvor de vedtages på generalforsamling, indtægter ved igangværende arbejder når arbejdet er tilendebragt, renteindtægter periodiseres etc.
Omkostninger	Omkostninger indregnes efter forbrug i henhold til matchingprincippet. Der skal mindre til for at omkostningsføre frem for at indtægtsføre, idet alle værdifald og stigninger i forpligtelser, der påvirker egenkapitalen, medregnes. Udgiftskriteriet indebærer, at der skal bestå en retlig pligt. Matchingsprincippet fraviges ved at tillade periodisering for honorarudgifter til konsulentassistance, til udgifter forbundet med entreprisearbejder og for rentebetalinger.	Som hovedregel benyttes pligtpådragelsestidspunktet som indregningskriterium. Som udgangspunkt er dette tidspunktet for aftaleindgåelsen. Princippet suppleres blandt andet med et krav om, at grundlaget for beregningens størrelse fremstår klart. Pligtpådragelsesprincippet suppleres af en række sekundære kriterier, der udgør fravigelser fra udgangspunktet om, at aftalens indgåelse er afgørende for, hvornår der er erhvervet endelig ret til et vederlag.

Del II – Almindelig del: Udviklingslinier og grundbetragtninger

	Regnskabsret	Skatteret
	Afskrivninger kan udgiftsføres, selvom der ikke herved er tale om omkostninger som følge af civilretlige forpligtelser. Der gælder en pligt til at foretage regnskabsmæssige afskrivninger.	Udgifter til almindelige varekøb fradrages ved levering fra leverandøren. Udgifter vedrørende entrepriser kan fradrages på aftaletidspunktet. Udgifter vedrørende igangværende arbejder medtages, når arbejdet er tilendebragt. Udgifter til produktion af løsøre til eget lager medregnes i salgsåret. Honorarudgifter inden for liberale erhverv medregnes ved fakturering. Royalties medregnes i det år, hvor ydelsen godskrives den berettigede og renteudgifter periodiseres. Samspil med regnskabsretten langt hen ad vejen, men mulighed for at (1) en regnskabsmæssig omkostning slet ikke anerkendes som en fradragsberettiget omkostning og (2) at en omkostning, der efter sin art i begge regelsæt anerkendes som fradragsberettiget medregnes med forskellige beløb. Afskrivninger er en ret i skattemæssig henseende. Som udgangspunkt er der ikke sammenhæng til de regnskabsmæssige afskrivninger, men på visse områder er det dog muligt at arbejde med samme afskrivninger i årsregnskab og skatteregnskab.

3.5.3. Formodningsregel: Regnskabsmateriale bliver afgørende, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale

Som supplement til ovenstående beskrivelse af forholdet mellem skatteret og regnskabsret kan det formentlig de lege lata postuleres, at regnskabsposter eller regnskabsoplysninger bliver afgørende for den skatteretlige vurdering af forholdet i sådanne situationer, hvor der ikke foreligger selvstændigt skatteretligt retskildemateriale¹³⁰. En sådan op-

130. Der ligger ikke heri en stillingtagen til hensigtsmæssigheden af postulatet. I engelsk ret tiltager regnskabsstandarder sig en stigende betydning i skatteretten, jf. *Judith Freedman* i *The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 47.

fattelse kan siges at være udtryk for en maskeret eller skjult formodningsregel. Det er dog klart, at udgangspunktet må være, at regnskabsmæssige principper ikke kan benyttes i skattelovgivningen, idet disse tjener et fra skatteretten væsensforskelligt formål¹³¹. Dette må gælde med mindre skattelovgivningen efter sin ordlyd eller indhold i øvrigt kan indeholde de pågældende begreber eller principper¹³².

Så vidt ses er Østre Landsrets dom af 8.3. 1977 refereret i UfR 1977, 1039 Ø *Tobakshandler F. H. Riishave-Nielsen* den første skatteretlige dom, hvor der direkte i præmisserne henvises til moderne regnskabsprincipper. Sagen vedrørte spørgsmålet om en forretningsdrivende arbejdsgivers skattemæssige placering af fradrag for ansattes ferieløn. Arbejdsgiveren havde tidligere placeret fradrag i udbetalingsåret, men fandtes at være berettiget til at placere fradraget i selvangivelsen for optjeningsåret. Landsrettens dommere havde tilsyneladende lyttet til skatteyderens anbringende om, at opgørelsen af en virksomheds regnskab også i forhold til skattemyndighederne bør ske efter sunde og rigtige bogføringsprincipper¹³³. I hvert tilfælde udtalte Landsrettens flertal på to dommere, at »... Som sagen foreligger oplyst, må det lægges til grund, at det er bedst stemmende med moderne regnskabsprincipper, at en forretningsdrivendes udgifter til ferie med løn fradrages indkomsten i det år, hvori ferieretten optjenes. [...]. Det er da også af skattemyndighederne ved en tidligere landsskatteretskendelse anerkendt, at denne beregningsmetode, som ikke kan anses for at være i strid med reglen i statsskattelovens § 6 a, stk. 1, litra a, kan anvendes også ved beregningen af arbejdsgiverens skattepligtige indkomst ...«. Dette udsagn er så vidt ses også den hidtil tydeligste tilkendegivelse af den i afhandlingen postulerede sammenhæng mellem regnskabsret og skatteret.

Ydermere har Landsskatteretten i TfS 2000, 1018 i en sag om principskifte ved den skattemæssige opgørelse af varelagre lagt til grund, at regnskabsrettens principper skulle finde anvendelse. Sagen drejede sig om, hvorvidt der var adgang til principskifte vedrørende spørgsmålet om indregning af indirekte produktionsomkostninger eller undladelse

131. Se også *Inge Langhøve Jeppesen*: Skatteretlig periodisering, 2005, s. 410, hvor det konkluderes, at regnskabsretten kun kan påvirke skatteretten som kriterium til udfyldelse af skatteretligt retsfaktum.

132. Jf. Told- og Skattestyrelsen: Undersøgelse – vedrørende igangværende arbejder, 2002, s. 46.

133. Det skal dog retfærdigvis nævnes, at skattemyndighedernes argument ikke bestred dette, men i stedet vedrørte adgangen til at foretage skatteretligt principskifte.

heraf ved opgørelsen af fremstillingsprisen. Landsskatteretten fandt, at et sådant principskifte var tilladt. Resultatet blev nærmere begrundet med, at varelagerloven ikke indeholder nogen definition på de mulige opgørelsesmetoder (dagspris, indkøbspris eller fremstillingspris). Afgørelsen af, hvilke udgifter der kunne eller skulle medregnes ved anvendelsen af de i varelagerlovens § 1 hjemlede opgørelsesmetoder, måtte derfor, i det omfang varelagerloven ikke gav svar herpå, ske ud fra de almindelige regnskabsregler, jf. varelagerlovens § 6, der fastsætter, at varelagerlovens regler kun kan anvendes, når den skattepligtiges regnskab er fastlagt efter de regler, der gælder for ordentlig forretningsførelse. Når § 32 i dagældende årsregnskabslov fastslog, at der var mulighed for efter eget valg at medregne de indirekte produktionsomkostninger eller lade være hermed, må den erhvervsdrivende ved opgørelsen af varelageret til fremstillingspris have en tilsvarende adgang til at opgøre disse med eller uden tillæg af indirekte produktionsomkostninger. Kendelsen kritiseres skarpt af *Ole Bjørn*, idet den findes af stærkt diskutabel rigtighed¹³⁴. Således anføres det – formentlig med rette, at henvisningen til regnskabsrettens principper ikke forekommer rigtig, idet en henvisning til almindelige skatteretlige principper synes mere ligefrem, idet anvendelse af regnskabsmæssige regler i hvert tilfælde må forudsætte, at man ikke i den skatteretlige lovgivning og i den skatteretlige praksis kan finde støtte for de principper, der skal anvendes, når en speciallov ikke udtrykkeligt tager stilling til det foreliggende problem. Af denne årsag skulle SL § 4 konkret have været anvendt som alternativ til de regnskabsretlige regler.

Den regnskabsmæssige klassifikation spillede en stor rolle i TfS 1994, 686 LSR, hvor midler, der var tilført et selskab i en koncern fra to andre selskaber i koncernen, ikke skulle anses som skattepligtigt driftstilskud, men blev anerkendt som lån. Landsskatteretten fandt, at det ved sagens afgørelse måtte lægges til grund, at der var en tilbagebetalingsforpligtelse for datterselskabet vedrørende de af sagen omhandlede udlån fra moderselskabet og søsterselskabet, hvorved blev bemærket, at A ApS's mellemregninger med moderselskabet og søsterselskabet i dets årsregnskaber stod opført som gæld. Regnskabsposteringsen anvendes i denne type sager som bevis for skatteydernes faktiske indretning.

Internationale regnskabsstandarder kan få en vis betydning i skatte-

134. Jf. SR-Skat 2001, s. 14 ff.

sager. Således har IAS 17 om leasing haft betydning ved afgrænsningen af, hvad der er finansiel indkomst, in concreto finansiel leasing i henhold til SEL § 32 før objektiviseringen af denne bestemmelse¹³⁵. Dette kommer til udtryk i TfS 2000, 532 LR, hvor der ikke var tale om finansiel leasing i IAS 17's forstand. IAS 17 er ligeledes søgt påberåbt i 10-mandssagerne, hvor det blev anført, at arrangementerne var typiske for finansiel leasing, som dette begreb blev defineret i omtalte internationale regnskabsstandard, jf. TfS 2000, 1011 H *Simon Bent Sørensen*.

Endelig skal det bemærkes, at regnskabsudsagn kan tillægges betydning ved den skatteretlige vurdering af, hvorvidt en virksomhed er erhvervsmæssigt forsvarligt drevet, jf. herved TfS 1999, 49 LSR, hvor resultatet efter driftsmæssige afskrivninger, og ikke skattemæssige afskrivninger, var afgørende ved vurderingen af, hvorvidt deltidslandbrug blev drevet erhvervsmæssigt forsvarligt og hermed, om under-skud kunne fratrækkes.

135. Der er dog tale om en konkret bedømmelse, hvor ligningsmyndighederne ikke er bundet af IAS 17, idet der ikke fremgår et krav herom af loven eller dennes forarbejder, jf. skatteministerens svar i bilag 36 til spørgsmål i bilag 31 til L 35 (lov nr. 312 af 17.5. 1995). Imidlertid kan IAS 17 indgå som et element blandt flere ved fastlæggelse af begrebet finansiel leasing.

Kapitel 9

Sammenfatning og vurdering

Del II har afdækket flere forhold. Indledningsvis blev det undersøgt, hvorledes opfattelsen af forholdet mellem skatteret og civilret kommer til udtryk i offentlige udredninger og retspraksis. Det blev konstateret, at der ikke tages tilstrækkeligt hensyn til forholdet ved udarbejdelsen af offentlige udredninger. Ligeledes kunne det konstateres, at der ikke kan udledes nogen generel linie om forholdet i retspraksis. Herefter blev hidtidig dansk teori behandlet. Konklusionen heraf var, at der ikke hidtil i dansk teori er foretaget nogen dybdegående analyse af forholdet mellem skatteret og civilret på et principielt plan. De eksisterende teoretiske bidrag forholder sig primært til forholdet i forbindelse med skatteretsanvendelsesprocessen. Det blev med udgangspunkt heri lagt til grund, at der i dansk ret er behov for en mere indgående analyse og en revurdering af forholdet mellem de behandlede retsdiscipliner.

Ovenstående første grundbetragtning søger på det overordnede ideelle plan at imødekomme et sådant behov. Når der henses til, at konflikten mellem fiskale og ikke-fiskale forhold på skatteområdet kan medføre, at den overordnede systematik og logiske sammenhæng i skattesystemet nedbrydes, når dette over en vis periode søger at opfylde forskelligartede, måske modstridende hensyn, er det herved ikke svært at konstatere, at der også kan forekomme forskelligartede og modarbejdende målsætninger i skatte- og civilretten.

Afhandlingens første grundbetragtning forsøger at tilvejebringe anskuelsesmåder til at løse grundlæggende konflikter mellem disciplinerne. Dette postulat er tydeliggjort og konkretiseret ved afhandlingens anden grundbetragtning, hvor de retstekniske aspekter af relationen præsenteredes. Det er ikke muligt abstrakt at formulere, hvilke hensyn der skal respekteres og hvilke ikke. Der skal foretages en konkret analyse fra forhold til forhold. Trods dette er der søgt udformet et tentativt katalog. Dette katalog skal nærmere vurderes på baggrund af analyserne i afhandlingens kontronerende del nedenfor (Del IV). Af disse

årsager er afhandlingens grundbetragtninger kun tænkt som en vejledning til den konkrete bedømmelse af forekommende retlige samspil mellem skatteretten og civilretten.

Argumenter pro et contra grundbetragtningerne er blevet fremført, og det kunne konkluderes, at flere forhold taler for end mod at anlægge den opfattelse, der gennem grundbetragtningerne argumenteres for. Selvom teoriapparatet tager udgangspunkt i tysk og schweizisk ret, tages der behørigt hensyn til pragmatikken i dansk ret, hvormed fornuftsbetonede resultater vil blive foretrukket frem for stringent teoretisk overensstemmelse og begrebsdyrkelse¹. Grundbetragtningerne adskiller sig fra hidtidige danske bidrag ved, at bevæge sig på et overordnet plan og berøre såvel lovgivningsområdet som retsanvendelsen, ligesom de vedrører såvel retsdogmatikken som retspolitikken. I relation til hidtidig teori indebærer grundbetragtningerne en nuancering af anskuellesmåden. Det er ligeledes en målsætning at søge at tilvejebringe en af grundstenene til en mere permanent løsning af koordinationsproblemet mellem skatteret og civilret.

I kølvandet på teoripræsentationen er forholdet mellem skatteretten og dennes tilgrænsede discipliner afdækket, herunder selskabsretten og regnskabsretten. Om forholdet til selskabsretten kan det sluttes, at der herved er tale om en problemstilling, der skal behandles på samme vis som andre samspil mellem skatteret og civilret. Undersøgelsen af forholdet til regnskabsretten tjener imidlertid et andet formål, idet der hermed er tilvejebragt et praktisk kontrolgrundlag ved vurderingen af skatterettens afhængighed af civilretlige dispositioner og konstateringer. Dette opnås dels ved at undersøge regnskabsrettens forhold til civilretten, dels at undersøge skatterettens forhold til regnskabsretten. Herved ses det også, at afsnittet har værdi i sig selv, selvom afhandlingen i øvrigt ikke ud over ovenstående behandler forholdet mellem skatteret og regnskabsret.

Det kunne udledes, at udgangspunktet om årsregnskabs præjudice for skatteregnskabet ikke medfører systematiske afvigelser mellem skatteretten og civilretten. Der er således ikke tale om et system, der per se

1. Som anført af *Stig Jørgensen* i *Træk af privatrechts udvikling*, 1966, s. 30, må jurister dog ikke undervurdere faren ved for vidtdreven pragmatisme og kasuistik. Dels ligger der en almindelig videnskabelig inspiration og kontrol i abstraktion, begrebsdannelse og systematisk konstruktion; logisk og organisk sammenhæng er af betydning. Dels må juristerne især betone værdien af overskuelighed og konsekvens af hensyn til retssikkerheden og retfærdigheden.

er løsrevet fra civilretten. I regnskabsretten blev det påvist, at der langt hen ad vejen foretages en civilretlig kvalifikation af givne omstændigheder eller, at civilretlige kriterier lægges til grund i regnskabsmæssig henseende. Endelig blev der udledt den formodningsregel, at regnskabsmateriale kan få afgørende betydning i tilfælde, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale. Der er dog ikke kongruens mellem skatteret og regnskabsret. Denne delvise adskillelse mellem skatteret og regnskabsret kan anses som noget positivt, idet der ikke tillades en regnskabsmæssig skævvridning på grund af skattereglerne, hvorved hensynene bag disciplinerne kan tilgodeses. De konkret forekommende samspilsproblemer løses i vidt omfang gennem konverteringen af årsregnskab til skatteregnskab. Dette gælder i hvert tilfælde for helt åbenbare konflikter. De steder, hvor regnskabsretten indeholder en fuldstændig løsrivelse fra det civilretlige system, foretages således som udgangspunkt de nødvendige korrektioner herfor i skatteretten. Videre burde der ideelt set foretages nøje civilretlige vurderinger af givne omstændigheder med henblik på at sikre den civilretlige forankring på områder, hvor denne er forudsat. Noget sådant finder imidlertid ikke altid sted, idet der kun sjældent vil være tvivl om postens civilretlige rigtighed. Imidlertid kan indregning af aktiver, forpligtelser, omkostninger og indtægter forudsætte en nærmere analyse af ejendomsrettens overgang, navnlig hvor denne er vanskelig at fastslå. En sådan analyse foretages næppe i praksis, hvorfor der rent teoretisk kan forekomme afvigelser mellem regnskabsretten og civilretten, selvom der faktisk er forudsat kongruens. Dette får følgende betydning i skattemæssig henseende, såfremt regnskabet lægges til grund, idet den civilretlige forankring i regnskabsrettens postering tillige er forudsat i skatterettens indregningskriterier, og der således ikke foretages selvstændige yderligere skatteretlige vurderinger. Hermed må det kunne konstateres, at der skal udvises omhu ved den skatteretlige anvendelse af det regnskabsretlige faktum, såfremt det ønskes at sikre skatteretlig overensstemmelse med civilretten på det givne område. Dog skal det endnu en gang påpeges, at der som udgangspunkt kun sjældent vil være tvivl om givne posterings civilretlige stilling.

Del III – Forholdet mellem
skatteret og civilret i komparativ
belysning

Indledning

Afhandlingens tredje del er komparativ¹. Således skal der i det følgende afdækkes, hvorledes opfattelsen af forholdet mellem skatteret og civilret er, og har været i teori og praksis i tysk, schweizisk, svensk og norsk ret². Særligt udviklingen i tysk skatteret er relevant, idet den generelle udvikling i Europa, efter alt at dømme, i vidt omfang udspringer fra Tyskland. Forholdet mellem skatteret og civilret har været undergivet akademisk behandling i godt hundrede år i tysk juridisk litteratur, og har gennemgået en interessant og lærerig udvikling. Ligeledes har emnet været behandlet med stor detaljeringsgrad. Tyskland kan opfattes som foregangsland, hvad angår udviklingen i teori og praksis vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret³. Af denne årsag fokuseres der i det følgende overvejende på tyske forhold⁴. Tilsyneladende er det primært i tysk og schweizisk ret, hvor forholdet mellem skatteret og civilret er blevet analyseret i en bredere sammenhæng, hvor der fokuseres generelt på forholdet og ikke primært foretages en begrænsning til analyser af skatteomgåelse og anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretten⁵. En nærmere uddybning af forholdene i disse lande lader sig således retfærdiggøre under henvisning til denne fokusering i teori og praksis, hvilket er ukendt i dansk ret.

Baggrunden for valget af, den til tider trættende, länderbericht-me-

-
1. Der henvises til Del I, kapitel 4, for de metodiske overvejelser herom, samt for udvælgelsen af retssammenligningens genstand.
 2. Opregningen som foretaget her er ikke tilfældig, men vægtet efter den betydning udviklingen har haft for foreliggende afhandling. Dette begrundes med den intensitet, hvormed emnet er blevet dyrket i de enkelte landes teori og praksis.
 3. Der findes da også en overvældende tysksproget litteratur om emnet. Det prætenderes ikke med det foreliggende studium udtømmende at behandle denne litteratur. I stedet fremhæves de mest betydningsfulde analyser, og der foretages en fremstilling af udviklingen til og med den nutidige retstilstand.
 4. Forskellene mellem tysk og dansk ret skal naturligvis have in mente, hvorfor synspunkter ikke blot ukritisk kan lægges til grund ud fra et dansk synspunkt. Denne forskel forsvinder i et vist omfang når sammenligningen foretages med de øvrige nordiske lande.
 5. Dog skal også fremhæves, at der er en vis akademisk tradition vedrørende dette emne i Frankrig, Østrig, Holland og Italien.

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

tode til sammenligningen skal søges i det forhold, at der her igennem er hentet inspiration til de præsenterede grundbetragtninger i Del II⁶. De konkrete resultater fra de udenlandske analyser har kun begrænset værdi i dansk ret, idet disse forholder sig til udenlandske retsinstitutter og traditioner, som kun i yderst begrænset omfang og under iagttagelse af flere forholdsregler og forbehold kan tillægges værdi i dansk ret⁷. Den noget beskrivende sammenligning uden direkte analyser om forholdet til dansk ret kan retfærdiggøres. Dette begrundes med, at problemstillinger vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret ikke har været behandlet indgående i dansk juridisk teori. Danmark er så at sige bagud i forhold til den intensive opmærksomhed, der har været rettet mod emnet særligt i vore nabolande og andre europæiske lande. Det er derfor interessant at se udviklingen i et historisk perspektiv, der gennemgår alle faser heri, med henblik på at opnå indsigt i de erfaringer man gennem tiderne har gjort sig i udlandet forud for den nuværende opfattelse. Det er nødvendigt at kende udviklingen for at forstå den gældende opfattelse. Hermed må det selvgode argument, om at vi i Danmark med første spæde forsøg har fundet den rette udformning, afvises.

Sammenligningen indledes med et internationalt udsyn.

-
6. En egentlig sammenligning er der dog ikke tale om, idet dansk ret netop er kendetegnet ved ikke at have behandlet de nærmere aspekter vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. Derfor er fremdragelsen af resultater fra den righoldige kontinentaleuropæiske teori benyttet som springbræt for en juridisk analyse efter danske forhold.
 7. På visse steder i afhandlingens efterfølgende dele, vil den analytiske metode dog blive benyttet, hvor de i dansk ret udvalgte problemstillinger tillige er blevet behandlet i fremmed ret. Denne eksercits foretages dog kun under behørig hensynstagen til de nævnte forbehold.

Kapitel 10

Internationalt overblik

§ 1 Generelt

Det nærmeste man kommer en egentlig komparativ oversigt over forholdet mellem skatteret og civilret, er *Frederik Zimmers* generalrapport i *Cahiers de droit fiscal international*¹. Denne forfatter forsøger at fremdrage nogle generelle træk i tilgangen til problemstillingen, som det kommer til udtryk i de 27 rapporterende IFA-medlemslande. Således kobles »form and substance« problemstillingen til samspillet mellem skatteret og civilret, idet det anføres at, »... *Form (or legal form) refers to the concepts described by terms used in tax statutes, first and foremost terms used to describe the legal conditions of a tax rule. Often these terms are also used in private law statutes to describe private law concepts (sale, lease, gift, employee, company). A core issue is whether and, if so, to what extent such terms, used in tax statutes, should be understood to mean the same as in private law relations ... [...] ... Most tax laws also use terms that do not correspond to terms used to describe private law concepts (permanent establishment in tax treaties is a typical example, special tax rules concerning tax-favoured mergers is another, the concept of business may be a third). In such cases, one may talk about tax concepts or even economic concepts. Form and substance is an issue in relation to such concepts as well, although the question is not put to the extreme as often as where private law concepts are used ... [...] ... An issue that arises in many jurisdictions is how to draw the dividing line between private law concepts and tax law (or economic) concepts, or put in another way: which concepts used in tax statutes are autonomous and which are dependent on the private law meaning? ...*«². Om betydningen af anvendelsen af civilretlige begreber mv. i skatteretten anføres det sammenfattende at, »... *It seems reasonable to assume that the more the concepts which are used in tax statutes are private law concepts and the more that they are interpreted to have the same meaning as in private*

1. Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 19 ff, »Form and substance in tax law«.

2. Op.cit., s. 23 f.

law, the broader is the scope for tax planning and the more the issue of the relation between the legal form and the economic substance is put to its extremes ...»³.

§ 2 Oversigt over indstillingen i den vestlige verden

I international kontekst har tesen om skatterettens autonomi ikke tilslutning i mange industrialiserede lande. Således er der i hvert tilfælde i Australien, Belgien, Canada, Frankrig, Tyskland, Japan, Holland og Sverige enighed om, at skatteretten ved anvendelse af civilretlige begreber skal lægge den civilretlige forståelse til grund⁴. Udgangspunktet fraviges forskelligt i de forskellige nationer, men intet steds per se. Oftest er det anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretten og skatteudnyttelse fokus, har været rettet mod. Emnets øvrige bestanddele har næppe nydt den samme opmærksomhed. Det er derfor ikke muligt at give et overblik over behandlingen af sådanne samspil i forskellige stater.

I *Norden* har spørgsmålet været behandlet i teorien⁵. Der er i svensk ret enighed om, at civilretten i et vist omfang virker styrende for skatteretten, i det omfang man bevæger sig indenfor givne begrebers kerneindhold. Således accepteres begreber og ord i skatteretten, der tilsvarende civilrettens begreber. I sådanne situationer, hvor et givent begreb ikke er tilstrækkeligt præcist defineret i civilretten, skal domstolene overveje, hvad der er den korrekte afgørelse baseret på civilretten. I *Norge* har emnet ikke haft stor bevågenhed.

I *Finland* lader opfattelsen til at være den, at civilretlige termer bør fortolkes på tilsvarende måde i skatteretten som i civilretten, såfremt der ikke er tale om et område, der rammes af den særlige skatteflugs-

3. Op.cit., s. 25.

4. Jf. *Hugh J. Ault (red.): Comparative Income Taxation – A Structural Analysis*, 1997. Om Australien se *Richard Vann*, s. 20f, om Canada *Brian J. Arnold*, s. 35, om Frankrig *Guy Gest*, s. 47, om Tyskland *Albert J. Rädler* s. 69, om Japan *Minoru Nakazato & Mark Ramseyer* s. 79, om Holland *Kees van Raad* s. 89 og om Sverige *Peter Melz*, s. 105. USA og England er tillige medtaget i nævnte komparative fremstilling, men spørgsmålet behandles ikke i afsnittene herom. Se dog infra om problemstillingen i USA.

5. Der redegøres for norsk og svensk teori nedenfor i kapitel 14 og 15.

lovgivning⁶. Det er således en forudsætning for udsagnet, at den anvendte civilretlige terminologi er udtryk for realiteter og økonomiske omstændigheder.

Også *tysk* ret er beriget med indtil flere monografier omhandlende forholdet mellem skatteret og civilret. Som det allerede er angivet, er det primære komparative sigte for afhandlingen netop tysk ret. Der skal således blot henvises til nedenstående kapitel 11 i Del III.

Schweizisk ret er på dette punkt beslægtet med tysk ret og følgelig yderst interessant. Se herom nedenfor i kapitel 12.

Belgisk skatteret er kendetegnet ved det grundprincip, at civilretten er styrende for skatteretten. Således antages det, at retlige begreber, der anvendes i skattelovgivningen, skal fortolkes i overensstemmelse med disses civilretlige betydning, ligesom transaktioner, som skatteyderne foretager, skal bedømmes i henhold til civilretlige principper. Dette princip er domstolsudviklet og finder generel støtte i belgisk teori⁷. Der gælder ikke nogen generel »substance over form« doktrin i Belgien.

I *England* opfattes skatteretlige termer i princippet på samme måde i skatteretten som i civilretten. Civilretlig lovgivning har prioritet for skatteretten, såfremt særskilte skatteretlige bestemmelser savnes. Der lader dog til at være mulighed for fravigelse, såfremt der er tale skatteudnyttelse.

I *fransk ret* lader det til, at autonomi-doktrinen har mistet sin betydning. Således må civilretlige begreber hentet fra eksempelvis erhvervsretten tillægges den samme betydning i skatteretten, som i den deldisciplin den hidrører fra. Dette følger af praksis fra civile domstole, når disse behandler skattesager⁸. Såfremt skatteyderne fejlagtigt klassificerer en transaktion til brug for skatteformål er det muligt for skatte-

6. Se herom eksempelvis *Jarmo Ikkla* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 250 f.

7. Jf. herom *Daniel Garabedian* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 153 ff. Se også *J. Van Houtte* i Cahiers de Droit Fiscal International 1939, Vol. II, s. 24 ff.

8. Jf. herved *Guy Gest* i *Hugh Ault (red.) Comparative income taxation – A Structural analysis*, 1997, s. 47. Noget andet er, at man i Frankrig i sager om moms ved administrative domstole er mere opmærksom på bestemmelsernes formål og derved oftere tillader en fravigelse fra det oprindelige civilretlige meningsindhold i en term. Om forholdet mellem skatteret og civilret i fransk ret henvises yderligere til *L. Trotabas: Essai sur le droit fiscal*, Revue de science et de législation financières 1928, 201, 225 og *Hervé Lehérissel* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 264 ff. Sidstnævnte fremhæver autonomiens begrænsning, trods forkærligheden for princippet hos visse teoretikere.

myndighederne at omkvalificere dispositionen⁹. Bevidst urigtig klassifikation med skatteundgåelse eller skatteminimering for øje medfører, at doktrinen om »abus de droit« finder anvendelse.

Retstilstanden i *Italien* er karakteriseret ved følgende, »... *Concepts utilised in tax statutes often derive from private law. In fact, tax statutes do not define many of the terms and definitions utilised for tax purposes. There are, of course, exceptions: in some cases, concepts which belong to the private law have a different meaning for tax purposes. Sometimes, differences derive from the interpretation of tax statutes; in other cases, differences are directly provided in the tax statutes. The strict connection between tax law and private law is also reflected by the fact that interpretation rules contained in the Civil Code are also applicable for tax purposes. Therefore, when interpreting the tax consequences of a contract, reference must be made, in principle, to the private law interpretation rules ... [...] ... In this respect, it is to be noted that the characterisation of a contract made by the parties is not binding on either the tax administration or the court. In fact, the characterisation can only be viewed as an indication of the intention of the parties ...*«¹⁰.

I *USA* udgør forholdet mellem skatteret og civilret formentlig ikke et problem, idet der ikke opereres med en tilsvarende sondring mellem privat- og offentlig ret, som tilfældet (mere eller mindre skarpt) er det i kontinentaleuropa, ligesom der findes forskellige civilretlige regler i de forskellige stater.

Som det klare udgangspunkt i *canadisk skatteret* anerkendes det, at indkomstskatteretten grundlæggende bestemmes på grundlag af legale rettigheder og pligter, som de kommer til udtryk almenretligt¹¹. Den canadiske Income Tax Act er fyldt med begreber af civilretlig oprindelse. Særligt to forhold komplicerer situationen, (1) at Canada er en føderal stat og (2) at anvendelsen af skattereglerne ved offshore aktiviteter for canadiske skatteydere medfører anvendelse af skattelovgivning på udenlandske rettigheder og pligter. Ad (1) Det juridiske meningsindhold varierer fra provins til provins. Dette kommer tydeligst til udtryk ved Province de Quebec, der som bekendt følger den franske

9. Loc.cit.

10. Jf. *Antonello Lupo* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 358 f.

11. Jf. *Brian J. Arnold* i *Hugh J. Ault* (red.): *Comparative Income Taxation – A Structural Analysis*, 1997, s. 35 og særligt om substance over form *Guy Masson & Shawn D. Porter* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 187 ff.

retsstruktur. Dog forfølger lovgiver og domstole over hele landet en målsætning om konsistens i anvendelsen af den føderale Income Tax Act vedrørende skatteydere i forskellige dele af landet, dog med enkelte modifikationer vedrørende Quebec. Ad (2) Generelt anerkendes rettigheder og pligter, der opstår under udenlandsk ret. Canadisk skatteret anvendes herefter på disse konstateringer, hvorved de konstaterede udenlandske rettigheder og pligter i realiteten udgør faktum (finding of fact) i stedet for egentlig ret¹².

I *Japan* har den japanske højesteret overvejende indtaget den holdning, at der skal være kongruens i begrebsanvendelsen, når der i indkomstskatteretten anvendes begreber, der svarer til kendte civilretlige begreber. Japansk skatteret benytter sig i høj grad af lånte begrebet fra civilretten. Det er tvivlsomt, om et princip om »substance over form« finder anvendelse i japansk skatteret, selvom udgangspunktet er en benægtende besvarelse på spørgsmålet om eksistensen heraf¹³.

I *Australien* er det anerkendt, at medmindre der er tale om »sham«¹⁴ accepterer de Australske domstole generelt den form en transaktion ikklædes. På visse områder gælder der formentlig en substance over form doktrin¹⁵.

I *argentinsk ret* er der en høj grad af konsensus i doktrin og praksis

12. Om dette forhold anfører Guy Masson & Shawn D. Porter op.cit., s. 205, »... In order to apply the provisions of the Act to foreign entities or transactions governed by foreign private law, the Canadian authorities and courts will take into consideration the attributes and features of the foreign private law in order to determine the proper characterization under Canadian private law. Such a process is particularly relevant when a foreign entity has to be classified to determine its status for its own Canadian income tax liability or to determine the tax liability of Canadian taxpayers holding an interest in the foreign entity or transacting with it. The basic approach entails a review of the characteristics of the foreign entity so that it can be assimilated to one of the three generic categories of Canadian entities: corporation, trust and partnership. For instance, in Interpretation Bulletin IT-343R, »Meaning of the Term 'Corporation'«, 26 September 1977, CCRA takes the position that in order to be considered as a »foreign affiliate«, a foreign entity would need to be a corporation under Canadian private law and is thus required to have a special identity and existence (i.e. separate legal personality and rights and liabilities of its own). The Bulletin then lists 23 different entities, such as société anonyme and Anstalt, which are considered corporations for the purpose of the Act; since the release of the Bulletin, CCRA has reviewed on an ad hoc basis the status of many other foreign entities ...«.
13. Jf. Minoru Nakazato & Mark Ramseyer i Hugh J. Ault (red.): Comparative Income Taxation – A Structural Analysis, 1997, s. 79 ff og Tadashi Murai i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 379 ff.
14. Forstået »... in the sense of not having the under general law the legal effect that it purports to ...«, jf. Richard Vann, op.cit., s. 20 f.
15. Jf. herom C. John Taylor i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 95 ff.

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

om, at der består en betydelig frihed for lovgiver til at konstruere civilretlige begreber til brug for anden lovgivning med et andet indhold end det der kendes fra civilretten¹⁶.

I hollandsk skatteret er skattelove i vidt omfang baseret på civilretligt forekommende begreber¹⁷. Efter nugældende doktrin skal civilretlige termer og begreber, der benyttes i en skatteretlige kontekst generelt opfattes i deres civilretlige mening. Dog kan sigte og målsætning af en given skatteregel meget vel udgøre tilstrækkeligt grundlag til at foretage en fravigelse fra det civilretlige begreb og fastlægge et særskilt skatteretligt indhold. I hollandsk ret har udviklingen tilsyneladende i store træk fulgt udviklingen i tysk ret¹⁸. Endelig er forholdet også berørt i østrigsk, rumænsk, luxembourgsk og spansk ret¹⁹.

Der kan konstateres stor spændevide i tilgangene til problemstillingen i de rapporterende lande²⁰. Således bemærkes det, at det lader til, at der i sydeuropa og latinamerika samt i common law landene gælder en rimelig streng overensstemmelse mellem begrebernes civilretlige be-

16. Således anfører *Horacio D. Diaz Sieiro* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, s. 72 f, at »... There is marked consensus between tax doctrine and case law in that when the legislator passes tax laws it has considerable latitude to construe private law concepts with a scope or content which differs from the way they are construed under private law. Accordingly, it is accepted that the legislator can alter the content of a particular concept inherent to private law and give it a partially or entirely different one when it forms part of a tax norm. In fact, the National Supreme Court of Justice has often interpreted thus and has pointed out that when legal figures pertaining to private law are picked up by tax law to facilitate carrying out its norms this does not mean that the tax norms should be subject to the contents or scope construed for the concepts under private law. This far-reaching authority enjoyed by the legislator to qualify concepts in the tax arena has been justified based on the contention that private law has now lost the pre-eminence it originally had over tax law because of the way in which the concepts, rules, institutions and methods pertaining to tax law have developed. Also because private law norms and tax law norms frequently operate in different environments and have different aims, so it follows that in order to achieve tax objectives, the legislator may for tax purposes establish the rules it considers lawful, effective and reasonable, without having to abide by the categories or figures adopted by private law, even though it may borrow some concepts from the latter to redefine them as it sees fit and in line with the purposes of tax law ...«.

17. Jf. *Kees van Raad* op.cit., s. 89. Der henvises ligeledes til *Ch. P. A. Geppaart*: *Fiscale rechtsvinding*, 1965, s. 144 f, og *H. Schuttevâer*: *Privaatrecht en belastingsrecht*, 1972.

18. Jf. *Klaus Tipke*: *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 48 med note 48.

19. For så vidt angår Rumænien se *Constant Georgescu* i *Cahiers de Droit Fiscal International* 1939, Vol. II, s. 63 ff. Relationens behandling i Østrig er omtalt hos *Wolfgang Polland*: *Steuerrecht und Steuerrecht*, 1959, passim. Se for tilstanden i Luxembourg *A. Steichen*: *Manuel de Droit fiscal*, Tome I, 1996, s. 68 og for spansk ret *F. Sainz de Bujanda*: *Sistema de Derecho Financiero*, Bind I, 1997, s. 176 ff.

20. Jf. herom og til det følgende *Frederik Zimmer* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 25 ff, og s. 56 ff.

tydning og den skatteretlige betydning. Derimod kan det fremhæves, at begrebernes civilretlige betydning er nedtonet noget i tysk ret og andre beslægtede retssystemer (Østrig, Schweiz og Luxembourg). Det kan videre påpeges, at retstilstanden i USA udgør den mest afvigende fra de øvrige, idet der findes et tydeligt behov for at udvikle og anvende selvstændige begreber grundet nationens føderale karakter og dermed forbundne varierende civilret. Retstilstanden i Belgien og Argentina kan for en umiddelbar betragtning ses som eksempler på begge ender af spektret. Som allerede nævnt er belgisk skatteret kendetegnet ved det grundprincip, at civilretten er styrende for skatteretten. Således antages det, at retlige begreber, der anvendes i skattelovgivningen, skal fortolkes i overensstemmelse med disses civilretlige betydning, ligesom transaktioner, som skatteyderne foretager, skal bedømmes i henhold til civilretlige principper. Hertil kommer, at der gælder et strengt princip om tekstnær fortolkning, et forbud mod analogi samt fortolkning til skatteydernes gunst i tilfælde af tvivl. Disse forhold giver samlet et billede af et legalistisk og konsekvent regime. Dog indebærer den belgiske forfatning ikke et forbud mod at anvende økonomiske begreber i skatteretten eller mod indførelsen af en generel omgængelsesklausul. I modsætning hertil gælder der som nævnt i Argentina en betydelig frihed for lovgiver, og hvor man alene som en sidste mulighed vender sig mod civilretten ved fortolkningen af retlige begreber.

Bortset fra Argentina synes sydeuropæisk og latinamerikansk ret at være præget af fransk ret, hvorefter der anvendes snævre ordlydsfortolkninger, og hvor domstolene i vid udstrækning lader den civilretlige betydning af begreber opnå forrang, endda i tilfælde, hvor lovgiver har mulighed for at udforme skattelove, der indeholder specifikke skatteretlige begreber²¹. Det tilsvarende formalistiske mønster ses i Italien og Belgien, mens situationen i Spaniens synes mere åben. I latinamerika følges en endnu mere streng overensstemmelse end i fransk ret i Colombia og Mexico og er trods teoretisk modstand skrevet ind i Brasiliansk skattelovgivning. I Uruguay synes der derimod at være mere plads til autonomi for skatteretten. En tilsvarende linie om kongruens følges i *common law* landene, herunder Canada og New Zealand²².

21. Op.cit., s. 26.

22. Loc.cit., hvor det anføres, at »... *Even in jurisdictions with a strict adherence to private law concepts in tax law there may be concepts in tax statutes that do not correspond to private law concepts or where the legislator has made it clear that the concept should have a different*

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

De ovenfor præsenterede oplysninger fra de forskellige lande tager udgangspunkt i skatteudnyttelsessituationen. Dog gælder det, at den generelle tilgang til forholdet mellem skatteret og civilret oftest er identisk uden for skatteudnyttelsestilfældene.

Som det også er tilfældet i dansk ret, gælder det internationalt, at det ikke har den store civilretlige relevans at afklare om givne begreber mv. nu også faktisk dækker den aktuelle omstændighed eller ej, mens forholdet modsat i skatteretten har stor betydning. Om denne problemstilling anfører Frederik Zimmer at, »... Sometimes the issue of characterising the transaction in question is of minor importance or even immaterial in private law relations but important in tax law. For instance, in a leasing agreement the rights and obligations may be described in such detail that the question of who is the »owner« of the asset is of minor private law importance; however, it has to be decided for income tax purposes. Even in such cases, an analysis of private law rights and obligations is assumed to be important in order to make a qualified characterisation for tax law purposes. In such cases, one question can be to what extent one should enter into economic reasoning instead ...»²³.

I de følgende kapitler behandles tysk, schweizisk, svensk og norsk ret i større detalje.

content from private law relations. In such cases, of course, the private law content of the concept is not binding and perhaps immaterial even in jurisdictions where private law concepts prevail in tax law ...».

23. Jf. Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 57.

Kapitel 11

Tysk ret

§ 1 Indledning

Selvom skatteretten henhører under offentligretten, er der tætte forbindelser mellem skatteretten og civilretten. Som nævnt er disse forbindelser i særlig grad i Tyskland blevet gjort til genstand for retsvidenskabelig analyse. Allerede ved opslag i standard lærebogsværkerne i tysk skatteret får man indtryk af, at forholdet har optaget mange teoretiske sind gennem tiderne. Endda forholder det sig således, at der til brug for grundlæggende undervisning i skatteret er udarbejdet monografier om de praktiske aspekter af forholdet mellem skatteret og civilret¹. Den store interesse for emnet i Tyskland skyldes formentlig de videnskabelige personligheder, der gennem tiderne har beskæftiget sig med skatteretten. Det har således stedse været ønsket at opbygge skatteretten som en juridisk disciplin.

Man kan vælge at inddele udviklingen i tysk ret efter de forskellige synspunkter eller teorier om forholdet mellem retsdisciplinerne, eller man kan inddele udviklingen i tidsmæssige perioder. Fremstillingen benytter sidstnævnte fremgangsmåde, hvorfor inddelingen i det følgende er baseret på historiske fakta. Således udsondres fire relevante perioder i tysk skatteret, der hver især skal behandles nedenfor². Disse faser er udtryk for udviklingen i praksis og teori. Der er dog ikke i alle situationer sammenfald mellem den tidsmæssige placering af teori og

1. Nævnes bør i denne henseende lærebogsserien »Grundkurs des Steuerrechts« som udkommer i talrige bind, herunder bind 6, *Walter Maier & Jürgen Schmitt: Bürgerliches Recht und Steuerrecht*, 2001, nu foreliggende i 9, udgave og bind 13, *Bernhard Brehm, Friedhelm & Thomas Scheel: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht*, 2001, nu foreliggende i 6. udgave. Disse lærebøger sigter efter eget udsagn mod anvendelse i undervisningen på forskellige uddannelser med et skatteretligt indhold, herunder uddannelsen til Steuerbeamten, Bilanzbuchhalter, Steuerfachangestellter samt uddannelsen i Finanzverwaltung og andre indenfor »der steuerberatende Berufe«.
2. Det skal dog bemærkes, at det tilsyneladende varierer om man i tysk teori fremstiller den historiske udvikling som indeholdende tre eller fire perioder. Ligeledes er det forskelligt om de behandlede faser inddeles i præcise årstal eller mere løseligt angivne årstalsangivelser.

praksis. I dette forhold lægges situationen i praksis til grund for fremstillingen³. Begge elementer fremhæves og perioderne sættes dermed i teoretisk kontekst.

§ 2 Første fase: Das Zivilrecht als »Mutterrecht« – skatteret som annex- eller følgeret

Skatteretten er ikke en gammel juridisk disciplin. I Tyskland fik disciplinen først nævneværdig betydning i det tyvende århundrede⁴. I skatterettens opbygningsfase var det nærliggende at læne sig tæt op ad eksisterende civilretlige systemer, ja endda totalt at binde sig hertil. Denne binding kendetegner den første historiske fase i forholdet mellem skatteret og civilret i tysk ret, som indebar, at lovgiver hyppigt anvendte kendte civilretlige begreber og institutter i skattelovgivningen⁵. Den udbredte anvendelse af civilretlige begreber i skatteretten er i ældre tysk teori omtalt som »ein Notbehelf«. En anden årsag til bin-

-
3. De teoretiske strømninger er for så vidt tidløse, selvom visse dele heraf særligt er tilknyttet tidsmæssige perioder.
 4. Jf. herved *Peter Locher: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, 1983, s. 160.
 5. Denne første periode i udviklingen af forholdet mellem skatteret og civilret er righoldigt behandlet i tysk litteratur, ligesom flere bidrag udkom i selve perioden. Eksempelvis kan der fra perioden henvises til *C. A. Emge: Gratisaktien und Steuern. Grundsätzliche Erwägungen über die Beziehung des Zivilrecht zum Steuerrecht*, 1923, *Kurt Ball: Steuerrecht und Privatrecht*, 1924, og *Arnold Liebisch: Steuerrecht und Privatrecht – Ein Beitrag zur Förderung der Rechtseinheit*, 1933, samt om perioden *Wolfgang Polland: Steuerrecht und Privatrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs und der Finanzgerichte*, 1959, s. 3 ff, *Rainer Walz: Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung – Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik*, 1980, s. 221 ff, *Peter Locher: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, 1983, s. 160 ff, *Heinrich List: Privatrecht und Steuerrecht* i Brigitte Knobbe-Keuk et al (red.): *Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllerer*, 1988, s. 369 ff, *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur interdependenz zweier Rechtsgebiete*, 1993, s. 238ff, *Georg Crezelius: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und Allgemeine Rechtsordnung*, 1983, s. 180 ff. og *Rainer Welter: Wiederkehrende Leistungen im Zivilrecht und im Steuerrecht*, 1984, s. 21 ff. Yderligere behandler talrige artikler perioden og den på det tidspunkt fremherskende teori. *Harald Herz* behandler generelt udviklingen i *Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften*, 1996, s. 30 ff. I skandinavisk teori er perioden beskrevet, dog uden herved at indgå i en periodeinddelt fremstilling, jf. således *Jan Pedersen: Skatteudnyttelse*, 1989, s. 225 ff, *Sture Bergström: Skatteret och civilrätt – en studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang*, 1978, s. 23 ff og *Dag Helmers: Kringgående av skattelag – Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt*, 1956, s. 56 ff.

dingen synes at være, at skatteretten indledningsvis spillede en ubetydelig samfundsøkonomisk rolle, og ikke udgjorde en egentlig juridisk disciplin⁶ samt formentlig den borgerlige samfundsindstilling⁷.

Ud over »Das Zivilrecht als Mutterrecht«, har perioden haft flere benævnelser, herunder »opbygningsfasen« og »Die Periode der Vorherrschaft des Privatrechts im Steuerrecht«, »Die integristische Phase« og »Periode der Unselbständigkeit des Steuerrechts, seiner wesentlichen Abhängigkeit vom Zivilrecht« og »Das Steuerrecht als Mutterrecht«. Tidsmæssigt varende perioden fra skatterettens opståen indtil tiden efter første verdenskrig, hvor Reichabgabeordnung (RAO) blev indført i 1919.

Allerede C. A. Emge fastslog, at skatteretten måtte undergive forskelligartede civilretlige former en ensartet funktionel behandling. Med henblik på at komme frem til det relevante økonomiske faktum fandtes det kun muligt at henvise til »Rechtsstatsachenbegriffe« fra civilretten. Skatteretten var dog ikke derved hindret i direkte at anvende »Rechtsstatssachen«⁸.

På baggrund af en analyse af retspraksis fra Reichfinanzhof, fra Das Preußische Oberverwaltungsgericht og Das Reichgericht påviser Kurt Ball⁹ med visse forskelle mellem de nævnte domstole, at disse i vidt omfang følte sig bundet af civilretten¹⁰. Nærmere konkretiseret var Ball's konklusion, at de nævnte instanser ubekymret gik ud fra, at civilretten udgjorde en forudsætning for skatteretten og stedse knytter sig til civilrettens retsbegreber. Domstolene kendte ikke nogen anden

6. Man taler i denne forbindelse om at skatteretten manglede en fælles almen del.

7. For sidstnævnte konstatering se M. Lion: Gesetzlich erlaubte Steuerersparungen, 1933, s. 12, der sammenfatter retstilstanden således: »... Der Staat erliess Steuergesetze mit genau umschriebenen Steuerpflichten und mit Begriffen, die nach üblicher juristischer Methode genau umgrenzt waren. Diese Gesetze wurden als Teil des öffentlichen Recht streng ausgelegt. Der Staatsbürger brauchte steuerliche Eingriffe in seine Wirtschaftssphäre nur insoweit zu dulden, wie eine gesetzliche Vorschrift dafür gegeben war. Es stand ihm frei, den Tatbestand des Steuergesetzes zu vermeiden, indem er andere Wege wählte, die wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führten ...«.

8. Jf. C. A. Emge i Allgemeinen Steuerrundschau 1922, s. 850 f: »Über Das Problem der Beziehung Des bürgerlichen Rechts zum Steuerrechts« og samme »Gratisaktien und Steuern«, 1923, s. 31 ff, og samme i AcP, Band 129, 1928, s. 49 ff: »Über das grundsätzliche Verhältnis des Zivilrechts zum Steuerrecht«.

9. Jf. forfatterens afhandling: Steuerrecht und Privatrecht, 1924, s. 31 ff. Denne afhandling er af Heinrich List i Privatrecht und Steuerrecht, i Brigitte Knobbe-Keuk et al (red.): Handelsrecht und Steuerrecht, festschrift für Georg Döllerer, 1998, s. 369, blevet kaldt »beinahe schon legendäre«.

10. Den samme konklusion når Wolfgang Polland i Steuerrecht und Privatrecht, 1959, s. 15.

retsorden end civilretten og ligestillede efter *Ball's* opfattelse begreberne »ret« og »privatret«. Denne situation fortsatte indtil april 1920 (for så vidt angår Reichfinanzhofes). Udgangspunktet har således været, at det forekom utænkeligt, at skatteretten kunne knytte sig til andre mål end civilretten og herunder, at en anden retsorden end civilrettens var påkrævet. Domstolene konstruerede slutninger fra civilretlige begreber uden den ringeste hensynstagen til skatterettens grundtanker og egenskaber¹¹.

Karl Geiler kommer til følgende erkendelse for perioden¹²: »... *Es manglet noch fast ab jeder eigenen steuerrechtlichen Vegriffbildung. Die meisten Begriffe und Rechtsinstitute werden mit unüberprüfter Selbverständlichkeit dem privaten Recht entnommen. Zwar sind es einige wenige Eigenbegriffe, mit denen sich die steuerrechtliche Lehre auch schon in diesem Stadium sorgfältig befaßt ... [...] ... Aber darüber kommt weder die Rechtsprechung, noch die Rechtswissenschaft hinaus. Insbesondere werden die ganzen allgemeinen Lehren dem bürgerlichen Recht entnommen. Ein allgemeines materielles Steuerrecht existiert auch nicht in Anfängen ... [...] ... So sind in dieser Periode vorherrschend bürgerlichrechtliche Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute, die auch im Steuerrecht verwandt werden, und mit den privatrechtlichen Normen herrscht noch ganz die privatrechtliche Einstellung und Denkweise ...*«.

Ligeledes *Enno Becker* har om perioden skrevet, at Reichfinanzhof indtil ikrafttræden for RAO 1919, tog udgangspunkt i, at civilrettens forudgående kvalifikationer havde forrang, hvorved civilrettens begreber og rækkevidde grundlæggende skulle lægges til grund når skatte-lovene ikke foreskrev andet¹³. Den datidige skatteretspraksis fandt således, at de i skatteretten anvendte civilretlige begreber nøjagtig skulle og kun kunne anvendes i den betydning de civilretligt ville blive anvendt. Denne første fase i udviklingen af forholdet mellem skatteret og civilret hænger nøje sammen med teorien om skatterettens strenge bin-

11. *Kurt Ball* op.cit., s. 69. Det anføres dog, at Preussische Oberverwaltungsgericht ganske vist har forsøgt at betone nødvendigheden af skatteberegningen og betoner herved stærkt, at de skatteretlige hovedbegreber er økonomiske begreber. Dog var man så fast bundet af civilrettens opfattelse, at domstolens teoretiske tanker om økonomiske betragtningsmåder kun blev fulgt når det kunne indeholdes i privatretten og i privatrettens tankemønstre. Se hertil også *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 236 ff.

12. Jf. forfatterens artikel Steuerrecht und Privatrecht i *StuW* 1927, s. 503.

13. Jf. *Enno Becker*: Die Reichabgabenordnung, 1923, s. 53 note 23 til § 4 RAO.

ding til civilretten. Teorien har dog formentlig ikke været gjort til genstand for nærmere analyser i perioden indtil 1919.

I 1928 har særligt *Boethke* gjort sig til talsmand for skatterettens stærke binding til civilretten¹⁴. Forfatteren finder, at civilretlige begreber som udgangspunkt skal respekteres i skatteretlig henseende, med mindre det er klart, at et andet resultat har været tilsigtet med lovgivningen. Standpunktet begrundes med, at den samlede jura, herunder privat- og offentligretten, bygger på en enhed og at hver enkelt del af helheden må integreres med de øvrige dele. Skatterettens tilbøjelighed til at frigøre sig begrundes i en friere fortolkning af love. På denne baggrund finder forfatteren ikke, at § 4 RAO og den heraf udspringende praksis tilfører noget nyt. Forfatterens krav ligger i, at domstolene for hensynet til retssikkerhed må tolke i streng overensstemmelse med lovenes ordlyd. I det hele taget lægges der stor vægt på retssikkerhedssynspunktet¹⁵.

Den civilretlige indstilling medførte, at der ikke var sikkerhed for, at beskatningen skete i overensstemmelse med en målsætning om social retfærdighed og i overensstemmelse med offentligretlige grundtanker. Årsagen til periodens opfattelse ligger efter *Pollands* opfattelse i det forhold, at beskatningen var forholdsvis lav indtil første verdenskrig, og dermed kun havde ubetydelig økonomisk betydning. En ændring af forholdene indebar, at problemstillingen skulle rykkes i forgrunden for den skattepolitiske debat. Et forhold af betydning i denne forbindelse var spørgsmålet om, hvorvidt indkomst fra retsstridig og moralstridig aktivitet kunne gøres til genstand for beskatning. I store træk blev spørgsmålet herom i retspraksis besvaret benægtende¹⁶. Der lå heri en skatteretlig begunstigelse af rets- og moralstridig adfærd, hvilken i forbindelse med de retlige og økonomiske omvæltninger i kølvandet på første verdenskrig ikke kunne opretholdes¹⁷. Slutningen af første verdenskrig bragte de fornødne ændringer i det omkringliggende samfund med sig til også at medføre en ændring i opfattelsen af forholdet mellem

14. I artiklen: Steuerrecht und Privatrecht in der Rechtssprechung des Reichfinanzhofs i StuW 1928, sp. 1203.

15. Dette kendetegner den største del af den litteratur der ligger på linie med *Boethke*, jf. herom *Wolfgang Polland*: op.cit., s. 59.

16. Jf. *Thomas Koller* op.cit., s. 238.

17. Det er let at forestille sig, hvilke sociale spændinger en skattefrihed for sortbørshandel og krigsgevinster har kunnet give anledning til i perioden.

skatteret og civilret¹⁸. Periodens binding medførte, at kreativiteten hos skatteyderne blomstrede¹⁹. Den således herskende retstilstand forhindrede en effektiv bekæmpelse af skatteomgåelse, og domstolene fandt at dette problem var en sag for lovgiver.

§ 3 Anden fase: Isolations – eller emancipationsfasen – Das Steuerrecht als »autonomes« Rechtsgebiet

3.1. Indledning

Den første afhængighedsfase blev afløst af en fase, hvor skatteretten og civilretten blev anset som værende gensidigt uafhængige. Også denne anden fase er behandlet righoldigt i tysk litteratur²⁰.

3.2. Baggrunden for selvstændiggørelsen

De økonomiske og sociale omvæltninger i krigs- og efterkrigstiden medførte en betydelig forøgelse i statens behov for skatteprovenu²¹. Selve samfundsordenen undergik en forandring hen imod et system, der byggede på fællesskabstanker. Statsopfattelsen vedrørende forholdet mellem stat og individ ændredes væsentligt. Det enkelte individ trådte i baggrunden og blev en del af fællesskabet²². I retsordenen blev disse forandringer tydeliggjort gennem en stærk offentligretlig udvikling på snart sagt alle retsområder. Sociale hensyn blev målsat i megen lovgivning²³. Skatteretten kunne ikke stå uberørt af denne udvikling. Tidens

18. Jf. Wolfgang Polland: Steuerrecht und Privatrecht, 1959, s. 15.

19. Således anfører Rainer Walz i Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung – Grundlinien einer Relativ autonom Steuerrechtsdogmatik, 1980, s. 212 f, at »... der gestalterischen Phantasie, der es gelang, statt des im Steuergesetz genannten zivilrechtlichen Instituts zur Verwendung des angestrebten wirtschaftlichen Ergebnisses ein anderes zu verwenden, hohe Belohnung zuteil wurde ...«.

20. Der henvises i det hele til den under første fase nævnte litteratur. Hertil kommer selvsagt flere bidrag, der ikke behandler den historiske udvikling men antager karakter af indlæg i den retsvidenskabelige debat. De for perioden mest fremtrædende behandles nedenfor.

21. Jf. Reinhard Welter: Wiederkehrende Leistungen im Zivilrecht und im Steuerrecht, 1984, s. 22 og Wolfgang Polland: Steuerrecht und Privatrecht, 1959, s. 18. Nederlaget i første verdenskrig medførte, at store omkostninger skulle afholdes efter ødelæggelsen af tysk økonomi.

22. Jf. Wolfgang Polland: Steuerrecht und Privatrecht, 1959, s. 17.

23. Den juridiske disciplin: »arbejdsret« blev stærkt udviklet i denne periode og er offentligretligt præget.

socialle og åndelige bevidsthed kunne ikke længere acceptere den gamle grundsætning om ubetinget accept af civilretlige formers betydning for skattepligten, hvor disse former kunne medføre skattebesparelser uden realøkonomisk overensstemmelse med den valgte formgivning. De nævnte forhold medførte, at skatteretten behøvede en omfattende om- og udbygning hvilket skete med den Erzbergeriske²⁴ skattereform fra 1919/1920. *Peter Locher* fremhæver særligt tre årsager til holdnings-skiftet vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret i Tyskland efter første verdenskrig²⁵. *For det første* medførte indførelsen af Reich-abgabeordnung i 1919, at der indførtes et centraliseret skattesystem. *For det andet* blev grundsætningen om beskatning i henhold til økonomisk ydeevne (*Leistungsfähigkeit* – skatteeveneteorien) fastsat i Weimar-republikkens forfatning og støttet af blandt andet RAO § 4, der ved fortolkningen af skattelove tog hensyn til lovenes målsætning, deres realøkonomiske betydning og udviklingen i de faktiske forhold. *For det tredje* tillagde den nystiftede Reichsfinanzhof »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« stor vægt i skatteretten. Alle disse faktorer førte til en egentlig isolering af skatteretten fra de øvrige retsdiscipliner. *Kurt Ball* kunne således i 1924 med tilfredshed fastslå, »... daß die Selbständigkeit steuerrechtlicher Auffassung für das ganze Gebiet des materiellen Steuerrechts erreicht ist ...«²⁶. Denne udvikling i skatteretten blev antaget at tilgodese en nødvendig forudsætning for en ung retsdisciplins udfoldelse, prægning og udvikling.

3.3. Die Reichabgabenordnung af 1919

Som nævnt blev vendepunktet den nye rigsskattelov (Reichabgabeordnung)²⁷. Særligt bestemmelserne i § 4, § 5 og § 80 fik stor betydning²⁸. Dog havde også domstolenes ændrede stillingtagen stor betydning for udviklingen, herunder særligt oprettelsen af Reichfinanzhof i 1918. Der blev med indførelsen heraf afsagt afgørelser fra de forskellige senater, der greb ind i hinanden og byggede videre på tanker fra tidligere af-

24. Efter daværende Reichfinanzminister Erzberger.

25. Jf. *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, 1983, s. 161 ff.

26. *Kurt Ball: Steuerrecht und Zivilrecht*, 1924, s. 110.

27. Loven skulle udgøre en samlet lov, der indeholdt de almindelige skatteretlige bestemmelser. Ud over at tilvejebringe lovgivning om de organisationsmæssige, de procedurermæssige og strafferetlige aspekter frembragte loven først og fremmest en almen del til skatteretten.

28. Loven blev, på ganske få måneder, i det væsentligste udarbejdet af *Enno Becker*. *Enno Becker* er blevet kaldt tysk skatterets »grand old man«.

gørelser. Sigtet med § 4 RAO 1919 var, at der ved fortolkningen af skattelovgivningen skulle tages hensyn til lovenes målsætning, deres økonomiske betydning og udviklingen i de faktiske forhold²⁹. Som en konkretisering af anvendelsesområdet for denne generelle og omfattende bestemmelse, blev der i § 80 RAO 1919 indsat en regel, der indebar, at en skatteyder skulle opfattes som ejendomsberettiget, når en genstand i realiteten tilhørte denne. Som supplement til og udvidelse af § 4 RAO foreskrev § 5 RAO, at skattepligten ikke kunne nedbringes eller formindskes gennem misbrug af civilretlige indretningsmuligheder³⁰. Med baggrund i disse bestemmelser fremkom efterfølgende en righoldig praksis fra de tyske Reichfinanzhofes om skatteomgåelse og den såkaldte »wirtschaftliche Betrachtungsweise«³¹. Hverken Enno Becker eller Reichfinanzhof har så at sige opfundet »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«. Bestemmelserne i RAO 1919 har retshistorisk først og fremmest bidraget til, at princippet blev fast forankret i bevidstheden hos retsvidenskaben. Den følgende fremstilling kunne meget let drukne i forsøget på at give en dækkende fremstilling af udviklingen i »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«. Noget sådant er ikke tilsigtet eller ønsket³². Blot skal det nævnes, at begrebet dækker over en teori der indebærer, at retsanvendelsen i skatteretten ikke skal ske ud fra en formalistisk anvendelse og overførelse af civilretlige principper, men ud

29. § 4 RAO havde følgende ordlyd: »Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen«.

30. Bestemmelsen i § 5 RAO havde følgende ordlyd: (1) Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden. (2) Ein Missbrauch im Sinne des Abs. 1 liegt vor, wenn in Fällen, wo das Gesetz wirtschaftliche Vorgänge, Tatsachen und Verhältnisse in der ihnen entsprechenden rechtlichen Gestaltung einer Steuer unterwirft, zur Umgehung der Steuer ihnen nicht entsprechende, ungewöhnliche Rechtsformen gewählt oder Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, und nach Lage der Verhältnisse und nach der Art, wie verfahren wird oder verfahren werden soll, wirtschaftlich für die Beteiligten im wesentlichen derselbe Erfolg erzielt wird, der erzielt wäre, wenn eine der wirtschaftlichen Vorgängen. Tatsachen und Verhältnissen entsprechende rechtliche Gestaltung gewählt wäre, und ferner etwaige Rechtsnachteile, die der gewählte Weg mit sich bringt, tatsächlich keine oder nur geringe Bedeutung haben. (3) Liegt ein Missbrauch vor, so sind die getroffenen Massnahmen für die Besteuerung ohne Bedeutung. Die Steuern sind so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Steuern, die auf Grund der für unwirksam zu erachtenden Massnahmen etwa entrichtet sind, werden auf Antrag erstattet, wenn die Entscheidung, die diese Massnahmen als unwirksam behandelt, rechtskräftig geworden ist.

31. Litteraturen om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« i Tyskland og Schweiz er praktisk talt uoverskuelig og er beriget med adskillige monografier, jf. herom § 6.

32. Der henvises til infra afsnit 6.3. i kapitel 12 for en generel indføring heri.

fra de faktiske økonomiske realiteter, som de civilretlige regler finder anvendelse på ved fastlæggelsen af retsforholdet mellem de implicerede parter. I moderne tysk skatteret er betydningen af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« reduceret betydeligt, men der eksisterer ikke nogen entydig afklaring af om grundsætningen stadig eksisterer og i givet fald udstrækningen heraf.

Det afgørende vendepunkt i forholdet mellem skatteret og civilret hos Reichfinanzhof (som fra 1919 var den højeste domstolsinstans i skattesager i Tyskland) med udgangspunkt i de på daværende tidspunkt nyindførte bestemmelser, antages at være en afgørelse fra 28.4.1920 (senere stadfæstet og offentliggjort som dom i RFH 3, 178)³³. Med denne afgørelse indtog domstolen herved det standpunkt, at en ugyldig retshandel, der har opnået de samme fordele som en gyldig retshandel ville medføre, også skulle behandles skatteretligt på tilsvarende vis. Hermed blev det også af Reichfinanzhof anerkendt, at der kan knyttes skattepligt til retshandler uden hensynstagen til den iboende moralstridighed og deraf følgende ugyldighed, når blot retshandlens retsvirkninger ikke er blevet ophævet. I den følgende tid udvidede domstolen dette grundsynspunkt til hele skattesystemet³⁴. Det næste, og vel nok endnu mere afgørende skridt i udviklingen består i, at Reichfinanzhof begyndte at tillægge begreber, der var enslydende i skatte- og civilretten forskellig betydning³⁵. Den ydre civilretlige form skulle herefter ikke længere være styrende for beskatningen. I stedet var grundholdningen den, at ens økonomiske hændelser uden undtagelse skulle undergives en ensartet beskatning. Eller udtryk på en anden måde: »... *Es gilt, was ist; nicht, was geschwätzt wird* ...«³⁶. Den righoldige rets-

33. Jf. *Kurt Ball: Steuerrecht und Privatrecht*, 1924, s. 82. I kendelsen underkendte domstolen et forbudt billardvæddemål som var forbundet med totalisatordrift uagtet, at der var straf forbundet med spillet og det forhold, at den omhandlede retshandel civilretligt var ugyldig.

34. Jf. *Kurt Ball op.cit.*, s. 84 ff.

35. Jf. eksempelvis *Kurt Ball op.cit.*, s. 87 ff. Med henvisning til en udtalelse den øverste tyske skattemyndighed refereret i RFH 12, 224, opridses *Thomas Koller i Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 241, dette således: »... *So führte die oberste Steuerjustizbehörde des Deutschen reichs später etwa aus, es entspreche feststehender Übung des Reichgerichts und Reichfinanzhofes, dass, wenn zur Bezeichnung von rechtsbegriffen in verschiedenen Rechtsgebieten dasselbe Wort gebraucht werde, das den Richter nicht ohne weiteres berechtige, hinter dem Worte auch für beide rechtsgebiete den gleichen Begriff zu suchen, sondern vielmehr der Sinn des Wortes für jedes einzelne Gesetz und jede einzelne Gesetzesvorschrift nach dem innern Zweck des Gesetzes erforscht werden müsse* ...«.

36. Herved *Enno Becker: Die Reichabgabenordnung*, s. 52, note 22, til § 4 RAO.

praksis fra Reichfinanzhof, der i tiden herefter udviklede sig, kan i almindelighed opfattes som et sejrstog for »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«. Denne udvikling vandt dog ikke ubetinget tilslutning i samtidig litteratur. Men kritikken kunne hverken gøre fra eller til, og resultatet blev, at skatteretten blev isoleret fra civilretten, hvorved synspunkterne fra fortalerne for skatterettens autonomi fik overtaget³⁷.

I den følgende nationalsocialistiske æra fik »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« en ny udformning hjulpet på vej af den udtrykkeligt kodificerede grundsætning i § 1 i Steueranpassungsgesetz fra 1934, hvorefter skattelove skulle fortolkes i overensstemmelse med *nationalsozialistischer Weltanschauung*³⁸. I de følgende mindst tyve år efter 1934 gjorde Reichfinanzhof ekstensivt brug af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«³⁹. Datidens teoretikere *Kurt Ball* og *Enno Becker* har formentlig uforvaret bidraget positivt til skatterettens emancipation fra civilretten⁴⁰. *Rainer Walz* anfører herom fra et nutidigt standpunkt, at: »... das bleibende Verdienst der Protagonisten dieser frühen Version der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, der Autonomi des Steuerrechts und damit den spezifischen steuerrechtlichen Anforderungen an vernünftige Ordnung und Gerechtigkeit auf allen Ebenen der steuerlichen Praxis zum Durchbruch verholfen zu haben ...«⁴¹. Urimeligheder var imidlertid uundgåelige, og der måtte forventes en ændring af udviklingen på lang eller kort sigt. Fortalerne for skatterettens autonomi havde, efter *Walz*' opfattelse undervurderet de problemer der rejstes med at sætte grænserne for skatterettens autonomi⁴². Skatteretten kunne ikke være isoleret fra den øvrige retsorden.

37. Fortalerne for standpunktet om skatterettens status som følgeret til civilretten ændrede i perioden også synspunkt i retning af *Enno Beckers* og *Kurt Balls* synspunkter. Et eksempel herpå er *Albert Hensels* synspunkter i Bonner festgabe für Ernst Zitelmann, 1923: Zur Dogmatik des Begriffs »Steuerumgehung«, der blot fire år senere blev fraveget i Der Einfluss des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen rechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler heft (1927), s. 63 ff, særligt s. 89-90.

38. Steueranpassungsgesetz (StAnpG) erstattete RAO.

39. Jf. *Klaus Tipke*: Steuerrecht und Bürgerliches Recht i Juristische Schulung 10/1970, s. 151.

40. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 243.

41. *Rainer Walz*: Steuergerechtigkeit und rechtsanwendung, 1980, s. 213.

42. Op.cit., s. 213.

3.4. Indstillingen i tysk teori

Emancipationsteoriens indflydelse i praksis havde også støtte i dele af teorien. Typisk nævnes *Kurt Ball*, *Enno Becker* eller *Albert Hensel* som de første, der teoretisk indtog standpunktet om skatterettens selvstændighed⁴³. Dette er imidlertid ikke rigtigt⁴⁴. Allerede i 1906 gjorde *Franz Freiherr von Myrbach-Rheinfeld* overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret⁴⁵. Forfatteren henviste i nævnte fremstilling til praksis fra *Österreichischen Verwaltungsgerichtshof* fra 1880, og konstaterer, at: »... Soweit durch das Finanzrecht Rechtsverhältnisse (insbesondere Ansprüche und verpflichtungen) oder Rechtseinrichtungen geschaffen werden, die aus dem Privatrecht nicht abzuleiten sind, bzw. die dem Privatrecht fremd sind oder gar im Gegensatz zu dem letzteren stehen, sind auf die betreffenden rechtsinstitute Grundsätze des Privatrechtes und privatrechtliche Normen überhaupt nicht anwendbar ...«⁴⁶. Efter *Myrbach-Rheinfeld*'s opfattelse tjener privatretlige normer til virkeliggørelsen af retstanker, der relaterer sig til de særlige forhold, der gør sig gældende på området. Anvendelsen heraf på andre retsområder medfører i dette lys resultater, der ikke kan være i overensstemmelse med retsområdets mål og opgaver. De forskellige forudsætninger medfører således, at ikke engang grundlæggende privatretlige begreber, der indordner delene i det hele, bør overføres til skatteretten. Forfatteren finder endda, at skatteretten ikke bør udfyldes med civilretlige begreber, hvor der på forhånd eksisterer retstomrum, eller mangler i den positive skatteret, når en åbenbar analogi forekommer nærliggende. Taget i betragtning, at man i Tyskland på dette tidspunkt i skatteretten primært beskæftigede sig med behandlingen af ulovlige og usædelige hændelser, har *Myrbach-Rheinfeld* foretaget meget principielle overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. På denne baggrund syntes det klart, at *Freiherrn von Myrbach-Rheinfeld* var fortalere for skatterettens absolutte selvstændighed. Det må derfor antages at være berettiget, når man tilskriver denne forfatter fortjenesten for at have udviklet teorien om skatterettens selvstændighed.

Kurt Ball var den første i tysk ret, der mere indgående og videnskabeligt systematisk behandlede forholdet mellem skatteret og civilret.

43. Med de ovenfor anførte værker.

44. Jf. *Wolfgang Polland*: *Steuerrecht und Privatrecht*, 1959, s. 59.

45. Jf. forfatterens *Grundriß des Finanzrechts*, s. 5 f.

46. *Op.cit.*, s. 10.

Således gjorde forfatteren forholdet til genstand for nærmere undersøgelser i sin monografi: *Steuerrecht und Privatrecht* fra 1924 som omtalt ovenfor. *Ball's* formentlig største fortjeneste er, at han påviser en sjældent brudt, af ham formodet og ønsket retning i praksis fra Preußisches Oberverwaltungsgericht, Reichgericht og Reichfinanzhof.

Som resultatet af forfatterens indgående undersøgelser opstilles flere hovedteser, der alle kan sammenfattes i tesen om skatterettens selvstændighed – »Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems«. Hovedtrækkene af denne tese skal i det følgende kort præsenteres⁴⁷. *Ball* tager udgangspunkt i retsudviklingen på skatteområdet. Efter hans opfattelse var denne udvikling præget af selvstændiggørelse, hvis tyngdepunkt lå i løsrivelsen fra civilretten. Ligeledes blev skatterettens selvstændiggørelse anskuet som en del af en større bevægelse generelt inden for den offentlige ret. Den materielle skatteret anså *Ball* som et selvstændigt retsområde, der tilhørte den offentlige formueret. Også hvor skatteretlige begreber var enslydende med civilretlige begreber, var betydningen og retsfølgen grundlæggende selvstændig. Denne indre forskel beror efter *Ball's* opfattelse på målsætningerne (*Zweckgedanken*) på de enkelte retsområder. Således har den materielle skatteret primært statsinteresser som målsætning, hvorimod den private formueret typisk er styret af en målsætning om varetagelse af privatinteresser. Ved begrebsdannelsen i enkelttilfælde kommer det ikke an på de almindelige målsætninger men snarere på de specielle målsætninger for det enkelte retsinstitut eller en del af et enkelt retsinstitut. *Ball* konstaterede, at beskatningens genstand aldrig kan sættes under målsætningen om varetagelsen af privatinteresser. Privatretlige begreber indeholder efter forfatterens opfattelse, et »Soll« og et »Kann«. De privatretlige begrebers »Soll« tjener *ikke* som et spejl for det virkelige eller faktiske økonomiske magtforhold men derimod som et spejl af, hvordan dette forhold ud fra privatrettens synspunkt bør være. Derudover indebærer begrebet »Kann« yderligere, at enhver privatperson ved benyttelsen af privatretlige normer til andre end de normale målsætninger må indrømme en vidtgående frihed. Skatteretten har efter forfatterens opfattelse intet med dette at gøre. Alle disse rettigheder og krav kan bestå eller ikke bestå, skatteretligt er de kun interessante, når de udtrykker en økonomisk magtfaktor. De skatteretlige begreber, der er beskatningens gen-

47. Se særligt *Steuerrecht und Privatrecht*, 1924, s. 110-157.

stand, må således efter *Balls* opfattelse knytte sig til den faktiske udformning af livsforhold, - »Ist« som *Ball* kalder det. Tilknytningen til »Ist« i modsætning til »Kann« og »Soll« er således skatteområdets særlige måde at gennemføre sine målsætninger. Desuden når *Ball* den erkendelse, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« fremskaffer de nødvendige særlige begreber til brug for skatteretten⁴⁸. Der kan herved rejses det spørgsmål, om skatteretten herved giver afkald på at lægge retsbegreber til grund overhovedet, eller om disciplinen i stedet knytter sig til et helt andet område, eksempelvis økonomividenskaben. Det var således *Balls* målsætning at modsætte skatteretlige begreber og civilretlige begreber. På denne baggrund slutter *Ball* sin undersøgelse med en påstand om, at virksom skatteomgåelse ikke kan forekomme ved brug af skatteretlige begreber. Det anføres, at såfremt problematikken vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret gribes rigtigt an, falder omgængelsesproblematikken simpelthen bort. Skatteomgængelsesproblemet bliver dog ikke herved helt uden betydning, idet betydningen således ikke ligger i konstateringen af faktum men i bevisspørgsmålet.

Også andre forfattere forfægtede i perioden teorien om skatterettens selvstændighed i forskellige varianter. I denne periode hænger spørgsmålet om forholdet mellem skatteret og civilret sammen med omgængelses- og misbrugsdiskussionerne. Fokus er siden blevet nuanceret, hvorfor uddybningen af grundsætningerne herom ikke fortsættes i de følgende afsnit.

I begyndelsen af 1950'erne slog pendulet igen ud til den anden side, jf. herom straks nedenfor under behandlingen af retspraksis i den tredje fase.

3.5. Den teoretiske mellemgruppe

Gennem tiderne har flere forfattere gjort sig til talsmænd for en teoretisk mellemvej vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret⁴⁹. Således indtager *Albert Hense*⁵⁰ en holdning, der ikke indebærer absolut selvstændighed eller binding. Ligeledes har *Karl Geiler* gjort gældende, at forholdet mellem skatteret og civilret skal opfattes således, at civil-

48. Af denne årsag læner forfatteren sig op ad udtryk som: »Wirtschaftsbegriffe«, »wirtschaftliche begriffe« og »steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe«.

49. Disse bidrag er systematiseret af *Wolfgang Polland* i *Steuerrecht und Privatrecht*, 1959, s. 63 ff.

50. Jf. *Steuerrecht*, 1933, s. 52 ff, samme: *Zur Dogmatik des Begriffs »Steuerumgehung«*-*Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann*, 1923, s. 217 ff og i *StuW* 1925 sp. 1963 ff.

retlige udtryk skal opretholdes i skatteretten, såfremt der foretages udtrykkelige henvisninger hertil i skattelovgivningen⁵¹. Særligt to forhold kommer efter forfatterens opfattelse i betragtning: (1) virkeliggørelsen af skattelovgivningens målsætninger, og (2) varetagelsen af retssikkerhedshensynet, hensynet til retsklarhed og det retsstatslige grundlag.

§ 4 Tredje fase: Postulatet om forstærket tilpasning mellem skatteret og civilret

4.1. Indledning

Grundet kritik af ovenstående forhold kunne det ikke undgås, at der igen i Tyskland blev taget stigende hensyn til civilretlige begreber i skatteretten⁵². Skatterettens fuldstændige autonomi blev herved efterfulgt af en moderat periode, hvor stærkere forhold mellem disciplinerne igen blev forfægtet i teorien og siden i praksis. Således er fasen også blevet benævnt »*Der postulat nach verstärker Ausrichtung des Steuerrechts auf das Privatrecht aus grundsätzlicher Sicht*« eller »*Gemässigte Autonomiephase*«. Baggrunden for denne ændrede tendens skal primært søges standpunkterne i teoretiske afhandlinger. Der findes således ikke tilsvarende eksterne faktorer som i tilfældet vedrørende ændringen fra første til anden fase. Det følgende tager udgangspunkt i tidens væsentligste og med nutidens øjne mest interessante teoretiske bidrag. Som det anføres af *Thomas Koller*⁵³, er navnlig *Arnold Liebisch*⁵⁴ og *Werner Flume*⁵⁵ bidrag af interesse.

51. Jf. *StuW* 1927, sp. 497 ff.

52. Dette gjaldt således ud over den aldrig forstummede kritik, idet der sideordnet hermed skete holdningsændringer i den øvrige juridiske litteratur, jf. *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 244.

53. *Loc.cit.*

54. Jf. *Arnold Liebisch: Steuerrecht und Privatrecht, Ein Beitrag zur Förderung der Rechtseinheit*, 1933.

55. Jf. *Werner Flume: Steuerwesen und Rechtsordnung*, i *Festschrift für Rudolf Smend*, 1952, genoptrykt i *Rechtsordnung und Steuerwesen*, Band 1, Brigitte Knobbe-Keuk (red.), 1986.

4.2. Indstillingen i litteraturen

4.2.1. Arnold Liebischs studier

I nævnte afhandling forsøger *Liebisch* at påvise, at mange civilretlige begreber er af almen gyldighed, og at mange civilretlige institutter udtrykker almindelige retsgrundsætninger. Af denne årsag behøver skatteretten efter forfatterens opfattelse ikke at opfinde nye begreber. Særligt læner *Liebisch* sig også op ad en konstatering af, at privatretlige begreber er endelige, men ikke har samme betydning⁵⁶. Han finder, at den hidtidigt foretagne stræben mod at løse disciplinerne fra hinanden medfører, at bevidstheden om de i civilretten almindeligt indeholdte retstanker forstyrres eller »kastes over bord«. Forfatterens afhandling bragte nye synspunkter ind i diskussionen vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret, nemlig synspunkter om rettens enhed – »Gedanken der Rechtseinheit«⁵⁷. *Liebisch* fandt, at den hidtidige sondring mellem privat- og offentlig ret er en af de største fejl i det forgangne århundrede (1800-tallet). Trods Liebischs' integrationstankegang fremkommer det tydeligt, at forfatteren opfatter skatteretten som en følgeret til civilretten. *Thomas Koller* fremhæver, at der er to forskelle mellem den autonomiprægede litteratur og *Liebischs* synspunkter⁵⁸. *For det første* finder *Liebisch* ikke, at beskatning af indtægt fra forbudt og moralstridig virksomhed mv. har noget med forholdet mellem skatteret og civilret at gøre. Dette forhold indtog tidligere en vigtig position i den generelle diskussion om forholdet mellem skatteret og civilret. *For det andet* betoner *Liebisch* udtrykkeligt, at skatteretten er selvstændig ved bestemmelsen af de skatteretlige retsvirkninger, som faktum udløser. Det anføres at dette karakteristikum dog ikke er selvstændigt for skatteretten, men kendetegner alle retsområder, herunder endda civilrettens egne deldiscipliner⁵⁹. *Liebisch* finder det således naturligt, at skattelovgiver uden videre har frihed til ikke at benytte gængse privatretlige fremtrædelsesformer ved definitionen af beskatningsudløsende omstændigheder. Dette har efter forfatterens opfattelse intet at gøre med en løsrivning af skatteretten fra civilretten⁶⁰. Det skal endda efter forfatteren opfattelse sikres, at civilretlige tanker ikke trænger ind, hvor

56. Jf. *Steuerrecht und Privatrecht*, 1933, 23 ff.

57. Jf. herved *Wolfgang Polland: Steuerrecht und Privatrecht*, 1959, s. 69.

58. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 245.

59. Jf. *Arnold Liebisch: Steuerrecht und Privatrecht*, 1934, s. 19.

60. Jf. *Arnold Liebisch op.cit.*, s. 20.

de intet har at gøre⁶¹. Såfremt en skattelov anvender civilretlige begreber og udformninger i bestemmelsen af de beskatningsrelevante omstændigheder, skal det nøje undersøges om der i retspraksis med støtte i »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« modsat lovens ordlyd ønskes eller nødvendiggøres en frigørelse fra civilretten.

Liebisch indtager indtrængende det standpunkt, at en generel påstand om forholdet mellem skatteret og civilret først kan fremsættes, når de mange enkeltspørgsmål, der opstår, er afklaret gennem enkeltundersøgelser⁶². I hoveddelen af sit arbejde helliger *Liebisch* sig således ikke spørgsmålet om beskatningsfaktum, men i stedet spørgsmål om fællesskyldnere i skatteretten, ophør af skattepligt, sikkerhedsstillelse osv.⁶³. Gennem disse problemer ser *Liebisch* en tæt sammensnøret sammenhæng mellem civilret og skatteret. Ligeledes ofres stor opmærksomhed på spørgsmålet om behandlingen retstomrum på skatterettens område.

Thomas Koller har sammenfattende om *Liebischs* arbejde fastslået, at *Liebisch* på den ene side klart betoner den formelle adskillelse mellem skatteret og civilret, idet skatteretten udgør et selvstændigt retsområde⁶⁴. På den anden side argumenter *Liebisch* voldsomt for en indholdsmæssig (materiel) tilknytning af skatteretten til civilretten. Baggrunden for denne holdning, der efter daværende tidsånd gik i modsat retning af den gængse opfattelse, baseres på den opfattelse, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« ikke kun var et privilegium, der hører hjemme i skatteretten, men også hører hjemme i civilretten⁶⁵. Det blev anført, at civilretten ikke kun består i formel retsstiftelse og er ikke et mål i sig selv, men udgør derimod en »Ordnung wirtschaftlicher Lebensbeziehungen« – en regulering af økonomiske livsforbindelser. Også i civilretten bedømmes de faktiske forhold efter disses økonomiske indhold. Således konstaterer *Liebisch*, at der grundlæggende ikke består nogen modstrid mellem retsdisciplinerne⁶⁶. *Liebischs* arbejder har formentlig

61. Op.cit., s. 126.

62. Forfatteren søger selv at anvende denne fremgangsmåde, s. 126, hvor forskellige skateloove og de heraf opståede spørgsmål undersøges.

63. Op.cit., s. 27 ff.

64. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 246. *Arnold Liebisch* har selv op.cit., s. 164, bemærket, at: »... Die Zeiten, da man im Steuerrecht gleichsam ein Anhängsel des Privatrechts sah, gehören der Vergangenheit an ... [...] ... In der wissenschaftlichen Erkenntnis des Steuerrechts steht heute seine Selbständigkeit und Eigengesetzlichkeit fest: das Steuerrecht ist teil des öffentlichen Rechts mit betont eigener Prägung ...«.

65. Dette påvises gennem en analyse af retspraksis fra Reichgericht.

66. Op.cit., s. 6.

ikke haft nogen eller kun haft ganske begrænset indflydelse på eftertidens retspraksis eller retsvidenskab. Sandsynligvis stemte hans analyser af på det tidspunkt stadig gældende ret, ikke overens med datidens nationalsocialistiske opbrudstrend, der havde en mulig fremtidig tilpasning af begge retsdiscipliner som en målsætning, der skulle medføre en vurdering af gældende skatteret og civilret i henhold til væsentligt anderledes synspunkter⁶⁷. I senere år er *Liebisch* nærmest gledet helt ud af den retsvidenskabelige litteratur.

4.2.2. *Werner Flumes studier*

En ofte citeret afhandling i tysk ret er *Werner Flumes* bidrag til Festschrift til Rudolf Smend, 1952 med titlen *Steuerwesen und rechtsordnung*⁶⁸. Særligt afhandlingens første afsnit om: »Die Kongruenz des Steuerrechts zur allgemeinen Rechtsordnung« har stor betydning. *Flume* betonedede stærkere end *Liebisch* en slags forrang for civilretten over skatteretten. Som reaktion på overordningen af skatteretlig praksis i nazitiden og det høje skattetryk efter anden verdenskrig, argumenterede *Flume* for en styrkelse af kongruens i indordningen af skatteopkrævningen med den almene retsorden. *Flume* anfører, at skatteretten er en del af den samlede retsorden og, at skattelovene dermed ligger under for »lovene« om »Einheit der Rechtsordnung« og kongruens⁶⁹. Såfremt kravet om kongruens ikke iagttages, kan udfaldet i stedet blive retlig uorden. Med spørgsmålet om kongruens finder *Flume* herved også, at spørgsmålet om rangforholdet mellem skatteretten og det øvrige retssystem rejses. Det anføres, at lovgiver hælder til ikke at se skattelovgivning ud fra de retlige aspekter. I stedet drejer det sig ifølge *Flume*, om for lovgiver at fremskaffe de nødvendige midler til fællesskabet, hvilket synligt er en økonomisk målsætning. Disse økonomiske interesser kan efter *Flumes* opfattelse ikke tillægges forrang i forhold til retsproblemet om indordningen af skatteopkrævningen i det almindelige retssystem⁷⁰. På denne baggrund slutter *Werner Flume*, at »... Damit ist die Steuererhebung unter den Rechtswert gestellt, und weil dieser ein

67. Jf. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 247.

68. Som allerede nævnt er fremstillingen genoptrykt selvstændigt i serien *Rechtsordnung und Steuerwesen*, Band 1 i 1986. Sidehenvisninger foretages i det følgende til den genoptrykte fremstilling.

69. *Steuerwesen und Rechtsordnung*, 1952, s. 10.

70. *Op.cit.*, s. 11 med henvisning til at retfærdighedsteorien vedrørende skatteopkrævning ikke har noget med den foreliggende problemstilling at gøre.

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

*selbständiger Wert ist, sind alle anderen, d. h. nicht rechtlichern Erwägungen zu Steuergesetzen mit dem Rechtsproblem, d. h. der Einordnung der Steuererhebung in die Rechtsordnung, inkommensurabel ...»⁷¹. Problemet med den kongruente indordning af skatteopkrævningen i den almindelige retsorden, består efter forfatteren opfattelse ikke kun i at bringe beskatningen i overensstemmelse med de afgørende og grundlæggende strukturprincipper fra den almindelige retsorden, men også om til enhver tid at undersøge, om enkeltregler og enkeltinstitutter bliver undermineret gennem skattereglerne. Det var *Flumes* opfattelse, at denne mere konkrete behandling af problematikken har den fordel, at den i almindelighed er lettere at forstå.*

Endelig belyser forfatteren sin tese med tre eksempler, hvoraf kun ét skal nævnes. Således finder *Werner Flume*, at den dengang endnu ikke lempede økonomiske dobbeltbeskatning af kapitalselskaber og aktionærer udgjorde et interessant eksempel på skatterettens overgreb på den almindelige retsorden⁷². Særligt havde dette problem indvirkning på aktieselskabsretten og medførte en fuldstændig ændring af samme. Det blev påpeget, at den høje beskatning af kapitalselskaber med körperschaftsteuer, medførte en »strukturelle Dividendenunfähigkeit«. Hermed ændredes grundlæggende karaktertrækkene ved aktieselskabsreguleringen (A.G.), idet den strukturelle manglende vilje og evne til at foretage udbytteudlodninger (»Dividendenunfähigkeit«) var institutionel for »das aktiewesen«. Det var målet, at der skete en harmonisering af materielle grundtanker og ikke blot en formel begrebslig tilpasning. Kun skatteretten skulle ensidigt belastes af denne harmoniseringstankgang⁷³. Med selskabsbeskatningsreformen fra 1977 blev *Flumes* standpunkt, der også indebar, at der i den omtalte modstrid var fare for ødelæggelse af det aktieselskabsretlige system, til dels efterlevet, idet dobbeltbeskatningen blev lempet⁷⁴.

Som afslutning på sin fremstilling fremkommer *Flume* med et angreb

71. Jf. *Steuerwesen und Rechtsordnung*, 1952, s. 11. Det erkendes dog at den lovgivningsmæssige beslutning om skatteopkrævning er politisk og dermed ikke retlig af natur. *Flume* bestrider dog dette og anfører, at enhver lov skal indpasses i den bestående retsorden, idet den ellers ikke kan blive integreret heri.

72. *Op.cit.*, s. 19 ff.

73. Med henvisning til de tidsbetingede omstændigheder og de af *Flume* nærmere fremførte eksempler, finder *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 250 denne ensidighed forståelig.

74. Jf. herved *Brigitte Knobbe-Keuk* i indledningen til *Rechtsordnung und Steuerwesen*, Band 1, *Steuerwesen und Rechtsorden*, 1986, s. 5.

på den dengang gængse opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Herefter konstateres det, at den skatteretlige retsanvendelse ikke adskiller sig fra retsanvendelsen på andre retsområder, hvorefter retsfølgen knytter sig til retsfaktum. På denne baggrund sluttes det, at der ikke kan findes forskellige metoder for civilret og skatteret, idet retsfølgen på skatteområdet er skattepligten. Ganske vist anføres det, at det skal iagttages, at skatteretten har med andre faktiske omstændigheder at gøre end civilretten. *Flume* finder det dog utvivlsomt, at skattesystemet ikke behøver at knytte de skatteudløsende omstændigheder til anerkendte civilretlige retsfigurer. Skatteretten kan tilvejebringe egne retsfakta og har også gjort dette i et vist omfang. Vælger skatteretten egne begreber til en konstatering af sådanne fakta, skal disse fakta også selvstændigt bygge på samme begreber.

Werner Flumes tese om skatterettens kongruens med den almindelige retsorden, herunder med civilretten og forrang for den almindelige retsorden, bevæger sig hermed i en anden retning end emancipationslitteraturens vigtigste delspørgsmål: om fortolkningen og anvendelsen af civilretlige begreber i skattelove, herunder spørgsmålet om den civilretlige opfattelse skal lægges til grund eller er bindende for skatteretten. *Flume* anfører herom: »... Unsere These besagt, daß die Zivilrechtsordnung, nicht der Zivilrechtsbegriff, vom Steuerrecht zu respektieren ist ...«⁷⁵.

Det er kritisk om *Flumes* bidrag blevet anført, at han for hurtigt og udifferentieret har indordnet skatteretten under civilretten og dermed argumenteret for civilrettens forrang⁷⁶. Skatteretten bliver efter *Flumes* overvejelser så at sige gjort til en følgeret til civilretten, hvorved skatteretten antager karakter af et vedhæng⁷⁷. I perioden lå andre bidrag dog på linie med *Werner Flumes*⁷⁸.

4.2.3. Digression: Maaßens studier

Sluttelig skal kort nævnes en afvigende undersøgelse foretaget af *Wolfgang Maaßen*⁷⁹. *Maaßen* ville løse spørgsmålet om fortolkningen af pri-

75. Op.cit., s. 25 note 25.

76. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 250.

77. Jf. hertil *Peter Locher*: Grenzen der Rechtsfindung, 1983, s. 162 med henvisninger.

78. Jf. herved *Wolfgang Polland*: Steuerrecht und Privatrecht, 1959, s. 77 ff.

79. *Wolfgang Maaßen*: Privatrechtsbegriffe in den Tatbeständen des steuerrechts (Zur Grundlegung einer steuerrechtlichen Hermeneutik), Schriften zur rechtstheorie Heft 68, Berlin 1977.

vatretlige begreber i skattelove, ud fra det sædvanlige modsætningsforhold mellem skatte- og civilret. Han så specielt på det almindelige problem om fortolkningen af enslydende begreber i forskellige retstekster. Dette førte forfatteren til at stille forholdet mellem idé og virkelighed for »der sinnebestimmung«, idet han fandt den traditionelle juridiske fortolkningsmetode håbløs. *Maaßen* fandt i stedet, at den filosofiske hermeneutik (der ser det som sin opgave at fortolke og leve sig ind i de sociale aktørers livsverden) kan anvendes til analysere retsanvendelsesprocessen.

Forfatterens yderst metodiske arbejde har ikke vundet så stor tilslutning. Den fortjeneste, der dog kan tillægges *Maaßen*'s undersøgelse, er at han har tilført den gammel diskussion om fortolkningen af civilretlige begreber i skattelovgivningen synspunkter fra nyere metodelære⁸⁰.

4.3. Reaktionen i retspraksis

I 1950'erne og 60'erne var *Flume* ikke alene i Tyskland med sine synspunkter. Den tyske Bundesfinanzhof og den tyske Verfassungsgericht tilsluttede sig i midten af 1950'erne kritikken af den hidtidige praksis, ved gennem en periode på 10-15 år at vende sig mod en civilretsnær fortolkningspraksis⁸¹. Det er blevet anført, at særligt én dom fra Bundesverfassungsgericht er karakteristisk for perioden, jf. herved BverfGE 13, 331, 339 f (24.1. 1962) om sondringen mellem personselskaber og anonyme selskaber⁸². Det blev i dommen anført, at skattelovgiver grundet egenarten af de fiskalretlige målsætninger som udgangspunkt ikke undtagelsesløst behøver at knytte sig til den civilretlige orden. Det anføres dog videre, at skatteretten og civilretten er dybtliggende forbundet. Således udtaltes det: »... wo das Steuerrecht nicht nur an die gegebenen Lebensverhältnisse anknüpft, sondern den Steuergegenstand prinzipiell nach rechtsformen des bürgerlichen Rechts bestimmt ...«. Og videre hed det »... Gewiss schliesst auch solche qualifizierte

80. Jf. *Reinhard Welter*: Wiederkehrende Leistungen im Zivilrecht und im Steuerrecht, 1984, s. 31, der dog selv forfølger en anden metodisk vej i sin behandling af et enkelt delproblem vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret.

81. Jf. eksempelvis *Georg Crezelius*: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und Allgemeine Rechtsanwendung, 1983, passim og *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 250.

82. Jf. *Claus Grimm*: Das Steuerrecht im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Betrachtungsweise und Zivilrecht, DStZ 1978, s. 283 ff, *Peter Locher*: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 1983, s. 163, og *Armin Spitaler*: Die Annäherung des Steuerrechts an das Privatrecht, DStR 1, 1962, s. 29 ff.

Bindung nicht schlechthin steuerrechtliche Abweichungen von der zivilrechtlichen Getsaltung im einzelnen aus; sachlich hinreichend gerechtfertigt... ist eine Abweichung jedoch in einem Fall, in dem das Steuergesetz die von ihm selbst statuierte Sachgesetzlichkeit aufgibt, nur dann, wenn sie von überzeugenden Gründen getragen ist. Wenn es schon bei jeder derartigen Anknüpfung nicht nur im Interesse der Klarheit und Einheit, sondern vor allem der inneren Autorität der Rechtsordnung liegt, die Entsprechung von Privat- und Steuerrecht durchgängig zu wahren, also die Ordnungsstruktur des Zivilrechts zu achten, so ist es besonders bedenklich, wenn die ihre eigentliche rechtliche Bedeutung ausmacht ...«.

Heinrich Beisse finder på baggrund af denne praksis, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« herved blev fraveget i betydeligt omfang⁸³. Civilretlige begreber i skattelove skal principielt forstås efter begrebets civilretlige indhold, hvoraf der fremkommer en praksis, der lægger de af de implicerede parter valgte civilretlige former og konstruktioner til grund. Denne periode varede frem til begyndelsen af 1970'erne, hvor en modificeret autonomifase fremkom. Dette mundedes således ud i den modificerede autonomifase. Siden begyndelsen af 1970'erne er der i Tyskland blevet fastslået en større grad af selvstændighed og »eigengesetzlichkeit« for skatteretten. Hovedsageligt har man lænt sig op ad tesen om »Vermutung zugunsten des Zivilrechts« (formodning til fordel for civilretten)⁸⁴. Det blev fastslået, at skatteretten er underordnet forfatningsretten, men er sideordnet med civilretten, og at tilknytningen til civilretten er ikke noget skatteretligt princip. Hvor der foreligger en sådan tilknytning, virker civilretten som hjælpemiddel til udfindelsen af de økonomiske fakta. Peter Locher anfører, at de udslagsgivende faktorer for denne reformulering og nytænkning på den ene side var systemtankernes renæssance (»die Renaissance des Systemgedankens«), og på den anden side skyldes indflydelsen fra nyere metodelære på et generelt niveau⁸⁵. Desuden blev den forskellige teleologi for skatteretten og civilretten atter tillagt større vægt.

83. Jf. artiklen: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung der Steuergesetze in der neueren deutschen Rechtssprechung, StuW 58, 1981, s. 5.

84. Jf. herved Peter Locher: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 1983, s. 163.

85. Loc.cit.

§ 5 Fjerde fase: Den aktuelle opfattelse

5.1. Den almindelige opfattelse

5.1.1. Generelt

Den nuværende tendens i praksis fra Bundesfinanzhof og Bundesverfassungsgericht vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret, stemmer ganske godt overens med den i litteraturen herskende opfattelse⁸⁶. Som fremhævet af *Rainer Walz* er der ikke længere nogen, der principielt bestrider skatterettens selvstændighed og legitimiteten i autonom begrebsdannelse, ligesom selvstændige dogmatiske koblinger og konstruktioner er almindeligt anerkendt⁸⁷. Mange forfattere repræsenterer efterhånden det standpunkt, at det er misvisende at tale om civilretten som en moderret for skatteretten, eller at tale om at civilretten har forrang for skatteretten. Skatteretten er ej heller en annexret til erhvervsretten, men er underordnet forfatningsretten og udgør en med civilretten sideordnet retsdisciplin. Mange forfattere antager, at begreber, der direkte er overtaget fra civilretten og anvendes i skatteregler altid skal tolkes i overensstemmelse med civilretten. Fortolkningen af en skatteregel afhænger dog af reglens målsætning og hensigt (teleologi). Også enslydende begreber kan variere i indhold og være relative. De civilretlige begreber må på denne baggrund også tage hensyn til den skatteretlige betydningssammenhæng, hvorved mål og funktion med lovene og enkeltreglerne tages i betragtning⁸⁸. I tysk ret er det et generelt accepteret standpunkt, at spørgsmålet om skatterettens anvendelse af civilretlige begreber er et skatteretligt fortolkningsproblem⁸⁹. Det kan hertil anføres, at det ikke er nødvendigt at opfatte civilretlige begreber på en afvigende måde i skatteretlig sammenhæng, såfremt begrebet er adækvat udtryk for den økonomiske form. Specifikke skatteretlige hensyn og formål, hvilke kan medføre en fra civilretten afvigende fortolkning, lader sig ikke altid påvise.

Ud over den anførte generelle holdning til forholdet mellem skatteret

86. Jf. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 251.

87. *Rainer Walz*: *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*, 1980, s. 211, men modsat dog *Georg Crezelius*: *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und Allgemeine Rechtsordnung*, 1983, s. 191. Se infra om begge forfatteres konklusioner.

88. Se *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 252 note 94, med henvisninger til et antal forfattere der alle grundlæggende – med visse nuancer – er tilhængere af standpunktet om skatterettens selvstændighed i forhold til civilretten.

89. Loc.cit.

og civilret lader der sig ikke umiddelbart identificere en generel enighed i litteraturen vedrørende andre spørgsmål. I det følgende behandles enkeltstående værdifulde bidrag i den nutidige tyske litteratur⁹⁰.

5.1.2. Opfattelsen hos Klaus Tipke

5.1.2.1. Generelt

Tysk skatterets nestor *Klaus Tipke* har beskæftiget sig med forholdet mellem skatteret og civilret i flere sammenhænge⁹¹. Disse bidrag er centrale i tysk ret.

Tipke/Lang finder, at det er den almindelige opfattelse, at tysk ret har udviklet sig gennem flere faser, som også Bundesverfassungsgericht har tilsluttet sig⁹². I overensstemmelse med evneprincippet, knytter skatteleve sig til økonomiske omstændigheder og processer («Vorgänge und Zustände»), så som indkomst, formue, forbrug osv., osv. Disse økonomiske transaktioner bliver i vidt omfang bestemt gennem civilretten. Civilretten tilvejebringer institutionerne for retslivets transaktioner, der herefter knytter de økonomiske resultater an til skatteretten. På flere steder knytter skattelovgivningen sig direkte til civilretlige begreber, hvilket forfatterne giver flere eksempler på.

5.1.2.2. Civilrettens præjudice – »Vorherigkeit« (Präzedenz) des Zivilrechts

I situationer, hvor civilretlige omstændigheder går forud for skatteretten, taler man om civilrettens præcedens, eller at civilretten går forud for skatteretten⁹³. Skatteretten knytter sin faktumbeskrivelse til begreber fra andre retlige discipliner, herunder fra obligationsretten, tingsretten, familieretten, arveretten, handelsretten, selskabsretten, værdis-

90. Behandlingen prætenderer dog ikke at være udtømmende.

91. Som den mest omfattende fremstilling af dette forhold bør fremhæves de overvejelser forfatteren gør sig i første bind af trebindsværket: *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 43 ff og i forbindelse med en analyse af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« i Band III, 1993, s. 1283 ff. Yderligere er et af hovedværkerne i tysk skatteret den grundlæggende indføring i *Steuerrecht* af *Klaus Tipke & Joachim Lang* som nu findes i 17. udgave. Dette værk er ofte gennem tiderne blevet citeret i relation til belysning af forholdet mellem skatteret og civilret. Værket blev påbegyndt af *Klaus Tipke* i 1973 og er videreført af *Joachim Lang*. Disse to værker danner grundlaget for fremstillingen i dette afsnit. *Tipke*, har dog også i andre publikationer ytret sig om forholdet mellem skatteret og civilret. Se eksempelvis *Steuerrecht und Bürgerliches Recht*, Juristische Schulung 10/1970, s. 149 ff.

92. *Klaus Tipke & Joachim Lang*: *Steuerrecht*, 2002, s. 6 ff.

93. Jf. *Klaus Tipke*: *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 90.

papirretten, ophavsretten, arbejdsretten, socialretten, bankretten, forsikringsretten og insolvensretten. Således er der ikke tvivl om, at civilretten ligger til grund for skatteretten, og dermed er styrende herfor⁹⁴. Dog konstaterer *Tipke*, at det er en tendens i moderne skattelove, at der anvendes selvstændigt skatteretlige begreber⁹⁵. Således findes og accepteres specifikke skatteretlige begreber, på hvilke der hos *Tipke/Lang* nævnes talrige eksempler⁹⁶. Men trods denne tendens antages det, at det ofte ved retsanvendelsen i forbindelse med udfyldningen af disse begreber ikke henses til civilretten.

5.1.2.3. Ingen forrang (»prævalens«) for civilretten

Spørgsmålet om der findes en retlig forrang for civilretten over skatteretten, er blevet diskuteret så længe, der i Tyskland har eksisteret en skatteretsvidenskab og en skatteretspraksis. Denne diskussion katalogiserer *Tipke* i tre aspekter:

1. Om der findes en forrang for civilretten i den forstand, at skatteretten skal overtage civilrettens grundprincipper og grundværdier.
2. Om skatteretten må eller skal benytte sig af civilretlig terminologi, baseret på hensynet til retssikkerhed.
3. Om begreber, som skatteretten har overtaget fra civilretten, skal fortolkes i overensstemmelse med disses civilretlige indhold, herved ligeledes under hensyntagen til retssikkerhedsbetragtninger.

Civilretten har historisk spillet en stor rolle. Således stod flere andre retsområder i skyggen heraf indtil udgangen af det 19. århundrede. Resultatet heraf var, at disse andre retsdiscipliner skulle fortolkes i overensstemmelse med civilretten⁹⁷. Således har der eksisteret en høj

94. *Walter Schick* omtaler i *Haftung für Steuerschulden auf Grund Privatrechts ? – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung Steuerrecht – Privatrecht*, 1993, s. 7, forholdet således, at »... Insofern ist Steuerrecht tatsächlich vom Zivilrecht abhängig. Aber die Anhängigkeit ist keine rechtliche ...«.

95. Jf. *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 45. Sådanne begreber omtales som »steuerrechtliche Eigenbegriffe«, »steuerjuristische Begriffe«, og »steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe«.

96. *Klaus Tipke og Joachim Lang: Steuerrecht*, 2002, s. 7, hvor følgende begreber fra erhvervsvirksomhed opregnes: »Unternehmen, Rente, Nießbrauch, Zinsen« og begreberne »Lieferung, Werklieferung, Einlage, Entnahme, Gewinnanteil« fra handels- og selskabsretten samt endelig begrebet »Arbeitsnehmer« fra arbejdsretten.

97. Jf. *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 47.

grad af civilretsimpuralisme. Selvom nutidig retsopfattelse har bevæget sig væk herfra, fremkommer der fra tid til anden udsagn, der er udtryk for et residuum af civilretsimpuralismen⁹⁸. Som mønster og forbillede for det øvrige retssystem har civilretten tabt meget af sit ry. Dette gælder også på de områder der har betydning for skatteretten. Nutidens civilret har ikke kvalitativt bedre lovgivere end skatteretten. Af denne årsag slutter *Tipke*, at »... *Ein kolonialer Beherrachungsanspruch ist daher durch nichts gerechtfertigt ...*«⁹⁹.

Ved fortolkningen af civilretligt fastsatte begreber har man nærmest gået ud fra, at civilretten ikke har nogen teleologisk prævalens og herved, at civilretten sideordnet med skatteretten har sin egen teleologi, som udvikles ved fortolkningen af skattelove¹⁰⁰. Hertil har Bundesverfassungsgericht ytret, at skatteretlig faktumbestemmelse skal fortolkes i lyset af den skatteretlige betydningssammenhæng, af målsætningen med den til enhver tid gældende skattelov og indholdet af enkeltbestemmelsen, også selvom faktumbeskrivelsen tager udgangspunkt i et andet retsområde. Fortolkningen indebærer hverken en formodning for en afvigende fortolkning eller en formodning for en kongruent fortolkning. *Tipke/Lang* anfører, at Bundesverfassungsgericht dermed har bekræftet, at skatteretten er rodfæstet i den almene juridiske metode. I overensstemmelse hermed afhænger resultatet af en afvejning af formål med og hensyn bag den anvendte regel, og i at bestemme om, og i givet fald, hvor meget den anvendte norm har lånt af sit indhold fra andre retsområder. Dette gælder på alle retsområder og således også på skatterettens, hvor den såkaldte »wirtschaftliche Betrachtungsweise« som fortolkningsprincip gennem tiderne har begrænset den bestemmende indflydelse fra civilretten¹⁰¹.

98. Se eksempelvis *H. H. Jacobs*, der i *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, W. Schön (red.), 1997, s. 25 og 27, med stor arrogance taler om »zivilistischen Mutterland« og om skatteretten som »Kolonie dieses Mutterlandes. Se også *Heinrich Weber-Grellet* i *StuW* 1999, s. 312. Det er i denne forbindelse en interessant observation, at det da også er skatteretten, der har set sig nødsaget til at forholde sig til sin placering i forhold til andre discipliner, herunder civilretten, men at civilretten ikke på samme måde har søgt at definere sig i forhold til eksempelvis skatteretten.

99. Jf. *Die Steuerrechtsordnung*, band I, 2000, s. 47.

100. Bundesverfassungsgericht har i tilslutning hertil bemærket, at skatteret og civilret er sideordnede, ligeværdige retsområder »... *die denselben Sachverhalt aus einer anderen Perspektive und anderen Wertungsgesichtspunkten beurteilen ...*«, jf. BverfG (Fn. 26), 187.

101. Jf. *Klaus Tipke & Joachim Lang: Steuerrecht*, 2002, s. 6. Forfatterne anfører videre, at det civilretlige reguleringsindhold er bestemmende når dette medfører, at der bliver konstateret økonomiske »Vorgänge eller Zustände« der bliver knyttet til skatteretten.

5.1.2.4. Ingen værdiforrang for civilretten

Under overskriften »kein Wertungsvorrang des Zivilrechts« behandler *Tipke* det grundlæggende spørgsmål, om der består en forrang for civilrettens grundprincipper eller værdier i skatteretten¹⁰². Forfatteren slutter, at spørgsmålet om eksistensen af en rangprioritet for civilretten over skatteretten som hovedregel skal besvares benægtende. Der består en præcedens men ikke en prævalens for civilretten over skatteretten¹⁰³. Civilret og skatteret er således ligeværdige og sideordnede. Skatteretten skal tilsikre egne »retfærdighedsanliggender og ordensforestillinger« og dertil følgende egne værdier og principper. Yderligere anføres det, at skatteretten og civilretten har hver sin teleologi. Skatterettens offentligretlige teleologi må ikke erstattes, fortrænges eller besejres af civilrettens teleologi. Der henvises i denne forbindelse til forskelligartetheden i civil- og skatterettens målsætninger, hvorved det kan konstateres, at der ikke består en teleologisk enhed mellem disciplinerne¹⁰⁴. Civilretten tilsigter at foretage interesseudjævning mellem private rets subjekter. Civilretten stiller de organisatoriske rammer for placeringen af goder og de retlige udformningsmuligheder for det økonomiske samkvem mellem private parter. Skatteretten knytter sig til resultaterne heraf og beskatter disse. Skatteretten regulerer ikke individualrettigheder, men gør i stedet skattepligten til en socialpligt. Skatterettens fundamentalprincip om ydeevne sikrer en rigtig og ligelig fordeling af skattebelastningen, og »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« medvirker til at sørge herfor. Flere steder i tysk skatteret fremkommer det, at skatteretten kun nødtvungent skal knytte sig til civilretlige iklædninger, og at det ikke er den civilretlige form, men det dermed forbundne

Der hvor skatteretten klart kobler sig an til civilretten skal retsanvenderen tage hensyn til de civilretlige regler. Dog kan en selvstændig skatteretlig bedømmelse af sagsforholdene være nødvendig, selvom der findes en streng tilknytning til civilretlige institutioner. Sidstnævnte eksemplificeres ved henvisning til forståelse af begrebet »juridisk person« samt i forbindelse med skattebesparelsesarrangementer.

102. Jf. Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 49 ff med udførlige henvisninger s. 50, note 57.

103. Således anføres det i 1. udgave af Die Steuerrechtsordnung, Band I, 1993, s. 95, at »... Den Standpunkt »Ich bin Zivilrechtler, also muß das Steuerrecht dem Zivilrecht folgen«, mag man eine arrogante oder bequeme Attitude nennen, um eine sachlich begründete Position handelt es sich nicht ...«.

104. *Tipke* anfører, at »... Das Steuerrecht bezweckt, der steuerberechtigten Körperschaften die benötigten Mittel zu verschaffen, und zwar nicht nur nach einem beliebigen Maßstab, sondern durch sachgerechte Verteilung der Gesamtsteuerlast auf die einzelnen Steuerpflichtigen ...«, jf. Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 50.

indhold der er beskatningsudløsende. Skatteretten benytter grundlæggende kun tilknytningen til civilretlige retsformer eller begreber som hjælpemiddel til konstatering af økonomiske fakta. Det konstateres hos *Tipke* på denne baggrund, at opfattelsen om skatterettens autonomi næsten har vundet fuldstændig anerkendelse.

Skatteret og civilret er dele af den samlede retsorden. Som det også fremgår nedenfor, følger det af kravet om »Die Einheit der Rechtsordnung«, at skatteretten ikke må forpurre (»konterkarrieren«) grundlæggende civilretlige retsfærdighedsprincipper og, at civilretten ikke må forpurre grundlæggende skatteretlige ditto. I tilfælde, hvor der opstår en principkonkurrence- eller kollision, må sådanne efter *Tipkes* opfattelse løses gennem en konkret afvejning¹⁰⁵. I denne henseende består der ikke en absolut forrang for civilretlige eller skatteretlige principper. *Tipke* fremfører nogle grundlæggende overvejelser om principkollision¹⁰⁶. Det anføres, at det grundlæggende kan være svært at finde ud af, hvilket princip der er det bærende indenfor den relevante del af civilretten. Det anføres, at der ikke gennem princippet om privatautonomi udløses noget spændingsforhold, idet skatteretten som hovedregel respekterer privatautonomien. Det skatteretlige ligebehandlingsprincip, der i tysk ret kommer til udtryk i GrundGesetz art. 3, indebærer et krav om ensartet beskatning af ensartede forhold, uanset om disse forhold er opnået gennem forskellige civilretlige foranstaltninger. Tilsvarende accepteres misbrug af civilretlige udformningsmuligheder ikke i skatteretten, jf. § 42 AO. Således kan det efter forfatterens opfattelse siges, at princippet om ensartethed i beskatningen går forud for privatautonomien.

5.1.2.5. Ingen terminologisk afhængighed af civilretten

Såfremt skatteretten opfattes som et »subretssystem« med egen teleologi og egne grundprincipper, er det nødvendigt at der udvikles en specifik skatteretlig terminologi i stedet for at overtage civilrettens terminologi. Udviklingen af en skatteretsspecifik terminologi uden lån fra civilretten er en opgave, som skatteretsvidenskaben hidtil kun i ringe grad har løftet. I det omfang terminologiske lån fra civilretten ikke er undgået, skal der ifølge *Tipke* anvendes en økonomisk betragtningsmåde, »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«.

105. Jf. Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 52.

106. Op.cit., s. 52 f.

Retssikkerhedshensynet har stedse været fremført som argument for i skatteretten at opfatte civilretligt overtagne begreber i overensstemmelse med civilretten. Hertil fremhæver *Tipke*, at man ikke kan være sikker på, at civilretten indebærer tilsikring af optimal retssikkerhed eller mere retssikkerhed, end skatteretten kan frembyde¹⁰⁷. Det fremhæves dog, at der findes enkelte undtagelsestilfælde, hvor lovgivers klare vilje har været at tillægge civilretlige begreber deres indhold i overensstemmelse med civilretten, også i situationer, hvor der kan konstateres en retspolitisk fejl, eller hvor der konkret foreligger en uens behandling af økonomisk ens sagsforhold¹⁰⁸.

5.1.2.6. Skatteret og rettens enhed – »Einheit der Rechtsordnung«

Skatteretten er en del af den samlede retsorden. Derfor kan forholdet mellem skatteret og civilret også behandles i sammenhæng med betragtninger herom. Væsentlige elementer i en »orden« er frihed for modsætninger i dennes grundværdier og retfærdighed. Når lovgiver fastlægger sådanne grundværdier i en del af retsordenen, må der henses hertil på andre retsområder. Der kan eksempelvis være tale om væsentlige grundsætninger, der kommer til udtryk i BGB, herunder om Treu und Glauben eller fortolkning af viljeserklæringer. Denne modsætningsfrihed fordres af kravet den samlede retsordens enhed¹⁰⁹. Står væsentlige skatterimelighedssynspunkter på spil, må der foretages en afvejning mellem de involverede principper¹¹⁰. Det konstateres endelig, at der ikke består en grundlæggende forrang af andre delretsordner, herunder civilretsordenen, overfor skatteretten. Udsagnet om rettens enhed har efter *Tipkes* udlægning, betydning i følgende situationer¹¹¹:

107. Op.cit., s. 53 f.

108. Op.cit., s. 54.

109. *Tipke* formulerer dette således, op.cit., s. 102: »... Das Steuerrecht darf Grundwertungen anderer Teile der Rechtsordnung nicht ohne gewichtigen Grund durchkreuzen oder unterlaufen ...«.

110. *Heinrich Weber-Grellet* anfører i *StuW* 1999, s. 311 ff (312), om »Einheit der Rechtsordnung«, at denne udgør en efterstræbellesværdig målsætning, men, at »... sie steht aber unter dem Vorbehalt der Interessen- und Zweckgleichheit. Die Einheit der Rechtsordnung ist kein Wert an sich; sie rechtfertigt keine unbesehene Übernahme ...«. Der konstateres en vis erosion af enhedstanken i visse henseender. Forfatteren analyserer den stigende forfatningsretlige kontrol med skatteretten som udøvet af Bundesverfassungsgericht og konstaterer, at denne kontrol har haft betydning for skatterettens systematik og selvstændighed.

111. Jf. *Klaus Tipke & Joachim Lang*: *Steuerrecht*, 2002, s. 10 ff. I nyere tysk teori er blevet

- Ved såkaldt »Wertseinheit der Rechtsordnung« – værdienhed. Dette har særligt betydning ved forholdet til socialretten, hvor grundlæggende værdier lægges til grund på flere retsområder. Dette spørgsmål skal ikke behandles yderligere.
- Rettens enhed får betydning når skatteretten ikke iagttager hensynene fra andre retsområder, m.a.o. »... Die Einheit der Rechtsordnung wird auch gestört, wenn das Steuerrecht Grundwertungen andere Rechtsgebiete nicht beachtet, die jedoch nach der eigenen Teleologie des Steuerrechts zu beachten sind ...«. En manglende skatteretlig iagttagelse af grundnormer fører hyppigt til betydelige forstyrrelser eller ødelæggelser af strukturen på det udsatte retsområde. Således foranlediger eksempelvis forskellig skattemæssig behandling af forskellige virksomhedsformer i tysk ret til dannelsen af selskabsretligt tvivlsomme selskabsformer.
- Det sværeste område vedrører sådanne situationer, hvor der er »Wertekonkurrenz«, altså uoverensstemmelse mellem værdierne i disciplinerne. I sådanne situationer skal der foretages en afvejning – »Wertabwägung«¹¹². Skatteretten må ikke overskride eller underminere andre discipliners grundværdier, med mindre dette er tilstrækkeligt retfærdiggjort gennem skatterettens egen teleologi efter en konkret afvejning.

Der kan udelukkende udledes enkelte grundsætninger af læren om »Einheit der Rechtsordnung«. Der kan ikke udledes nogen generel regel om, at bestemte retsbegreber, der i civilretten og i skatteretten er enslydende, men har forskellige målsætninger, skal forstås på samme måde¹¹³.

rejst diskussionen om, hvorvidt man tillige kan tale om enhed i den skatteretlige orden, »Einheit der Steuerrechtsordnung«, jf. herom *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung, Band I*, 2000, s. 94 ff. Tankegangen indebærer, at »... Es ist nicht jede einzelne Steuer als isoliertes Fragment zu betrachten. In Wirklichkeit ist jede Steuer nur eine Teil-Steuer, die in eine systematische Ordnung mit den anderen Steuern gebracht werden muß. Die »Einheit der Steuerrechtsordnung« verlangt nach einem Fundamentalprinzip, das alle Steuern fundiert und so für ein homogenes, harmonisches, konsistentes System sorgt. Auf diese Weise werden den Gleichheitssatz verletzende Wertungsinkonsequenzen und Wertungswidersprüche ausgeschaltet ...«, op.cit., s. 95. Se også samme forfatter i *Festschrift für K. H. Friauf*, 1996, s. 741 ff.

112. Der har dog været betydelig diskussion herom i litteraturen.

113. Se herom *Walter Maier & Jürgen Schmitt: Bürgerliches Recht und Steuerrecht*, 2001, s. 5. Disse forfattere anfører yderligere i denne forbindelse, at enslydende begreber i

Endelig sættes forholdet mellem skatteret og civilret hos *Tipke* i forbindelse »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«¹¹⁴.

5.1.3. Opfattelsen hos *Rainer Walz*

Ud over *Klaus Tipke & Joachim Lang* har særligt også *Rainer Walz* i de senere år argumenteret for en »autonomes steuerrechtsdogmatik«. *Walz* betoner ikke altid lige tydeligt den funktionelle sammenhæng mellem skatteret og civilret, men søger dog at foretage udledninger, der har betydning for såvel skatteretten som civilretten.

I sit habilitationsschrift har *Walz* på baggrund af skatterettens historie udviklet en »steuerstrukturmodell«, som udgør en retsanvendelsesmodel til brug for gældende skatteret¹¹⁵. En central erkendelse i forfatterens arbejder er det forhold, at udfoldelsen af privatretten og udviklingen af den moderne skatteret må ses som uafhængige elementer i en enhedspræget politisk-økonomisk og retshistorisk proces. Skatteretten hænger, trods sit tilhørsforhold til den offentlige ret, tæt sammen med civilretten qua det *Walz* benævner »die Einheit des wirtschaftlichen ordre public«¹¹⁶. På denne baggrund finder *Walz* autonomien begrænset på begge retsområder. Grundet de specifikke kendetegn betyder »Einheit des ordre public« dog ikke, at skatteretten og privatretten skal ligestilles. De væsentlige problemer ved disciplinernes vekselvirkende forhold beror på, at begge discipliner godt nok omfatter formuebevægelser men i hvert deres perspektiv og efter hver deres dogmatiske tradition¹¹⁷. *Walz* lægger i sit arbejde stærkt vægt på realisationen af retfærdighedsmål, hvilket i sidste instans medfører et krav om retssikkerhed, der påbyder anerkendelse af civilretlige konstruktioner og »denkfiguren« i skatteretten, men imødegået med en skatteretsrelateret skepsis.

En vigtig del af *Walz*' arbejde udgør i denne sammenhæng hans påpegelse af skatterettens relative autonomi gennem kvalifikationen af

skatte- og civilretten til tider må opfattes forskelligt grundet de forskellige hensyn, der ligger bag civilretten og skatteretten. Dette forhold medfører efter forfatterens udsagn i mange tilfælde en nedbrydning af den civilretlige reguleringsstruktur.

114. Jf. herom infra.

115. Jf. Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik, R.v. Decker's rechts- und sozialwissenschaftliche Abhandlungen, Band 8, 1980.

116. Jf. Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, s. 128.

117. Op.cit., s. 208.

kontraktsretligt forkonstruerede faktum¹¹⁸. *Walz* udsondrer tre trindeling i den juridiske klassificering af sagsforhold, reguleret af privatpersoner under lovgivningsmæssigt eller retsdogmatisk udviklede typer og institutter: (1) »die Eigenqualifikation des oder der Beteiligten« (de impliceredes egenkvalifikation), (2) »die zivilrechtliche Fremdqualifikation« (den civilretlige fremmedkvalifikation), og (3) »die steuerrechtliche Fremdqualifikation« (den skatteretlige fremmedkvalifikation)¹¹⁹. Det påvises, at civilretten, grundet disciplinens egne beskyttelsesbehov, kun under bestemte retligt praktiserbare forudsætninger overtager parternes egenkvalifikation, og i andre tilfælde ikke er bundet af parternes indordning¹²⁰. Herved ligger den tanke nær, at når en og samme udformning inden for det samme retsområde kan have forskellige tilknytninger, så må dette så meget desto mere gælde i forhold til skatteretten. *Walz* tager herefter udgangspunkt i et princip om, at skatteretten som regel knytter sig til summen af handlinger og forretningsresultater. På denne baggrund foretages der nogle overvejelser i relation til den skatteretlige fremmedkvalifikation. Medfører visse eksekverede retshandler et bestemt økonomisk resultat, som vil blive omfattet af skattelovgivningen, er beskatningen ikke derved forhindret af, at der vælges en anden kontraktsudformning end den af lovgivningen typisk forudsatte, selvom denne anden udformning giver udseende af at medføre et andet resultat, der skulle bedømmes efter andre skatteretlige kriterier. Når skattemyndighederne og domstolene kvalificerer bestemte kontraktlige resultater anderledes end de skattepligtiges egne valg, bliver sagens genstand regelmæssigt forstyrret. Det virkelige faktum underlægges et andet faktum, idet myndigheder og domstole arbejder med en fiktion vedrørende faktum¹²¹.

Georg Crezelius kritiserer *Walz* for at overbetone hensynet til »retfærdighed« gennem retsanvendelsesmodellen, idet skatteretten ensidigt er retsfølgeorienteret¹²². Det kan dog fremhæves, at det er *Walz*' fortjeneste (og det bestrider ej heller *Crezelius*), at forholdet mellem skatteret og civilret er ført væk fra den klassiske ensidige fokusering, der

118. Herom *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*, 1980, s. 234 ff.

119. Op.cit., s. 235.

120. Op.cit., s. 236.

121. Op.cit., s. 247 f.

122. Jf. *Georg Crezelius: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*, 1983, s. 343. *Thomas Koller* finder i *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 257, til en vis grad denne kritik berettiget.

udelukkende tager stilling til skatterettens forhold til civilretten. I stedet har *Walz* betonet, at der skal fokuseres gensidigt på begge retsområder, hvilket baseres på et forhold der tidligere ikke fik tilstrækkelig opmærksomhed, nemlig at begge områder er uundgåelige bestanddele af en decentral økonomisk orden (»wirtschaftsordnung«). Denne erkendelse har *Walz* rykket i forgrunden.

Anskuelsesmåden om, at hvert retsområde har en vidtgående, men dog begrænset autonomi, er blevet betragtet som vejviser for fremtiden, uanset kritikken heraf¹²³. En yderligere fortjeneste, der kan tillægges *Walz*, er at han har gjort opmærksom på betydningen af de forskellige kvalifikationsinddelinger (egenkvalifikation, civilretlig fremmedkvalifikation og skatteretlig fremmedkvalifikation) gennem den skatteretlige bedømmelse af kontraktsretligt strukturerede forhold. *Walz* er således kommet frem til, at der ikke ved en domstols vurdering af en retshandel består en binding ved en ydre bedømmelse af en kvalifikation valgt i et indre forhold¹²⁴.

5.1.4. Øvrige

Ud over ovenstående teoretiske bidrag i tysk ret har også andre forfattere på baggrund af mindre dybdegående analyser ytret sig om forholdet mellem skatteret og civilret. I de senere år har særligt også *Beisse* og *Schulze-Osterloh* markeret sig med holdninger tilsvarende ovenstående¹²⁵.

Schulze-Osterloh konstaterer, at skatteretlige normer ofte knytter sig til civilretligt formulerede omstændigheder. Dette kan efter forfatterens opfattelse ske på to måder: (1) Gennem forudsatte civilretlige strukturer. Hertil anføres det, at der ikke består nogen generel forrang. (2) Gennem civilretlige begreber. Forfatteren er på dette punkt enig med *Crezelius*¹²⁶, for så vidt angår tilfælde, hvor skatteretten direkte knytter sig til civilretten¹²⁷. Det anføres dog, at dette typisk ikke vil være

123. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 257.

124. *Thomas Koller* finder op.cit., at *Walz* herved nærmer sig *Liebischs'* konklusioner, hvorefter det postuleres, at også i privatreten må vurderingen af faktum foretages efter det økonomiske indhold jf. ovenfor.

125. Jf. *Heinrich Beisse*: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung der Steuergesetze in der neuen deutschen Rechtsprechung i *StuW* 1981, s. 1 ff og *Joachim Schulze-Osterloh*: Zivilrecht und Steuerrecht i *StuW* 1986, s. 74 ff og samme i *AcP* 1990, s. 140 ff, særligt s. 153 ff.

126. Jf. infra afsnit 5.2. om denne forfatters standpunkter.

127. Jf. *AcP* 1990, s. 154.

tilfældet, men at der i stedet hyppigt foretages skatteretlige omskrivninger af civilretlige formuleringer. I disse situationer behøver der efter forfatterens opfattelse ikke at være nogen overensstemmelse mellem disciplinerne. De almindelige fortolkningsfakta skal benyttes. Ganske på linie med den herskende teori anfører *Schulze-Osterloh*, at noget taler for en selvstændig fortolkning i skatteretten. Det konkluderes, at (1) Skatteretlige forhold har betydning ved fortolkningen af viljeserklæringen ved skatteretligt motiverede kontraktsudformninger. Det anføres dog, at den skatteretlige sammenhæng ikke har nogen betydning for den juridiske kvalifikation. (2) Civilretligt præget faktum i skatteretlige forskrifter er som regel selvstændigt, og dermed afhængigt af målsætningen med den skatteretlige norm. (3) I tilfælde, hvor skatteretten gennem reguleringen umiddelbart har indflydelse på den civilretlige retsstilling, skal der ved afgørelsen tages højde for såvel civilretlige som skatteretlige grundværdier.

Der lader således til at være enighed om at skatteretten og civilretten har forskellige formål og at det heraf kan udledes, at skatteretten kan fravige civilretten.

Wolfgang Schön konstaterer, at der, for så vidt angår civilretlige begreber i skatteretten, ikke længere er tvivl om, at skatteretten kan afvige fra civilretten¹²⁸. Videre konstateres det, at de generelle fortolkningskriterier også gælder for skatteretten. Samme forfatter finder om forholdet mellem skatteretten og det civilretlige faktum, at civilretten er præjudiciel, men at den ikke har forrang. I forbindelse hermed opstår også spørgsmålet om, hvorvidt skatteretten skal anerkende civilretlige dispositioner og udformninger. For så vidt angår skatterettens og civilrettens orden, tilslutter *Schön* sig de ovenfor citerede forfattere. Dog anføres det, at den normative karakter af sådanne udsagn giver anledning til visse vanskeligheder. Det anføres, at der utvivlsomt skjuler sig et retspolitisk ønske bag denne tankegang, men samtidig, at tankegangen også kan opnå relevans ved fortolkningen indenfor rammerne af »Einheit der Rechtsordnung«.

Også *Harald Herz* har behandlet forholdet mellem skatteret og civilret¹²⁹. Der stilles i denne forbindelse spørgsmålet om, hvorvidt man i skatteretten kan fortolke begreber på en selvstændig måde, eller om

128. Jf. Die Auslegung europäischen Steuerrechts – Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, 1993, s. 18.

129. Jf. forfatterens afhandling: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaft-

»Einheit der Rechtsordnung« medfører, at skatteretten ikke uden videre kan fravige disse¹³⁰. Forfatteren tilslutter sig på linie med den herskende teori, at der er tale om ligeværdige sideordnede discipliner, og at civilretten er præjudiciel, men ikke har forrang for skatteretten. Forfatteren konstaterer således, at en generel forrang må afvises. Det anføres, at ej heller »Einheit der rechtsordnung« forhindrer, at der findes selvstændige skatteretlige værdier. Rettens enhed forhindrer derimod værdimodsætninger mellem de forskellige discipliner, men grundsætningen fører ikke til lighed i bedømmelse af sagsforhold. For så vidt må skatteretten ikke underminere civilretten eller andre discipliner uden vægtige grunde¹³¹. Om civilretlige begreber konstateres det, at der kun består en binding til det civilretlige indhold, når ånd og formål med skatteloven fastslår, at lovgiver har sigtet mod det civilretlige indhold. Forfatteren fremhæver, at der ikke er enighed om, hvordan civilretlige begreber skal fortolkes i skatteretten. Det er i denne forbindelse forfatterens vurdering, at det ikke er muligt at foretage en fuldstændig fravigende skatteretlig fortolkning. Når lovgiver henviser til civilretlige begreber, må civilretten dog udgøre udgangspunktet for fortolkningen. Dette gælder særligt, når der er tale om af lovgiver kunstigt frembragte fænomener, som kun kan eksistere efter lovgivning herom¹³².

Vidre skal fremhæves den af *Heinrich List* udarbejdede antologi over den tidligere retspraksis i Bundesfinanzhof samt analyse af nyere praksis¹³³. Også *List* finder, at der består grundlæggende forskelle mellem skatteret og civilret. Dette standpunkt begrundes med, at civilretten er den del af retsordenen, der regulerer forbindelserne mellem de enkelte borgere og virksomheder på grundlag af ligebehandling og selvbestemmelse. Modsat dette er skatteretten en del af den offentlige ret, der regulerer retsforbindelserne mellem de skattepligtige enheder på grundlag af over- og underordnelse, samt statslig tvang. På den anden side består der en forbindelse mellem disciplinerne ved, at skatteretten i vidt omfang henviser til privatreten. Det konstateres, at forholdet

ten in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 29 ff. Forholdet står centralt i forfatterens emne, hvor der særligt fokuseres på subjektqualifikation.

130. Op.cit., s. 30.

131. Op.cit., s. 38.

132. Op.cit., s. 40.

133. Jf. *Heinrich List: Privatrecht und Steuerrecht*, i Brigitte Knobbe-Keuk m.fl. (red.): *Handelsrecht und Steuerrecht*, Festschrift für Georg Döllerer, 1988, s. 369 ff.

mellem civilret og skatteret bliver problematisk, når skattefordringen personligt og sagligt bestemmes med hjælp fra civilretten. Af forfatterens analyse af retspraksis udledes følgende generelle betragtninger vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret:

- Man kan gå ud fra den erkendelse, at dispositioner er forudformet af civilretten, når de forekommer i skatterettens synsfelt. Skatteretten har med de skatteretlige følger af civilretlige former at gøre.
- Ved udfindelse af faktum kan skatteretten hvile på givne civilretlige begreber. Fortolkningen retter sig i denne forbindelse efter civilretten.
- Såfremt skatteretten forudsætter en »ordensforestilling« ved civilretlige begreber, har denne forestilling forrang.
- Lægger skatteretten civilretten til grund, betyder dette en konstatering af grundtankerne i den civilretlige regulering ved anvendelse af skatteretten.
- Skatteretten kan tildele handelsretlige personselskaber retssubjektivitet, trods sine fra civilretten afvigende mål.
- Udfylder skatteretten civilretlige begreber med egne begreber, kan disse egne begreber fortolkes ved hjælp af civilrettens sædvanlige metoder.
- Såfremt en skatteregel ikke indeholder civilretlige elementer, kan der ved fortolkningen alligevel hentes hjælp i de civilretlige grundtanker, der er undladt inddraget.
- Civilretlige kontrakter respekteres af skatteretten, i det omfang de lever op til princippet om privatautonomi. Ved selskabskontrakter gælder det samme formentlig, når mindstekravene ved de lovgivningsmæssige selskabskontrakter opfyldes.

Forfatteren slutter, at det i almindelighed kun er muligt at sige, at skatteretten og civilretten er to selvstændige retsdiscipliner, som i stort omfang griber ind over hinanden. Ligeledes anføres, at disciplinerne er sideordnede, og at reguleringsstrukturen ved eventuelle sammenstød mellem disciplinerne skal varetages. Dette er kun muligt når den forudgående civilretlige reguleringsstruktur er varetaget.

Endvidere bør omtales *Walter Schick's* generelle udledninger om for-

holdet mellem skatteret og civilret¹³⁴. Forfatteren tilslutter sig, at der ikke i forholdet mellem skatteret og civilret er tale om prævalens, hvorfor skatteretten som udgangspunkt er autonom. Forfatteren eksemplificerer en udtrakt kongruens gennem forholdet mellem arveskatteret og civilret. Arveskatteretten har i vidt omfang overtaget civilrettens begreber mv. Forfatteren finder dog, at man ikke herved kan tale om civilrettens forrang¹³⁵. Det anføres, at de anvendte civilretlige begreber indgår som skatteretligt faktum, og i konflikttilfælde skal fortolkes efter skatteretlige grundsætninger¹³⁶. Det anføres, at man i sidste ende, ved den skatteretlige anvendelse af civilretlige begreber har med egentlige skatteretlige forskrifter at gøre, som betjener sig af civilretten som forståelses- og formuleringshjælp¹³⁷. Baggrunden herfor er, at henvisningen medfører en skatteretlig transformation af de anvendte begreber.

Endelig skal nævnes analysen hos *Hagen Kobor*¹³⁸. Forfatteren analyserer den historisk hævdvundne kobling mellem Erbschaftsteuer og civilretten. På baggrund af forfatterens analyse konkluderes det, at den hævdvundne tese på det konkrete område om »maßgeblichkeit des Zivilrecht« under hensynstagen til praksis fra Bundesverfassungsgericht og den almindelige metodiske udvikling i det mindste må relativeres.

5.2. Den afvigende opfattelse hos Georg Crezelius

I nyere tid har *Georg Crezelius* fremført et frontalangreb på talsmændene for autonomi-teorien under den såkaldte »enhedsfalanks«¹³⁹. Ligesom *Walz* tager *Crezelius* udgangspunkt i synspunktet om, at beskat-

134. Jf. *Walter Schick*: Haftung für Steuerschulden auf Grund Privatrechts? – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung Steuerrecht – Privatrecht, 1993, særligt s. 3 ff.

135. Forfatteren opstiller s. 42 f, nogle teser på baggrund af analysen, hvor nr. I lyder som følger: »Privatrecht und Steuerrecht stehen als (auch) verfassungsrechtlich abgegrenzte Materien mit selbständigem Anwendungsbereich nebeneinander. Die Frage nach dem (rechtlichen) »Vorrang« des eines oder anderen Rechtsgebietes kann sich darum gar nicht stellen. Das ändert nichts daran, daß Steuerrecht tatsächlich vielfach auf Begriffe und Vorschriften des bürgerlichen Rechts und Handelsrechts Bezug nimmt. Immer aber ist in solchen Fällen Privatrecht im Steuerrecht nur »entsprechend«, d.h. den Steuerrechtsprinzipien entsprechend, anwendbar. Steuerrecht ist öffentliches Rechts und damit zwingend. Nur unter diesem Aspekt könnte man vor einem Vorrang des Steuerrechts vor dem Zivilrecht sprechen«.

136. Se på linie hermed *Heinrich Weber-Grellet* i *StuW* 1999, s. 311 ff (313).

137. Jf. *Walter Schick*: Haftung für Steuerschulden auf Grund Privatrechts? – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung Steuerrecht – Privatrecht, 1993, s. 12.

138. Jf. Die Auslegung im Erbschaftsteuergesetz – Die Erbschaftsteuer zwischen Zivilrecht und Ertragssteuer. 2000.

139. Dette finder særligt sted i forfatterens habilitationsskrift: Steuerrechtliche Rechts-

ning ikke udgør et fremmedlegeme i liberalismen, men i stedet udgør et nødvendig element i den markedsøkonomiske orden¹⁴⁰. Dog udleder *Crezelius* ganske andre følger heraf end *Walz*¹⁴¹. Forfatteren antager, at de forskellige typer af civilretlige formgivningsmuligheder som regel er udtryk for en økonomisk proces, der bliver gjort til genstand for beskatning. *Crezelius* foretager i denne sammenhæng en todeling for så vidt angår den tekniske inddeling af samspil mellem skatteretten og civilretten¹⁴²:

- Umiddelbar anvendelse af civilretlige begreber i skatteretten
- Anvendelse af egne begreber i skatteretten.

Crezelius finder, at der i relation til fortolkningen af skattelove særligt kan udledes to konklusioner vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. Det skatteretlige indgreb sker på to niveauer: (1) på første niveau har retsanvenderen med et civilretligt faktum at gøre. Herfra skal subsumeres, men det skal besluttet, om der er tale om en direkte anvendelse af civilretten, eller om der er tale om selvstændig skatteretlig begrebsdannelse. (2) Først på det andet niveau finder den specifikt skatteretlige retsanvendelse sted. Herved skal der stilles det spørgsmål, om civilretten har forrang, eller om det er det økonomiske indhold, der skal lægges til grund¹⁴³. På denne baggrund sammenfatter *Crezelius* den tidligere udvikling i forholdet mellem skatteret og civilret og fremhæver, at særligt to argumentationsmønstre har været benyttet: (1) Om skatteretten knytter sig til civilretten eller ej. Kun hvor skatteretten ikke knytter sig op ad civilretten, kan der accepteres en fravigelse. Denne opfattelse kritiseres af *Crezelius*¹⁴⁴. (2) Den anden opfattelse går på, at skatteretten og civilretten er uafhængige discipliner, der har forskellige mål og ordensforestillinger (reguleringsforestillinger), hvortil knytter sig *Rainer Walz*' bidrag om den relative autonomi. *Crezelius*

anwendung und allgemeine Rechtsordnung, 1983, særligt s. 178 ff. Det skal bemærkes, at *Crezelius* udelukkende beskæftiger sig med retspraksis fra Reichfinanzhof og Bundesfinanzhof.

140. Jf. herved analysen i afhandlingens § 17, s. 283 ff: »Steuerbegriff, Liberalismus und Wirtschaftsordnung«.

141. Jf. konstateringen hos *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 259.

142. Jf. *Georg Crezelius*: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung, 1983, s. 179.

143. Op.cit., s. 180.

144. Op.cit., s. 181 f.

finder ikke argumentet om, at disciplinerne har forskellige mål, siger noget som helst om civilrettens forrang for skatteretten. Når skatteretten formelt er en følgeret til civilretten – hvilket han anfører, ikke kan bestrides – så er det også teoretisk tænkeligt, at det er det civilretlige grundlag, der styrer fortolkningen af skattelovgivningen. Dette kan dog være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, idet den af parterne med overlæg og omtanke valgte civilretlige form, i skatteretlig henseende omkvalificeres. Det konstateres, at der i skatteretspraksis gennem den særlige skatteretlige metode gennem tiderne har været ført et felttog mod civilretten, eller rettere mod udformninger der tilsigter skatteundgåelse. Forfatteren har ingen betænkeligheder i relation til lovgivers legitimation til at tage parti og gennem beslutning at begunstige fiskus gennem en passende faktumbeskrivelse¹⁴⁵. Derimod betvivles det, hvilken legitimation de skatteretsanvendende instanser har til indgreb i forholdet mellem skatteret og civilret¹⁴⁶. Det konstateres således, at skatterettens autonomi, for så vidt angår retspraksis, hidtil ikke er bevist¹⁴⁷. Civilretlige foranstaltninger går forud for beskatningen. Skatteretsordnen er således efter *Crezelius*' opfattelse ikke kun i kronologisk forstand efterstillet civilretten, men også i materiel forstand¹⁴⁸. Med blik for liberalismens, civilrettens og den offentlige rets harmoni stiller *Crezelius* det spørgsmål, om der ikke også på skatterettens områder eksisterer en formodning for konformitet i bedømmelserne. I forhold til skatterettens hovedproblem betyder denne grundlæggende styring (maßgeblichkeit), at civilrettens liberale grundprincip om kontraktsfrihed, også finder anvendelse ved skattelovgivning, med mindre denne ikke direkte angiver en fravigelse fra dette liberale grundprincip¹⁴⁹. Opfyldelsen af skatteudløsende omstændigheder forudsætter som regel civilretlige handler, og disse må lægges til grund ved de skatteretlige vurderinger, så længe de ikke afviger fra civilretten. Det anføres, at skatterettens lovformelighed ikke fører til en løsrivelse af skattelovene

145. Herved fremkommer det, at forfatterens argumentation retter sig mod de retsanvendende organer, hvorved forfatteren ligger på linie med store dele af den tidligere teori. Som nævnt er fokus i foreliggende afhandling i stedet rettet mod såvel lovgiver som de retsanvendende organer. En tilsvarende fremgangsmåde er anvendt af *Thomas Koller* i *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, jf. nedenfor.

146. Jf. *Georg Crezelius: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*, 1983, s. 255.

147. Op.cit., s. 251.

148. Op.cit., s. 308.

149. Op.cit., s. 299.

fra disses civilretlige grundlag, men i stedet til, at civilretten og de heraf fremkomne bedømmelselementer tillægges en styrende funktion ved den skatteretlige retsanvendelse, såfremt en skattenorm ikke foreskriver andet¹⁵⁰.

Et opsigtsvækkende kendetegn ved retspraksis vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret er, efter forfatterens opfattelse, de bestandigt vekslende herskende synspunkter. De heraf afledte retssikkerhedsproblemer viser sig også i Bundesfinanzhofs' praksis (i hvert tilfælde indtil 1983), der verbalt tager udgangspunkt i en civilretlig forrang, men i mange enkeltsager når til en forrang for skatteretten med hjælp fra skatteretlige overvejelser. Problematikken bliver efter *Crezelius*' opfattelse forstærket ved de stedse vekslende begrundelser, der bliver angivet ved fravigelsen fra civilretlige former. Begrundelser som »wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze«, »Gleichmässigkeit der Besteuerung« eller »berechtigtes Interesse des Fiskus an der Sicherung des Steueraufkommens« er uden anden støtte end indviklet skatteretsdogmatik uden anerkendte skattesystematiske vurderingskendetegn, og dermed efter *Crezelius*'vurdering meget lidt overbevisende. En af grundene til denne tilstand er, at skatteretspraksis hidtil ikke er vellykket med henblik på at afklare den helt grundlæggende retsanvendelsesproces vedrørende spørgsmålet om forholdet mellem skatteret og civilret. Denne usikkerhed er efter *Crezelius*' opfattelse en konsekvens af den manglende afklaring af spørgsmålet om begrebskonformitet eller ikkekonformitet på begge retsområder. Der findes således hverken et grundlæggende svar herpå, for så vidt angår den umiddelbare tilknytning (ens eller forskellig anvendelse af samme begreb), eller for så vidt angår den middelbare henvisning til civilretten (ens eller forskelligt anvendelsesområde for regelsæt). Svaret kan kun findes i ordensforestillingerne og målsætningerne bag begge retsdiscipliner.

På baggrund af en gennemgang af praksis fra Bundesfinanzhof konstateres det, at der findes en stiltiende forrang for skatteretten, uden at dette nærmere begrundes¹⁵¹. Forhold som skatteomgåelse eller misbrug spiller typisk ikke så stor en rolle i den civilretlige praksis. Nogle afgørelser indebærer endda, at den underliggende civilret spiller en ubetydelig rolle. *Crezelius* konkluderer, at civilretten indtager en grund-

150. Op.cit., s. 309.

151. Op.cit., s. 194.

læggende »Führungsrolle« i forhold til skatteretten og, at skatteretten derfor udgør en anneksret i forhold til civilretten¹⁵².

Hermed ses det, at *Crezelius* afviger fra den gængse opfattelse i moderne tysk skatteret. Af samme årsag har forfatterens tese da også været genstand for en del kritik, og synspunkterne har ikke vundet tilslutning i hverken teori eller praksis¹⁵³. Et væsentligt bidrag til teorien udgør dog forfatterens analyser af privatautonomiens skatteretlige betydning.

5.3. Principiel stillingtagen i »Bundesverfassungsgericht«

Det har stor betydning for den generelle opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret, hvilken holdning Bunderverfassungsgericht indtager. I nyere tid har forfatningsdomstolen afsagt en yderst principiel dom, der vedrører forholdet mellem skatteret og civilret. Der er tale om en afgørelse fra det tredje kammer i II. Senat i Bundesverfassungsgericht, afsagt den 27.12. 1991 – 2 BvR 72/90¹⁵⁴. Grundet præmissernes klarhed fortjener dele heraf undtagelsesvis at blive citeret in extenso. Således udtalte domstolen, »... *Knüpft die steuerrechtliche Norm an eine zivilrechtliche Gestaltung an, so ist die Auslegung der steuerrechtlichen Bestimmung weder zwingend an dem Vertragstyp auszurichten, der der von den Parteien gewählten Bezeichnung entspricht, noch wird sie notwendigerweise von der zivilrechtlichen Qualifikation des Rechtsgeschäfts beeinflusst. Auch gilt keine Vermutung, das dem Zivilrecht entlehnte Tatbestandsmerkmal einer Steuerrechtsnorm sei im Sinne des zivilrechtlichen Verständnisses zu interpretieren (vgl. Ruppe, in: Hermann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und körperschaftsteuergesetz, Einf. Est Anm. 457; Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Auflage 1991, S. 7). Ein Vorrang oder eine Maßgeblichkeit der zivilrechtlichen Würdigung der von den Parteien gewählten Sachverhalts-*

152. Op.cit., s. 334.

153. Dette gælder såvel standpunktet om civilrettens førerrolle som tesen om »Ethisierung des Zivilrechts«, jf. *Joachim Schultze-Osterloh* i *StuW* 1986, s. 81, *Peter Fischer* i *StuW* 1986, s. 183 ff, *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 262 f og *Klaus Tipke*: *Die Steuerrechtsordnung*, 2000, s. 49 f og samme med *Joachim Lang* i *Steuerrecht*, 2002, s. 6.

154. Dommen er gengivet i *Bundessteuerblatt* 1992, II, 212 og *StuW* 1992, 186, og kommenteret hos *J. P. Meincke* i *StuW* 1992, s. 186 ff, *H. Jehner* i *Deutsches Steuerrecht* 1992, s. 485, og 488, *M. Balke* i *Steuerliches Journal* 1993, s. 34 ff. *Klaus Tipke*: *Die Steuerrechtsordnung*, Band I, 2000, s. 55 ff samt omtalt hos *Harald Herz*: *Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommenbesteuerung von Gesellschaften*, 1997, s. 37, note 107.

gestaltung für die Auslegung der betreffenden steuerrechtlichen Vorschrift besteht schon deshalb nicht, weil Zivilrecht und Steuerrecht nebengeordnete, gleichrangige Rechtsgebiete sind, die denselben Sachverhalt aus einer anderen Perspektive und unter anderen Wertungsgesichtspunkten beurteilen (Ruppe, a. a. O., Anm. 455; Schultze-Osterloh, AcP 190 [1990], 140 [153]; Tipke/lang, a. a. O., S. 6 ff). Die Parteien können zwar einen Sachverhalt vertraglich gestalten, nicht aber die steuerrechtlichen Folgen bestimmen, die das Steuergesetz an die vorgegebende Gestaltung knüpft. Insoweit gilt eine Vorherigkeit für die Anwendung des Zivilrechts, jedoch nicht ein Vorrang.

Das Steuerrecht prägt – wie jedes andere Rechtsgebiet – seine eigenen Tatbestände. Auch wenn ein Steuergesetz Begriffe enthält, die einem anderen Rechtsgebiet entnommen sind, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Steuerrecht insoweit den Wertungen des jeweiligen Rechtsgebietes, z. B. des Zivilrechts, des Gewerberechts oder des Sozialrechts, folgt oder mit Hilfe der entlehnten Begriffe eigenständige steuerrechtliche Tatbestände bildet. Verwendet eine steuerrechtliche Vorschrift eine im Zivilrecht geläufige Terminologie, so kann es den darin ausgedrückten Tatbestand aufnehmen, wie z. B. die Ehe, einen bestimmten ehelichen Güterstand (§§ 4 und 5 ErbStG) oder das Vermächtnis (§ Abs. 1 Nr. 1 ErbStG); es kann aber ebenso eine im Zivilrecht entwickelte Begrifflichkeit zur Bezeichnung eines eigenen steuerlichen Tatbestand verwenden, wie z. B. die Vermietung und Verpachtung (§ 21 EstG) oder den Gewerbetrieb (§ 15 EsfG). Eine solche »Relativität der Rechtsbegriffe« (vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8 Auflage 1983, S: 73, 156 ff. m. w. N.) ist in einer einheitlichen, aber je nach Sachbereichen differenzierten Rechtsordnung angelegt.

Steuerrechtliche Tatbestandmerkmale sind danach, auch wenn sie einem anderen Rechtsgebiet entnommen sind, nach dem steuerrechtlichen Bedeutungszusammenhang, nach dem Zweck des jeweiligen Steuergesetzes und dem Inhalt der einschlägigen Einzelregelung zu interpretieren. Es besteht weder eine Vermutung für eine übereinstimmendes noch für ein abweichendes Verständnis (Engisch, a. a. O., S. 156 FF.; Kruse in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 4 AO RNr. 107 [56. Lfg. November 1988]; Ruppe, a. a. O., Anm. 457; Tipke/lang, a. a. O., S. 102 f.). Die privatautonome Gestaltung des Sachverhalts regelnden Rechts, z. B. des Vertragsrechts, des Familienrechts, des gewerberechts oder des Rentenrechts, zu qualifi-

zieren und sodann dem Ergebnis der Auslegung der steuerrechtlichen Norm zuzuordnen. Der Steuertatbestand ist erfüllt, wenn die Sachverhaltsgestaltung zu einem Erfolg führt, der nach der steuerrechtlichen Vorschrift eine Belastung rechtfertigt ...».

Sagen drejede sig om, hvorvidt der konkret i den omhandlede situation skulle udløses pligt til at betale »Grunderwerbsteuer«. I den oprindelige sag havde en Finanzgericht afgjort sagen under henvisning til retsgrundlaget i § 1 Abs. 1 Nr. 1 i forbindelse med Nr. 6 og 7 i GrEStG. Men disse regler forudsætter efter deres ordlyd ikke en specifik civilretlig retshandel. Det er udelukkende et krav, at der er fremkommet en fordring som følge af en overdragelse. Til grund for ejendomserhvervelsesafgiften ligger retshændelser, der medfører erhvervelse af en fast ejendom, hvorfor afgiftspligten knytter sig til ændringer i den civilretlige ejendomsret. Domstolen udtalte herefter, at der således ikke sker beskatning af selve den mod ejendomserhvervelsen orienterede retshandel som sådan. Beskatningsgenstanden fandtes i stedet at være erhvervelsen af fast ejendom, der beror på en faktisk erhvervelsesproces. Skattepligtig er herved det resultat, der følger af den mod ejendomserhvervelsen orienterede retshandel. Fortolkningen af retsgrundlaget knytter sig således ikke til den civilretlige kvalifikation af den retshandel der begrunder en fordring, men i stedet til det af parterne ønskede økonomiske resultat, som fremkommer gennem den civilretlige udformning.

§ 6 Særligt om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«

6.1. Indledning

Skatte- og civilrettens interdisciplinære relationer blev tidligt analyseret i tysk ret. Analyserne var centreret om den såkaldte »wirtschaftliche Betrachtungsweise« – den økonomiske betragtningsmåde. Heri ligger, at den skatteretlige retsanvendelse ikke skal ske ud fra en formalistisk anvendelse og overførelse af civilretlige principper, men ud fra de faktiske økonomiske realiteter, som de civilretlige regler finder anvendelse på¹⁵⁵. I det omfang skattelove bygger på økonomiske processer eller

155. Der kan stilles det spørgsmål, om anvendelse af økonomiske ræsonnementer og øko-

økonomiske omstændigheder, opstår spørgsmålet, på hvilken måde og med hvilket indhold skattelovgivningens mål skal forstås. Spørgsmålet om, hvorvidt skatteretlige forskrifter og faktum skal vurderes i et økonomisk lys, indebærer navnlig tre problemområder, hvoraf to vedrører fortolkning, og et vedrører faktumkvalifikation¹⁵⁶: (1) Det første problem vedrører spørgsmålet om, hvorledes de i skatteretten anvendte civilretlige begreber skal anvendes, når der lægges en økonomisk fortolkning til grund. (2) Videre rejser det spørgsmål sig, om skatteretlige begreber, der knytter sig til økonomiske sagsforhold, nu også fortolkes konsekvent i overensstemmelse med økonomiske forhold. (3) Endelig aktualiseres i forbindelse med skatteomgåelse spørgsmålet om, hvorvidt der skal ske omkvalifikation af dispositioners faktum til det reelle økonomiske indhold.

Tidlig tysk teori om forholdet mellem skatteret og civilret havde i vid udstrækning »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« som omdrejningspunkt¹⁵⁷. Af denne årsag indtager denne del af tysk ret en central placering i hidtidig skandinavisk komparativ teori om forholdet mellem skatteret og civilret¹⁵⁸. Ydermere lader det til at være en udbredt opfattelse blandt danske skatteretsforskere, at der også i nutidig skatteret nærmest kan sættes lighedstegn mellem diskussionen om »die wirt-

nomiske tankegange i retsvidenskab, konkret i form af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« i et eller andet omfang er udtryk for en retsøkonomisk tilgang (Law & Economics approach), jf. hertil *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1995, s. 336 f. Hertil må bemærkes, at en skatteretlig fokusering på dispositioners reelle økonomiske indhold ikke udgør retsøkonomisk metode i traditionel forstand, jf. eksempelvis definitionen hos *Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai J. Foss*: Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, 1996, s. 9, som »... anvendelsen af økonomisk teori, særligt mikroøkonomisk teori, til undersøgelsen af opståen, udvikling og virkninger af retten og retlige institutioner ...«. Senere samme side anføres retsøkonomiens analyseniveau som værende et overordnet, samfundsmæssigt niveau. Derfor kan der formentlig ikke inden for retsøkonomien rummes spørgsmål om skatterettens fokusering på reelle økonomiske strømme som faktum i beskatningen.

156. Jf. *Ernst Höhn & Robert Waldburger*: Steuerrecht. Band I: Grundlagen – Grundbegriffe – Steuerarten, 1997, s. 166 f.

157. Se eksempelvis *Kurt Ball*: Steuerrecht und Privatrecht, 1924, særligt s. 118 ff.

158. Jf. herved *Dag Helmers*: Kringgäende av skattelag – Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt, 1956, s. 42 ff, *Sture Bergström*: Skatter och civilrätt – En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang, 1978, s. 23 ff og *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 225 ff. Teorien er tillige behandlet hos *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, Bind I, 1965, s. 39 ff. *Jan Pedersen* op.cit., antaget, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« er en bestanddel af dansk skatteret i form af den såkaldte realitetsgrundsætning, der modsat »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« dog kun antages at gælde i skatteudnyttelsessituationer, jf. herom Del IV, kapitel 18. Modsat har *Thøger Nielsen* generelt forholdt sig kritisk her overfor, både i henseende til ekssi-

schaftliche Betrachtungsweise« og forholdet mellem skatteret og civilret¹⁵⁹. Som det imidlertid er fremgået af ovenstående komparative jævnførelse, og som det uddybes nedenfor, står »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« ikke længere centralt placeret i tysk, schweizisk og østrigsk teori vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. Af denne årsag redegøres der ikke i detaljer for indholdet af og diskussionen om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« i foreliggende afhandling. Imidlertid er det af hensyn den til hidtidige teoretiske fokusering navnlig i Danmark og Sverige fundet nødvendigt i hovedtræk af skitsere indholdet af teorien og udviklingen heri¹⁶⁰. En fuldstændig udeladelse af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« synes da også at være uberettiget, når der henses til teoriens afgørende betydning for udviklingen i forholdet mellem skatteret og civilret, samt den store vægt hvormed den indgår i hidtidige skandinaviske fremstillinger.

6.2. Historik – udviklingsfaser

Indtil ikrafttrædelsen af »Reichabgabenordnung« i 1919 fulgte den skatteretlige retspraksis civilretten såvel i henseende til fortolkning af ci-

stensen af en ulovfæstet realitetsgrundsætning, jf. dennes bidrag i Dansk Skattevidenskabelig Forenings Jubilæumsskrift, 1990, s. 46 ff, men også mere generelt, jf. Indkomstbeskatning, Bind 1, s. 39 f og samme i TfR 1963, s. 380 f.

159. Se eksempelvis *Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graff Nielsen* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 211 ff.

160. Teorien om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« har givet anledning til en overvældende litteratur, hvorfor der på dette sted kun skal fremhæves nogle af de væsentligste bidrag: *Klaus Tipke & Joachim Lang*: Steuerrecht, 2002, s. 142 ff, *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1283 ff, *W. Harz*: Die Auslegung von Steuergesetzen, Inhalt und Umfang der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, 1957, *Armin Spitaler* i StbJb, 1962/63, s. 405 ff, *R. Thiel* i Gedenkschrift für Armin Spitaler, 1965, s. 195 ff, *H. von Wallis* samme sted s. 207 ff, *H. Spanner* i Festskrift til G. Wacke, 1972, s. 181 ff, *H. W. Kruse* i Festskrift til H. Paulick, 1973, s. 403 ff, *Heinrich Beisse*: Wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht nach Wegfall des § 1 StAnpG, Die Information über Steuer und Wirtschaft, 1977, s. 433 ff samme i StuW 1981, s. 1 ff, *H.-M. Pawlowski* i BB 1977, s. 253 ff, *C. Grimm* i Deutsche Steuer-Zeitung Ausgabe A, s. 283 ff, *W. Maaßen*: Privatrechtsbegriffe in den Tatbeständen des Steuerrechts, 1977, *S. Martin* i BB 1984, s. 1629 ff, *G. Döllerer* i Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht, 1986/87, s. 37 ff, *M. Groh* i StuW 1989, s. 227 ff, *A. Moxter* i StuW 1989, s. 232 ff, *H. Clemm* i Festskrift til F. Klein, 1994, s. 715 ff, *H. Reim* samme sted, s. 1075 ff, *Moris Lehner* i Festskrift til Klaus Tipke, 1995, s. 237 ff, *Joachim Schultze-Osterloh* i AcP 1990, s. 139 ff, *H. W. Kruse* i *Klaus Tipke & H. W. Kruse*: Kommentar zum Abgabenordnung/Finanzgerichtordnung, 1997, ad § 4 AO, tekstciffer 106-110 (med omfattende henvisninger) og *H. G. Ruppe* i *Herrmann, Heuer & Raupach*: Kommentar zum EstG/KstG, Marginnummer 451, 457 (med omfattende henvisninger) samt *P. Fischer* i Deutsches Steuerrecht, 1997, s. 1745 ff.

vilretlige begreber som i henseende til kvalifikaitonen af underliggende retsforhold. Dette forhold ønskedes ændret med § 4 RAO, senere § 1 II StAnpG¹⁶¹. Det har været et omdiskuteret spørgsmål, hvorledes bestemmelseernes forskrift om »Auslegung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung« skulle fortolkes¹⁶². Det kan imidlertid med sikkerhed fastslås, at forskellige opfattelser gennem tiderne har været fremherskende, og at denne meningsvariation lader sig periodeinddele. Inddelingen svarer i store træk til den ovenfor præsenterede periodeinddeling om den overordnede udvikling i opfattelsen af forholdet mellem skatteret og civilret.

I teoriens *første udviklingsfase* udgjorde »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« en almindelig korrektionsmulighed. Denne udlægning stod særligt *Enno Becker* for, hvorved teorien tjente til en almindelig transformation af civilretlige begreber i skatteretlig henseende. Civilretlige begreber tilvejebragte udelukkende en begrebskerne. Her udenom fandtes et begrebfelt, der omfattede alle sådanne sagsforhold, der i kerneindholdet var økonomisk ens indrettet. Anvendelse af civilretlige begreber blev anset som »ein Notbehelf«, hvorved den civilretlige faktumomskrivning udelukkende var et hjælpemiddel til at foretage en typeomskrivning af økonomiske foranstaltninger og forhold¹⁶³. Dispositioners civilretlige formelle ydre ikklædning blev erstattet af dispositionernes reelle økonomiske indhold¹⁶⁴. *Klaus Tipke* anfører om denne periode, at der fremkom resultater, der afveg fra lovgivningen og dennes målsætning i form af en frit svævende økonomisk faktumbedømmelse¹⁶⁵.

Anden udviklingsfase satte ind omkring 1955 som en modbevægelse til den første fase. I denne fase var den overvejende opfattelse, at hvis skattelovgivningen anvendte civilretlige begreber eller knyttede sig til

161. Med vedtagelsen af den nye »Abgabenordnung« af 1977 blev § 1 StAnpG ophævet uden en erstatning herfor.

162. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1286.

163. Fortalere for denne opfattelse var navnlig *C. A. Emge*: Gratisaktien und Steuerrecht. Grundsätzliche Erwägungen über die Beziehung des Zivilrechts zum Steuerrechts, 1923, s. 38 ff, *Kurt Ball*: Steuerrecht und Privatrecht, Theorie des selbständigen Steuerrechtssystems, 1924, særligt, s. 1115 ff, s. 118, og s. 125, og *Enno Becker*: Reichabgabenordnung, § 4. Dog blev denne opfattelse ikke konsekvent efterlevet.

164. Herom er benyttet ord som »die Lebenswirklichkeit«, »den wahren wirtschaftlichen Inhalt«, »den wirklichen Gehalt des Sachverhalts«, »das wirkliche oder reale Geschehen«, »das wirtschaftliche Ist«.

165. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1288.

civilretlige sagsforhold, måtte den civilretlige fortolkning henholdsvis kvalifikation lægges til grund. Som beskrevet ovenfor gjaldt der en forrang for civilretten med baggrund i retssikkerhedstanker og tanker om retsordenens enhed.

Endelig ses, at en *tredje udviklingsfase*, der tog sin begyndelse omkring 1965. Den herefter kerskende anskuelsesmåde lader sig kort sammenfatte således, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« ikke var en skatteretlig særegenhed. Der var i stedet blot tale om en retlig betragtningensmåde, nemlig en teleologisk fortolkningsmetode. Herefter afhang spørgsmålet om, hvorledes et fra civilretten overtaget begreb skulle opfattes af, hvilken målsætning den konkrete lovgivning havde. Vandene skildtes i teorien i denne periode. Visse forfattere antog, at der bestod en formodning for, at begreber der stammede fra civilretten måtte opfattes i overensstemmelsen med begrebets civilretlige indhold, i det omfang anerkendelsesværdige hensyn/formål i skattelovgivningen ikke forlangte noget andet¹⁶⁶. Andre mente, at der i stedet bestod en formodning for et skatteretsspecifikt begrebsindhold der afveg fra civilretten¹⁶⁷. En mellemholdning er, at der hverken består en formodning for eller imod et selvstændigt begrebsindhold¹⁶⁸. Bundesverfassungsgericht har i perioden genoptaget at benytte »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« som argument for en afvigende anvendelse af civilretlige begreber i skatteretten. Det er dog fastslået, at der skal bestå sagligt indlysende grunde for en sådan fravigelse¹⁶⁹.

166. Jf. *W. Gassner*: Interpretation und Anwendung der Steuergesetze, 1972, s. 120 ff (136).

167. Jf. navnlig *H. W. Kruse* i Festschrift til H. Paulick, 1973, s. 404 ff og *Heinrich Beisse* i StuW1981, s. 8.

168. Jf. eksempelvis *W. Hartz*: Die Auslegung von Steuergesetzen, Inhalt und Umfang der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, 1957, s. 11 ff, *W. Steinberg* i Die Steuerliche Betriebsprüfung, 1961, s. 161 ff, *H. von Wallis* i festschrift til Otmar Bühler, 1954, s. 253 ff, *R. Thiel* i Stauerberater-Jahrbuch, 1963/64, s. 181 f, *Klaus Tipke* i JuS 1970, s. 153 ff, *Heinrich Beisse* i StuW, s. 1, 2, og 13 f, *R. v. Groll* i StuW 1977, s. 197 og 202, og *W. Jakob*: Steuern und Einkommen I, 1980, s. 38. Se *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1289, med yderligere henvisninger i note 230.

169. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1290 med henvisninger til praksis.

6.3. Indføring – »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« som teleologisk fortolkningsmetode i nutidig tysk skatteret

I overensstemmelse med moderne opfattelse af skatte- og civilrettens relationer kan man afvise et ensidigt udsagn om, at alle de fra civilretten overtagne begreber skal opfattes i en skatteretlig-økonomisk belysning¹⁷⁰. Det anføres i teorien, at hverken en fritsvævende »wirtschaftliche Betrachtungsweise« eller en civilretsafhængig fortolkning af skattelove fører til rigtige resultater. Tilsvarende kan anføres om den modsatte synsvinkel. I det hele taget savner det mening at løse problemet gennem slagord som udtryk for en større eller mindre sammenhæng mellem skatteret og civilret.

Lovgivningen skal fortolkes teleologisk. Efter nutidens almindelige opfattelse i tysk ret, udgør »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« en metode til teleologisk lovfortolkning, dvs. en økonomisk fortolkning til at bestemme retsfølgen i henhold til lovgivningsmålsætningen. Derimod udgør betragtningsmåden ikke en selvstændig metode¹⁷¹. Således skal den specifikke skatteretlige målsætning lægges til grund ved udfindelsen af det specifikke begrebsindhold ved fortolkningen af et begreb, der ikke udelukkende anvendes i skattelovgivningen. Dette gælder særligt ved anvendelse af begreber fra civilretten. Ved fortolkningen af skattelove er udgangspunktet, at der ikke gælder en teleologisk prævalens for civilretten, jf. ovenfor. Hertil bemærker *Klaus Tipke*, at der imidlertid ikke består en teleologisk enhed mellem skatteretten og civilretten¹⁷².

Snarere skal der tages udgangspunkt i skatterettens teleologi, hvorved det skal efterprøves, om et civilretlig reguleringsindhold også skal medvirke til at bestemme skattelovenes retsfølge. Et civilretligt frem-

170. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1291.

171. *Heinrich Weber-Grellet* anfører om teorien i StuW 1999, s. 311 ff (313) om teorien, at »... Sie ist kein defiziter Modus der Rechtsanwendung, sondern Ausdruck der Emanzipation des Steuerrechts; im 19. Jahrhundert wurden die Begriffe des zivilrechts noch für allgemeingültig gehalten ...«.

172. Jf. Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, s. 1291. Forfatteren anfører: »... Jeder Gesetzbegriff ist nur verständlich aus einer seiner Rolle, der Verwirklichung eines bestimmten Normzwecks zu dienen. Auch gleichlautende Begriffe innerhalb einer Rechtsordnung, ja u.U. sogar innerhalb ein- und derselben Gesetze sind je nach Normzweck variant, relativ; sie sind je nach der zu ordnenden Materie unterschiedlich teleologisch ausgerichtet, von der jeweiligen spezifischen Regulatoraufgabe geprägt. Folglich müssen auch die dem Zivilrecht entnommenen Begriffe aus dem Zweck der jeweiligen Steuerrechtsnorm heraus verstanden werden ...«.

bragt sagsforhold skal herved først kvalificeres civilretligt, og herefter skal det prøves, om dette økonomisk-teleologisk kan henføres til skattelovgivningen som faktum. Dækkes den civilretlige kvalifikation af skattelovgivningens målsætning, antager civilretten dermed en styrende funktion. Fører derimod denne teleologiske fortolkning til et fra civilretten afvigende indhold af et skatteretligt begreb, skal dette fortolkes økonomisk-teleologisk. *Tipke* fremhæver i denne forbindelse, at skatteretten grundlæggende er baseret på evneprincippet men, at også andre sociale hensyn spiller ind. *Tipke* finder det rigtigt, at skatteretten grundlæggende ikke knytter sig til bestemte civilretlige former, men derimod knytter sig til det økonomiske indhold, som den givne form dækker over. Dog findes der situationer, hvor formen netop udtrykker indholdet. Såfremt den civilretlige kvalifikation dækker den skatteretlige kvalifikation, bør en skatteretskyndig komme til samme resultat som en civilretskyndig i samme situation, og må nødvendigvis inddrage civilretlig praksis og litteratur. Såfremt en teleologisk fortolkning fører til, at en skatteretlig anvendelse af et civilretligt retsforhold ikke kan forstås i snæver civilretlig forstand, er det klart, at den skatteretlige kvalifikation ikke kan følge den civilretlige kvalifikation. Såfremt skatteretten anvender begreber som også anvendes i civilretten, og der ikke foretages specifikke henvisninger til de civilretlige begreber medfører dette, at den økonomisk-teleologiske fortolkning anvendes. Flere vigtige begreber fortolkes efter denne metode i tysk skatteret, herunder begreberne *Einkünfte*, *einkommen*, *Bereicherung*, *Vermögen*, *Wirtschaftsgut*, *Umsatz*, *Lieferung* samt også begreber fra den såkaldte Bilanzrecht (regnskabsret) og visse yderligere begreber. På den anden side kan fortolkningen af specifikke skatteretlige begreber også indebære, at civilretten bliver styrende, nemlig når civilretten på træffende vis reflekterer den økonomiske situation.

Selvom »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« antages at være udtryk for en almindelig teleologisk fortolkningsmetode, udtrykker sætningen samtidig en hensynstagen til beskatning i overensstemmelse med evneprincippet og dermed lighedsprincippet. Princippet har klare forbindelseslinier til flere lovbestemmelser i tysk ret¹⁷³. Således kan frem-

173. Se herom eksempelvis *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung*, Band III, 1993, s. 1319 ff, *Dieter Birk: Steuerrecht I – Allgemeines Steuerrecht*, 1994, s. 100 ff og *Otto-Gerd Lippross: Allgemeines Steuerrecht*, 2001, s. 29 ff. I skandinavisk teori er §§ 40-41 AO

hæves de tyske regler om »Organschaft«¹⁷⁴. Videre kan nævnes § 40 AO, der hjemler beskatning af ulovlige eller amoralske handlinger, idet sådanne ikke skal stilles bedre end lovlige og moralske handlinger. Det foreskrives i § 41 AO, at det faktiske økonomiske resultat skal lægges til grund for beskatningen, såfremt ugyldige retshandlinger gennemføres som var de gyldige. Endelig vedrører § 42 AO den skatteretlige behandling af skatteomgåelse, der forudsætter et misbrug af retlige former.

§ 7 Om skatteret og selskabsret

7.1. Generelt

Som en underkategori til den overordnede diskussion om forholdet mellem skatteret og civilret er relationen mellem selskabsretten og skatteretten blevet diskuteret i tysk ret. Disse diskussioner er særligt relevante for foreliggende afhandling.

Kendetegnende for litteraturen herom er, at det beklages, at der ikke hidtil i teori og praksis er blevet ofret tilstrækkelige kræfter på relationen¹⁷⁵. Det kan ofte lægges til grund, at skatteretlige forhold er afgørende for valg af selskabsform. Alligevel er kendskabet til samspillet mellem disciplinerne ganske begrænset¹⁷⁶. Der synes ej heller at kunne udledes generelle konstateringer om forholdet. Derimod er skatterettens indflydelse på selskabsretten, herunder om skatteretten som retskilde på selskabsrettens område, blevet livligt debatteret¹⁷⁷.

I sit bidrag til den 53. Deutschen Juristentag har *Rainer Walz* bidra-

behandlet hos *Sture Bergström*: Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synsvinkel, 1984, s. 41 ff, og §§ 39, 41 og 42, hos *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 111 ff, og s. 237 f.

174. Jf. blandt andre § 14 KStG, § 39 AO om økonomisk medregning af aktiver, hvilket i tysk ret har betydning på forskellige områder, men har sit egentlige anvendelsesområde ved »Vermögensteuer«, »Grundsteuer« og »Gewerbekapitalsteuer«.

175. Jf. *Harm Peter Westermann* i festschrift til Reinhard Goerdeler, Hans Havermann (red.), 1987, s. 697 ff (699).

176. Jf. *Christian Flämig* i *Juristische Schulung* 1978, s. 662 ff. Artiklen udgør første del af i alt syv dele om selskabsrettens forhold til skatteretten gennem selskabets livsforløb. Det lægges til grund, at skatteretten spiller en betydelig rolle i selskabers liv. Forfatteren stiller imidlertid spørgsmålet, om hvorfor skatteretten ikke er blevet behandlet i selskabsretsvidenskaben.

177. Jf. herom infra § 9.

get til at belyse forholdet mellem skatteret og selskabsret¹⁷⁸. Særligt behandles det ovenfor omtalte spørgsmål om »die wirtschaftrechtlichen ordre public«¹⁷⁹. *Walz* afgrænser blandt andet dette overfor grundsætningen om »Einheit der Rechtsordnung«¹⁸⁰. Forfatteren konstaterer (ikke overraskende, jf. ovenfor), at man ved udformningen af skatteretten skal tage hensyn til grundlæggende reguleringshensyn på andre retsområder. Det understreges herved, at der skal tages fornødne hensyn, og at reguleringen ikke må resultere i underminering. Det anføres, at godt nok er disciplinerne forskellige, men begge discipliner skal tage hensyn til de gensidige påvirkninger, og så vidt muligt forhindre værdimodsætninger¹⁸¹. Det er centrale er ikke, hvorvidt der er overensstemmelse ved selve tilknytningen mellem skatteret og civilret, men derimod skatterettens følgevirkninger i denne henseende¹⁸². Skatteretten skal således udformes så den i mindst mulig udstrækning påvirker almindelige selskabsretlige beslutninger. Eksempelvis skal beskatningen ikke medføre sådanne virkninger på valg af finansiering eller selskabsform, at forskellige civilretlige alternativer ikke vælges eller trækkes i en forkert retning grundet skattereglerne. De almindelige beskyttelseshensyn i selskabsretten bør ej heller undermineres af skatteretten, og skatteretten skal ikke gennemtvinge formtvang, når selskabsretten foreskriver formfrihed¹⁸³. Dog erkender forfatteren, at ikke alle konflikter kan løses og, at der skal være plads til skatterettens egne hensyn¹⁸⁴.

178. Jf. Verhandlungen des Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Berlin 1980, Band I, (Gutachten) Teil F: Empfiehlt sich eine rechtsformunabhängige Besteuerung der Unternehmen?

179. Op.cit., s. 47 ff.

180. Forfatteren kritiserer endda denne grundsætning, idet det anføres, at tankegangen tilsyneladende forudsætter noget der ikke findes, nemlig fuldstændig interdependens mellem alle retsregler. *Walz*' egen tese har derimod relevans hvor der kan være tale om forhold, der har indvirkning på centrale retspolitiske anliggender.

181. Op.cit., s. 48.

182. Op.cit., s. 49.

183. Op.cit., s. 52.

184. *Walz* behandler tillige forholdet mellem skatteretten og børsretten. Herom anføres det, at skatteretten helt overordnet ikke må/bør være i strid med de grundlæggende hensyn om investorbeskyttelse og markedets effektivitet. Det anføres, at skatteretten i lang tid har virket forstyrrende for funktionseffektiviteten på kapitalmarkedet, idet der er sket diskriminering af aktieinvesteringer gennem favorisering af fremmedkapitalfinansiering. Videre anføres der om forholdet mellem konkurrenceretten og skatteretten, at skatteretten bør udformes konkurrenceneutralt og neutralt overfor valg af organisationsform samt placering af virksomhed.

I tilknytning til *Walz*' overvejelser fremkom der forskellige ytringer om forholdet mellem skatteret og selskabsret i de følgende diskussioner ved Deutschen Juristentag i 1980¹⁸⁵. Således understreger *Walz* i en diskussion med *Marcus Lutter*¹⁸⁶ sine tidligere fremførte synspunkter og anfører, at selvom hensynene bag disciplinerne er så forskellige, så fører det ikke til noget gunstigt for nogen af disciplinerne, blot at kræve at skatteretten skal være en følgeret til selskabsretten¹⁸⁷. Man skal i stedet vurdere disciplinernes indvirkning på hinanden. Den grundlæggende kritik om at skatteretten har en dårlig effekt på selskabsretten, finder *Walz* hviler på forkerte forudsætninger, idet man overser, at skatteretten har egne legitime målsætninger og, at den har et bredere anvendelsesområde¹⁸⁸. Derfor påpeger *Walz*, at man først skal klarlægge de skatteretlige grundværdier, og først når man ved hvad skatteretten egentlig tilsigter, kan det undersøges, om disse grundværdier er forenelige med selskabsrettens grundværdier. Såfremt der forligger en underminering af selskabsretlig public policy, må der foretages en konkret afvejning af forholdet. Som *Walz* anfører, kan man dog ikke gå ud fra, at skatteretten er bundet af selskabsretlige begreber, der ikke findes i skatteretten¹⁸⁹.

Lignende betragtninger fremkommer hos *Harm Peter Westermann*¹⁹⁰, der anfører, at skatteretten skal holde sig retlige misdannelser for øje, som kan modvirke civilretlige reguleringsprincipper. Forfatteren finder det ønskeligt, om der fandtes et system med gensidig respekt mellem selskabs- og skatteretten. Det anføres hertil, at begge retsdiscipliner er nødsaget til at kvalificere faktum fra andre retsområder men samtidig, at grænsen for denne selvstændige kvalifikation er »ordre public«. Dette indebærer, at civilretten ikke skal fremme skatteomgåelser og, at skat-

185. Jf. Verhandlungen des Dreißundfünfzigsten Deutschen Juristentages, 1980, Band II, Sitzungsberichte, Teil O.

186. *Lutter* anfører op.cit., s. 90, at skatteretten bør have så få indvirkninger som muligt på selskabsretten. *Lutters* udtalelser benævnes af *Herbert Biener*, op.cit., s. 128 ff, som symptomatisk ensidige, idet holdningen tilsyneladende er, at selskabsskatteret ikke er et spørgsmål for selskabsretten.

187. Op.cit., s. 91.

188. Op.cit., s. 166 ff.

189. Op.cit., s. 167. *Walz* anfører i denne henseende, at det er en fejl ikke at udvikle nye begreber mv., der kan medføre mere retssikkerhed og i stedet blot hvile på civilretlige begreber.

190. Jf. Das Gesellschaftsrecht zwischen bürgerlichem Recht, Steuerrecht und Bilanzrecht, i Festschrift zum 65. Geburtstag von Reinhard Goerdeler, Hans Havermann (red.), 1987, s. 697 ff, særligt s. 709.

teretten ikke umiddelbart må medvirke til gennemførelsen af konstruktioner i modstrid med civilretten¹⁹¹. Således tydeliggøres det, at der mellem retsdisciplinerne skal være en gensidig respekt for grundværdier¹⁹². Dog er det ikke muligt for forfatteren at foretage håndfaste udledninger om forholdet og det betones, at der bør iværksættes dyberegående analyser heraf¹⁹³.

Det kan på dette grundlag konstateres, at opfattelsen af forholdet mellem skatteret og selskabsret i vidt omfang tilsvarende den generelle opfattelse af samspillet mellem skatteret og civilret som præsenteret ovenfor.

7.2. Særligt om koncernretten og skatteretten

Civilretten har også spillet en vis rolle i den tyske debat om indretningen af koncernbeskatningen¹⁹⁴. Grundpostulatet er, at den skatteretlige regulering skal tage højde for koncernforetagendernes økonomiske enhed¹⁹⁵. I denne argumentation har der i den tyske diskussion ikke kunnet ses bort fra civilretten, idet særligt argumentationen om retsordnens enhed har haft betydning. Som det erindres, skal lovgiver herefter ved lovudarbejdelsen tage hensyn til grundværdier og hensyn på andre retsområder. Der må så vidt muligt ikke forekomme værdimodsætninger¹⁹⁶. De forskellige målsætninger og hensyn bag selskabsretten og skatteretten kan formentlig siges at medføre, at der ikke skal ske en uindskrænket skatteretlig tilknytning til selskabsrettens grundværdier og hensyn. Selskabsrettens særlige beskyttelseshensyn må imidlertid varetages ved siden af de almindelige skatteretlige hensyn.

191. *Westermann* vender sig herved mod den tanke, at skatteretten skulle underkaste sig civilretten, som fremført af *Crezelius*. Forfatteren anfører s. 710, at nok er civilretten præjudiciel, men at dette ikke betyder at disciplinen har forrang for skatteretten.

192. *Op.cit.*, s. 712.

193. *Op.cit.*, s. 721.

194. Se hertil eksempelvis *Marco Scheuchzer*: *Koncernbesteuerung in der Europäischen Union*, 1994, s. 210 ff.

195. Der henvises yderligere til *Michael Pullen*: *Körperschaftbesteuerung nationaler und internationaler deutscher Konzerne – Eine kritische Analyse aus ökonomische Sicht*, 1994, med en behandling af denne problemstilling og præsentation af forskellige løsningsforslag.

196. Jf. *Marco Scheuchzer*: *Koncernbesteuerung in der Europäischen Union*, 1994, s. 212, med henvisning til herskende tysk teori. Forfatteren understreger, at der ikke heraf kan udledes nogen generel forrang for civilretten. Synspunktet om »Einheit der Rechtsordnung«, skal udelukkende forhindre og formindske forskelligheder i værdigrundlag vedrørende centrale retfærdighedspostulater og retspolitiske målsætninger mellem retsdisciplinerne.

En specifik hensynsafvejning har størst relevans i forbindelse med overvejelser om en generel anvendelse af enhedsteorien, herunder i europæisk sammenhæng. I denne situation må det nødvendigvis undersøges, hvorledes et fremsat reformforslag herom forholder sig til eksisterende civilretlige regler. Under visse forudsætninger må afvejningen antages at medføre det resultat, at der ikke herved konkret ville kunne konstateres værdimodsætninger i forhold til selskabsretten, jf. herom straks nedenfor¹⁹⁷. Resultatet må så meget desto mere gælde ved den begrænsede skatteretlige surrogatanvendelse af enhedsteorien gennem tilgodeseeelse af neutralitetshensynet i specifikke henseender.

Den i tysk ret foretagne analyse har taget udgangspunkt i de overordnede hensyn bag selskabsretten og skatteretten¹⁹⁸. Den almindelige selskabsret varetager overvejende hensynet til selskabsdeltagere og kreditorer. Dette gælder også i koncernretten i de lande, som har en specifik koncernret. I forgrunden står således beskyttelsen af minoritets-selskabsdeltagere og kreditorer mod misbrug af den magt, der i koncernforhold for det herskende selskab udspringer af et underordningsforhold. Her ud over skal også selskabsdeltagerinteresserne i det herskende selskab varetages. Modsat dette er det skatterettens hovedformål at indsamle indtægter til den offentlige husholdning uden, at der hermed er forbundet særlige informations- og beskyttelsesmålsætninger¹⁹⁹. Selskabsret og skatteret forfølger således forskellige målsætninger. På denne baggrund er det blevet fastslået, at der ikke kan fordres en uindskrænket binding af den skatteretlige retsdannelse til selskabsrettens grundværdier²⁰⁰. Formentlig kan der indlæses en tilsvarende erkendelse i *Marco Scheuchzers* videre analyser²⁰¹. Således anføres det, at grundlæggende selskabsretlige beskyttelseshensyn skal indgå på linie med almindelige beskatningsprincipper ved de lege ferenda modelovervejelser om koncernbeskatning. Den konkrete konklusion om, at anvendelse af enhedsteorien i skatteretten ikke fører til nogen værdimodsætninger i forhold til selskabsretten fremkommer under visse forudsætninger. Således antages det, at kreditor og minoritetsbeskyttel-

197. Op.cit., s. 212., der når en tilsvarende konklusion i forbindelse med de lege ferenda undersøgelser af muligheden for en generel anvendelse af enhedsteorien i europæisk sammenhæng.

198. Op.cit., s. 212.

199. Jf. *Marco Scheuchzer*: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 212.

200. Op.cit., s. 212 f.

201. Jf. *Marco Scheuchzer*: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 213 f.

ses hensynet sikres gennem tabsovertagelsesaftaler mellem moder- og datterselskaber eller ved et ubegrænset hæftelsesløfte garanteret af moderselskabet, hvorved koncernselskaberne således udgør en hæftelse enhed i forhold til kreditorer og minoritetsaktionærer. I disse situationer har placeringen af formuegenstande i de enkelte selskaber udelukkende organisatorisk betydning.

Hvor moder- og datterselskaber ikke på grundlag af kontraktlige forpligtelser er forbundet, må selskabsretten efter *Scheuchzers* opfattelse have særlige beskyttelsesforskrifter. Hertil forekommer et forbud mod majoritetsmisbrug på bekostning af minoriteter og kreditorer derfor nyttigt²⁰². Det beherskende selskab må herefter ikke benytte sin indflydelse til at skaffe sig fordele på kontrollerede selskabers bekostning. Dette betinger derfor, at også koncerninterne transaktioner skal behandles som transaktioner med tredjemand. Ved anvendelse af enhedsteorien er der dog ikke forbundet nogen forpligtelse til at foretage en tredjemands sammelignende vurdering af koncerninterne transaktioner. Minoritetsaktionærer i datterselskaber opfattes efter enhedsteorien som aktionærer i koncernen, selvom de civilretligt kun har delejerskab til et af koncernselskaberne og efter gældende ret kun kan rette krav mod dette selskab. På dette grundlag er det muligt at foretage formueoverflytninger i koncernen, der medfører at værdien af minoritetsaktionærernes ejerandele formindskes.

En enhedsteoretisk kvalifikation af koncerner som selvstændige skat-subjekter kan således medføre visse konflikter i forhold til grundliggende selskabsretlige hensyn. I henhold til betragtninger om »Einheit der Rechtsordnung«, skal koncernselskabers civilretlige selvstændighed således også iagttages ved udformningen af et koncernbeskatningssystem²⁰³. Så længe minoritetsaktionærer og kreditorer ikke er beskyttet gennem omfattende hæftelsesløfter, forbliver det en skatteretlig nødvendighed at kunne foretage en resultatplacering for at konstatere om enkelte dele af koncernen udviser korrekte resultater. Det konkluderes på denne baggrund, at et generelt koncernbeskatningssystem udformet i overensstemmelse med enhedsteorien bør indebære en høj grad af civilretlig hensynstagen.

202. Op.cit., s. 213.

203. Jf. Marco Scheuchzer: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 214.

§ 8 Om skatteret og regnskabsret

I tysk ret findes en stærk historisk forbindelse mellem regnskabsretten og skatteretten. Denne forbindelse, der er baseret på en simplificationsstankegang og forbindelse, fremkommer i form af det såkaldte *Maßgeblichkeitsprinzip*, jf. § 5 i EStG²⁰⁴. Heri ligger, at den regnskabsmæssige behandling af givne forhold er styrende for den skattemæssige behandling af samme, med mindre der findes modsatrettede skatteretlige bestemmelser. Dette princip indebærer blandt andet, at hensættelser i mangel af særlige skatteregler herom kan fradrages ved indkomstopgørelsen. På den anden siden er det almindeligt accepteret i tysk ret, at visse skatteregler kan påvirke regnskabet, hvorved opstår en omvendt påvirkning eller *umgekehrte Maßgeblichkeit*, jf. også § 5 I EStG²⁰⁵. Princippet om *umgekehrte Maßgeblichkeit* er dog ikke en egentlig del af *das Maßgeblichkeitsprinzip*. Begge principper har voldt, og volder mange vanskeligheder i tysk ret, og har følgelig været genstand for bestandig kritik²⁰⁶.

Navnlig princippet om *umgekehrte Maßgeblichkeit* er blevet kritiseret. For det første har denne kritik fundet sted, idet der ved brug af princippet skabes store problemer i relation til informationsværdien af det driftsøkonomiske regnskab. For det andet medfører princippet en form for skattediskrimination, idet kun selskaber omfattes, og disse herved kan undlade at gøre brug af visse skatteprivilegier, såfremt de heraf følgende indkomstreduktioner ikke kan accepteres af forretningsmæssige grunde. Endelig er der tvivl om princippet forenelighed med kravet i EU's 4. selskabsdirektiv om et retvisende billede.

Også det ordinære *Maßgeblichkeitsprinzip* blevet kritiseret under hen-

204. Den korrekte nomenklatur er »Prinzip der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz«. Litteraturen herom er overvældende. Se eksempelvis *Klaus Tipke & Joachim Lang: Steuerrecht*, 2002, s. 302 ff, *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung*, Band II, 1993, s. 611 ff, *Albert Krieger i Handelsrecht und Steuerrecht*, Festschrift für Georg Döllerer, Brigitte Knobbe-Keuk m.fl. (red.), 1988, s. 327 ff, og *Brigitte Knobbe-Keuk: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, 1993 samt *Norbert Herzig i The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 7 ff.

205. Dette princip har naturligt led til at der er blevet rejst det spørgsmål om, hvorvidt skatteretten er en ønskelig retskilde på regnskabsrettens område, jf. herom *A. Raupach: Das Steuerrecht als unerwünschte Rechtsquelle der Handelsbilanz*, i *Bilanzrecht und Kapitalmarkt*, festschrift für A. Moxter, 1994, s. 103 ff.

206. Se *Norbert Herzig's* rekapitulation heraf i *The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income*, IFA, 1996, s. 15 f.

visning til de modsatrettede hensyn bag disciplinerne. Dog er der ikke noget der tyder på, at princippet er på vej ud af tysk ret²⁰⁷. Der er i litteraturen søgt argumenteret for en opretholdelse af *das Maßgeblichkeitsprinzip* ud fra tankerne om »Einheit der Rechtsordnung«, og det krav der heraf kan udledes om ikke at isolere skatteretten. Således maner *Georg Döllerer* til forsigtighed, hvad angår fravigelser fra princippets hovedindhold ud fra sådanne betragtninger²⁰⁸. *Klaus Tipke* tilbageviser dog dette argumentationsmønster, idet det anføres, at ideen ikke er bæredygtig, og at Maßgeblichkeitsgrundsætningen må anskues som en simplifikationsforanstaltning frem for en bidrag til tankegangen om »Einheit der Rechtsordnung«²⁰⁹. Når forskellige retsområder forfølger forskellige målsætninger, bliver en ens regulering af de forskelligartede opgaver efter forfatterens opfattelse i hovedreglen ikke rigtig²¹⁰. Skatterettens målsætning er i tysk ret en ligelig beskatning i overensstemmelse med ydeevneprincippet. Dette princip må skatteregnskabet (*Steuerbilanz*) tilsikre. Det er derfor efter *Tipkes* opfattelse et nødvendigt skridt – ikke et tilbageskridt – at stille spørgsmålet om, hvorvidt det driftsøkonomiske regnskab (*Handelsbilanz*), der tilsigter egne målsætninger, nu også kan opgøre det rette skattekrav. Dette forhold overser fortalerne for *das Maßgeblichkeitsprinzip* efter *Tipkes* vurdering alt for ofte, hvorved de samtidig benævner ensartet beskatning i henhold til evneprincippet som »Fiskalismus«²¹¹. Også dette sidste kritikpunkt tilbageviser *Tipke*. Således anføres det, at spørgsmålet ikke drejer sig om at skærpe selskabsbeskatningen, men derimod at tilsikre lighed i beskatningen²¹². Det er således ikke i overensstemmelse med evneprincippet, såfremt skatteyderne selv kan bestemme, hvad indholdet af den tyske pendant til god regnskabsskik (»Grundsätze ordnungs-

207. Dog kan det diskuteres om princippet påvirkes af fællesskabsretten, jf. *Franz-Josef Kolb* i *Steuerrecht und europäische Integration*, Festschrift für Albert J. Rädler, s. 377 ff. Forfatteren anfører dog, at den tætte forbindelse mellem skatteregnskabet og årsregnskabet ikke fører til et krav om regnskabsdirektiv konform fortolkning af national tysk skatteret.

208. Jf. BB 1971, s. 1333 (1335).

209. Jf. *Die Steuerrechtsordnung*, Band II, 1993, s. 612 f.

210. Loc.cit.

211. Loc.cit.

212. Et tilsvarende udgangspunkt i evneprincippet tager *D. Schneider* i flere fremstillinger, herunder artiklen: *Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit*, BB 1978, s. 1577 ff, jf. *Thiel: Bilanzrecht*, 1990, s. 84 ff, og *H.-J. Pezzer* i *DStJG* Band 14, 1991, 3, 6, 7 ff.

mäßiger Buchführung») er, idet princippet alene afklares induktivt, mens evneprincippet stiller krav om en deduktiv afklaring af heraf.

§ 9 Den skatteretlige udfordring for civilretten herunder særligt i forholdet mellem skatteret og selskabsret

Under overskriften »Die steuerrechtliche Herausforderung des Zivilrechts« er behandlet den særlige problemstilling, der vedrører skatterettens betydning for selskabsretten²¹³. Denne problemstilling har særligt haft betydning på selskabsrettens område, hvorfor den tyske litteratur ofte tager udgangspunkt i skatteretligt motiverede valg af selskabsform mv. Dette aspekt af samspillet mellem skatteret og civilret har ligeledes givet anledning til at overveje ønskeligheden af skatterettens civilretlige effekter, hvilket særligt er diskuteret under overskriften »Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?«²¹⁴.

Også i forbindelse med planlægning fra selskabernes side har skatteretten betydning. Således anfører Jens Peter Meincke²¹⁵, at skatteretten har stor betydning på civilretten, og at dette særligt er tilfældet for selskabs- og koncernretten. Forfatteren sonderer mellem *ex ante* og *ex post* påvirkninger. Således har skatteretten betydning ved *ex ante* planlægningen af civilretlige retsformer og civilretlige retshandler. Forfatteren opstiller i denne forbindelse 6 planlægningsmål: (1) retshandleren skal være civilretlig virksom, (2) formindske uønskede hæftelsesfølger, (3) vælge den mest omkostningsnedbringende løsning, (4) fordeling af de opståede omkostninger, (5) opnåelse af skattefordele, (6) begrænse

213. Jf. Rainer Walz: Die steuerrechtliche Herausforderung des Zivilrechts, ZHR 147, 1983, s. 281-312, der s. 282, anfører: »... Daß wichtige Teile des materiellen Privatrechts durch das moderne Steuerrecht »aufgerollt«, daß privatrechtliche Institute durch steuerrechtlich motivierte Gestaltungen »denaturiert« werden, ist freilich keine bloße Gefahr mehr, sondern vollzogene Wirklichkeit ...«. Joachim Schulze-Osterloh anfører, at spørgsmålet om skatteretten som udfordring for civilretten ud over selskabsretten også gælder på købe- og lejerettens område, jf. artiklen i AcP, 1990, s. 140 ff (140). Se også Manfred Groh i BB 1984, s. 304 ff.

214. Jf. første gang Wiedermann: Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, s. 23. Se om »Die Steuerrechtsprechung als unerwünschte Rechtsquelle für die vertragsgestaltung«. Jürgen Pelka i festskrift til Klaus Tipke, 1995, s. 251 ff.

215. I Juristische Schulung, 1976, s. 694 ff.

de skatteretlige omkvalifikationsrisici. Ex post finder forfatteren, at der også opstår spørgsmål om fortolkning mv. For det første opstår spørgsmålet om de civilretlige konsekvenser af skattefølgerne, og for det andet opstår spørgsmålet om skatteorienteret argumentationsmønster i selskabsretten, herunder (1) om skatteretlige afvejninger kan afdække partsviljen, (2) om skatteretten kan afklare civilretlige begreber og spørgsmål og (3) at overtagelsen af skatteretlige grundværdier ikke er udelukket, idet »Einheit der Rechtsordnung« medfører, at der skal forhindres værdimodstrid. For det tredje kan skatteretlig praksis få betydning ved civilretten, idet skatteretten bygger på civilretten, og der ofte er truffet afgørelser i skattesager, der indebærer en civilretlig fortolkning.

På tilsvarende vis har Hans Klingelhöffer behandlet spørgsmålet om skatteretten som faktum i civilretlig regulering²¹⁶. Civilretlige normer kan efter denne forfatters opfattelse, kun fortolkes og anvendes rigtigt når det er klarlagt, om og hvordan de skatteretlige følger er. Dermed virker skatteret og civilret sammen, hvilket ellers – efter forfatterens opfattelse – sjældent forekommer. På baggrund af nogle eksempler konstaterer forfatteren, at der i praksis er en tendens til at løse spørgsmålene punktuelt og uden systematik.

Det er særligt selskabsretsfolk, der har ført an i kritikken af skatterettens indvirkning på selskabsretlige konstruktioner²¹⁷. Dog har synspunktet i litteraturen fået en knap så begejstret modtagelse. Flere gør sig til talsmænd (og kvinder) for, at selskabsretten selv bærer en del af ansvaret for de retlige misfostre, der er fremkommet. Der lader dog til at være enighed om, at påvirkningen skyldes det forhold, at beskatningen ikke er retsformneutral i tysk ret²¹⁸. Det befrygtes særligt fra civilrets- herunder selskabsretsfolk, at skatteretten som centrum for kontraktsudformningerne bøjer vigtige civilretlige reguleringsstrukturer, og endnu videre forårsager en nedbrydning af civilretlige institutter.

Til forsvar for skatteretten er særligt fremkommet et bidrag fra Brigitte Knobbe-Keuk, der direkte retter sig mod den fremførte kritik²¹⁹. Knobbe-Keuk behandler generelt spørgsmålet om, hvorvidt skatteret-

216. I DStR 1997, s. 544 ff.

217. Ført an af *Wiedermann* op.cit.

218. Se herved udtalelserne ved den 53. Tyske juristdag i 1980 og *Rainer Walz'* skriftlige indlæg til samme, jf. *Verhandlungen der Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentages*, 1980, Band I, bidrag F, s. 10 og Band II, Teil O, passim.

219. Jf. *Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?*, 1986.

ten er en uønsket retskilde på selskabsrettens område, men har også det noget større perspektiv om den generelle påvirkning af civilretten for øje. Det anføres, at der bliver udformet mange mærkelige selskabsretlige konstruktioner som følge af skatteretten²²⁰. Forfatteren opstiller modtesen om »die anklager sind die täter«, hvorved forstås, at de af skatteretten forårsagede skadelige hændelser faktisk er forårsaget af selskabsretsfolk. Selskabsretsfolkene sidder således i glashus og skal følgelig ikke kaste med sten. Man skal således ikke lade civilretten bøje sig for opfindsomme konstruktioner, men derimod værne mod sådanne. Harm Peter Westermann tilslutter sig forsvaret hos Knobbe-keuk og anfører, at man kan gå ud fra, at skatteretten er incitament for visse selskabstyper, uden at man herved skal gå ud fra, at skatteretten skal være syndebuk for fejludviklingen²²¹.

220. Forfatteren fremhæver dog også nogle af de gode ting som skatteretten har medført for selskabsretten. *For det første* fremhæves, s. 3, den skatteretlige anerkendelse af organschaft der har ført til anerkendelse foretagendekontrakter i aktieselskabsloven i 1965. Udbyttegaranti og tabsoverførsel var således anerkendt af skatteretten lang tid for selskabsretten. Det anføres, at udviklingen af GmbH-koncernretten ikke kunne have fundet sted uden den skatteretlige støtte. *For det andet* fremhæves, at skatteretten også på koncernområdet har haft stor betydning i relation til maskeret udlodning. Tidligere udløste det nemlig alvorlige konsekvenser, såfremt der blev foretaget maskerede udlodninger. Det anføres, at det ikke er skatterettens opgave at forhindre kapitalbevægelser i koncerner til ulempe for minoritetsaktionærer, s. 4, men at de facto beskyttelsen virker som en refleksvirkning. Ved afskaffelsen af dobbeltbeskatning af udbytteudlodninger er truslen ikke længere så stor, men skatterettens fortjeneste er, at der er kommet fokus på problemstillingen også selskabsretligt.

221. Dog kritiseres *Knobbe-Keuk* for sin opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret, s. 701. *Westermann* anfører således at *Knobbe-Keuk*, ligesom *Crezelius*, opfatter skatteretten som anneks til handels- og selskabsretten og at skatteretten ikke kan fravige civilrettens grundværdier. Det lader dog kun til dels at være tilfældet, idet *Knobbe-Keuk* i anførte værk påpeger, at skatteretten er bundet og derfor ikke kan fravige civilretlige grundværdier selvom der er tale om misdannelser der er forårsaget af civilretten. Der synes ikke at fremkomme generelle ytringer om forholdet mellem skatteret og civilret.

Kapitel 12

Schweizisk ret

I det følgende belyses forholdet mellem skatteret og civilret i schweizisk ret. Emnet har ikke været behandlet i samme omfang, som det er tilfældet i Tyskland, men der er udarbejdet temmelig interessante bidrag, herunder særligt den seneste større fremstilling af *Thomas Koller* i forfatterens habilitationsschrift: *Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete* fra 1993. Resultaterne af denne afhandling og standpunkterne i teorien siden afhandlingens fremkomst præsenteres i det følgende, efter en generel beskrivelse af udviklingen i Schweizisk ret.

§ 1 Generelt¹

Også i Schweizisk ret har udviklingen i teori og praksis været kendetegnet ved varierende standpunkter i kortere eller længerevarende perioder. Autonomiskolen har i skatteretten kun haft få tilhængere. I Schweiz har ønsket om integration indtaget og indtager en tydelig placering i den herskende teori og i praksis. Teorien om skatterettens selvstændighed har aldrig fået rod fæste i Schweiz, og der har ikke været nogen egentlige forkæmpere for en autonom skatteret (*partisans de l'autonomie de droit fiscal*). Ligeledes lader de enkelte perioder i udviklingen sig ikke udkrystallisere med samme tydelighed, som tilfældet er det i tysk ret². Det er ligeledes et kendetegn for schweizisk ret, at diskussionen om forholdet mellem skatteret og civilret mest af alt har drejet sig om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« og skatteomgåelse

-
1. Se eksempelvis herom eksempelvis *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 265 ff, *Peter Locher*: *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, 1983, s. 152 ff, og i skandinavisk litteratur *Dag Helmers*: *Kringående av skattelag – Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt*, 1956.
 2. Jf. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 265.

på den ene side og gengivelsen af skatteretligt betingede indvirkninger på civilretten og mulig reduktion af civilretlige udformningsmuligheder på den anden³. Den følgende fremstilling inddeles i udviklingen i teori og praksis.

1.1. Udviklingen i teorien

Som det allerede er nævnt, har store dele af den juridiske behandling af forholdet mellem skatteret og civilret været præget af problemstillingerne vedrørende skatteomgåelse og »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«. Dette gælder navnlig for de tidlige værker fra schweizisk skatterets »grand old man«: *Ernst Blumenstein*. Særligt vigtig i denne sammenhæng er forfatterens bidrag fra 1919 og 1933⁴. Karakteristisk for *Blumensteins* arbejder er en skarp sondring mellem lovgivningsområdet og retsanvendelsen.

For så vidt angår lovgivningen konstateres det, at der mellem disciplinerne findes forskellige berøringspunkter men samtidig, at der ligger forskellige mål bag. Det konstateres i denne forbindelse, at de adskilende elementer er stærkere end de samlende elementer, hvorfor det efter *Blumensteins* opfattelse som udgangspunkt er acceptabelt at tale om en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse.

For så vidt angår retsanvendelsen (fortolkning), tager forfatteren det modsatte udgangspunkt om, at skatteretten som hovedregel er bundet af civilretten. Der tages dog i denne sammenhæng forbehold for omgælsessituationer.

Blumensteins teser er blandt andet blevet kritiseret for, at de tegner et temmelig diffust billede⁵. På den ene side er han tilhænger af autonomi på lovgivningsområdet, og på den anden side indtager han en blandet holdning, når det kommer til lovfortolkning⁶. Andre forfattere på samme tid berørte ikke direkte spørgsmålet om forholdet mellem skat-

3. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 266.

4. Jf. forfatterens bidrag i festskrift til Eugen Huber: Die bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht, 1919, s. 205 ff, og Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht i Zeitschrift für Schweizerisches Recht 52/1933, s. 141 ff. Værket fra 1919 er præget af de tidlige tyske fremstillinger, herunder navnlig *Ball og Beckers* fremstillinger, og er væsentligt mindre nuanceret end 1933-artiklen.

5. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 267 ff.

6. *Ernst Blumenstein* har selv siden i Archiv für Schweizerischen Abgabenrecht 8, s. 232, benævnt sammenhængen mellem sine synspunkter som: »... Synthese zwischen der Theorie der Verbindlichkeit der zivilistischen Tatbestandsbeschreibung und der Theorie der Selbständigkeit der steuerrechtlichen Begriffsbildung ...«.

teret og civilret, men derimod indirekte gennem behandlingen af skatteomgåelse og »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«⁷.

Den hidtidige generelle opfattelse i Schweizisk teori har i betydeligt omfang været præget af den såkaldte *St. Galler skole*⁸. Denne skole forfægter en moderne fortolkningsteori, hvorefter det styrende fortolkningsmål er lovreglernes ånd eller hensigt som helhed (»sinn der betreffenden Norm als Ganzes«). Man kan herefter ikke udlede begrebs indhold af enkelte retsregler, men ud fra, hvad regelsættet som helhed vil opnå. Et civilretligt begreb kan i sætnings- og lovsammenhæng have en anden betydning end når begrebet betragtes enkeltstående⁹. Denne metodelære benævnes »offenen Auslegungsoptik«. Med denne vinkel blev der givet væsentlige bidrag til forståelsen af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« og dermed til et vigtigt aspekt af forholdet mellem skatteret og civilret.

I tiden efter er teorien blevet nuanceret og drejede sig mere om generelle fortolkningsmetodiske spørgsmål i skatteretten. Diskussionen om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« og skatteomgåelse trådte efterhånden i baggrunden. Dog er de stemmer, der forfægter eksistensen af »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« i forbindelse med skatteomgåelse, aldrig forstummet. Ligeledes har der i nyere tids litteratur fundet en strømning sted i retning af civilretskonform fortolkning, hvilken dog er modificeret i skatteomgåelsessituationer¹⁰.

Endelig har en gruppe af forfattere gjort sig til talsmænd for en helt anden opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret under en såkaldt »fænomenologisk synsvinkel«¹¹. Allerede *Blumenstein* fastslog, at

-
7. Se eksempelvis *Jacob Wackernagel*: Die Steuerumgehung und ihre Verhütung (unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts), Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 26, 1949 og for yderligere henvisninger henvises til *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 282 ff.
 8. Idet fortalerne herfor var professorer på Hochschule St. Gallen. Der er tale om *Ernst Höhm* og *Francis Caginat* med bidragene *Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht*, StR 18/1963, s. 387 ff respektive *Grundsätzliches zur rechtlichen Würdigung der Steuerumgehung*, i festskrift til *Otto K. Kaufmann*, 1989, s. 249 ff. Uden for denne skole skal retfærdigvis også nævnes *Peter Locher* og *Peter Böckli*, der med *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, 1983 respektive *Steuerumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe*, i festskrift til *Francis Caginat*, 1990, s. 289 ff har gjort sig til talsmænd for tilsvarende synspunkter.
 9. Særligt *Ernst Höhm* op.cit. har været fortaler for denne fortolkningsmetode siden 1960'erne.
 10. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 297.
 11. Denne videnskabsteoriretning indebærer, at virkeligheden er forstået og erkendt af mennesker.

der består visse fænomenologiske berøringspunkter mellem skatteret og civilret. En særlig type af disse fænomenologiske berøringspunkter, nemlig de talrige spørgsmål om den faktiske indvirkning af skatteretten på civilretten (særligt handelsretten) har beskæftiget forskellige forfattere¹². Dette var også temaet for den schweiziske juristentag i 1978. En af konklusionerne herfra var, at der gennem skatteretten faktisk sker en indskrænkning af kontraktsfriheden. Det anføres af *Walter Ryser*, at indholdet af civilretlige begreber kan ændres gennem skatteretten¹³. Som et eksempel herpå angives, at skatteretten kan udviske den i selskabsretten nok så vigtige hæftelsesbegrænsning i selskabsforhold. Dette leder forfatteren til at konstatere, at skatteretten medvirker til, at der sker en erosion i relation til autonomien vedrørende retspersonlighed. Bunden nærmes, efter forfatteren opfattelse, gennem en sådan inddragelse og rodfæstelse af skatteretlige koncepter på baggrund af, hvilke privatretslignende tankegange frembringes og begunstiges. I samme skrift undersøger *Jacques-André Reymond* skatterettens indvirkning på selskabsstiftelse, hjemtagelse af overskud, finansiering, omstrukturering og likvidation af selskaber¹⁴. Som særligt interessante eksempler på forvridende effekter fremhæves: økonomisk dobbeltbeskatning af selskab og aktionær, indkomstbegrebet og behandlingen af kapitalgevinster samt international dobbeltbeskatning¹⁵. Forfatteren fremhæver »neutralité fiscale« som et ideal og mål som skattelovgivningen skal tilnærme sig¹⁶. De største mangler i forhold til dette ideal i det schweiziske system kan efter forfatterens opfattelse kun elimineres gennem lovændringer, men ikke gennem en åben fortolkningsmetode.

Om ovenstående er særligt blevet fremhævet, at det forudsættes, at skatterettens påvirkning af civilretten udelukkende findes at være negativ¹⁷. Dette er efter kommentatorernes opfattelse ikke overbevisende,

12. Herom som den første *Pierre Aeby*: De l'influence du droit fiscal sur le droit privé, ZSR 52/1933, s. 279 ff og siden af *Erik Birgelen*: Die Beinträchtigung der handelsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch das Steuerrecht, 1970.
13. Jf. Referat an der 112. Jahresversammlung der Schweizerischen Jusintenviens, ZSR 97/1978 II, Einfluss des Steuerrechts auf das Handelsrecht, s. 137.
14. L'influence du droit fiscal sur le droit commercial – Inégalités et distorsions des lois d'impôts helvétiques, Referat an der 112. Jahresversammlung der Schweizerischen Jusintenviens, ZSR 97/1978 II, s. 297 ff.
15. Op.cit., s. 290 ff.
16. Op.cit., s. 297 og s. 285, hvor følgende fremgår: »... Idéalement, l'impôts ne devrait jamais être prohibitif ou confiscatoire; il ne devrait jamais pénaliser ni favoriser ...«.
17. Se eksempelvis *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 301.

men dog forståeligt når der henses til de anførte eksempler. Ligeledes er det blevet anført, at det er bemærkelsesværdigt, at en afhjælpning kun forlanges fra skatterettens side og at muligheden for civilretlige reaktioner ikke inddrages i diskussionen i modsætning til tilfældet for så vidt angår tysk ret¹⁸.

1.2. Udviklingen i retspraksis

1.2.1. Opbygningsfasen – en autonomifase?

Visse Schweiziske forfattere finder, at man ligesom i Tyskland i skatterettens opbygningsfase knyttede sig til det eksisterende system, hvilket resulterede i en tæt tilknytning til civilretten¹⁹. Heraf udvikledes grundsætningen om civilrettens bindende virkning, hvori der lå, at man ikke i skatteretspraksis ved vurderingen af faktiske forhold uden tvungende grunde måtte fravige fra en formulering, der var lånt fra civilretten²⁰. Det er i denne sammenhæng blevet fremført, at det primært er *Ernst Blumensteins* fortjeneste, at der i Schweiz blev skabt en selvstændighed for skatteretten, navnlig vedrørende diskussionen om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« og skatteomgåelse²¹. Det skulle således efterprøves, om parterne i en konkret situation ud fra skatteomgængelsesmotiver har valgt den givne civilretlige udformning²². Schweizisk skatteret støttede sig til denne opfattelse i omtrent 50 år, og der var endda fortalere som vendte sig mod forbeholdet om skatteomgåelse. Omsvinget til en frigørelsesfase var i Tyskland betinget af særlige omstændigheder, som ikke var til stede i Schweiz. Det var således ikke lovgiver eller doktrin, der lagde grunden for en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse. Derimod var det retspraksis fra Bundesgericht²³. I teorien så man denne praksis som en klar erkendelse af skatterettens selvstændighed og de forskellige mål i disciplinerne, hvilket frembragte en forbedring af retssystemet²⁴.

Andre forfattere anfører, at den første fase i Schweiz indebar en

18. Op.cit. s. 302.

19. Jf. *Peter Locher*: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 1983, s. 163 ff med henvisninger.

20. Jf. *Peter Locher*: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 1983, s. 164.

21. Jf. *Peter Locher* op.cit., s. 165, særligt med henvisning til den supra nævnte artikel af *Blumenstein*.

22. Jf. *Peter Locher*: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 1983, s. 165.

23. Op.cit, s. 164, hvor der henvises til flere skelsættende afgørelser.

24. Jf. *Ernst Blumenstein*: Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, ZSR 52, 1933, s. 141 ff.

udpræget autonom tilgang i modsætning til forholdene i tysk ret²⁵. Først med en vending omkring 1920 var der overensstemmelse mellem forholdene i Tyskland og Schweiz²⁶. Bundesgericht har i sin tidligere praksis fastholdt, at det er det økonomiske indhold, der må tillægges betydning i skatteretlig sammenhæng i stedet for civilretlig form, men har udelukkende begrundet dette med henvisning til sagens natur²⁷.

1.2.2. Den moderate integrationsfase

Særligt en nøgleafgørelse fra 1.12. 1933 vendte billedet. Der var tale om en sag, hvor man i en interkantonal dobbeltbeskatningskonflikt ikke skatteretligt ville anerkende et datterselskab som en selvstændig juridisk enhed, men i stedet ønskede at anse denne som en filial²⁸. Efter en nøje granskning af sin tidligere praksis fandt Bundesgericht, at der ikke var grundlag for at anse de to selskaber for én juridisk person, med mindre der kunne påvises en skatteomgåelseshensigt. Med denne afgørelse indledte Bundesgericht en *integrationsfase*, som var præget af *Blumenstein* og hans omgåelselære²⁹. Der kan dog ikke gives noget tydeligt ensartet billede af retspraksis fra denne integrationsfase på forskellige områder af skatteretten, og perioden må derfor inddeles alt afhængigt af, hvilket område der var tale om.

1.2.3. Den nye emancipationsfase

En udviklingslinie, der påbegyndtes i praksis sent henne i integrationsfasen, medførte en overgang til en fase der på ny indebar en autonom holdning til spørgsmålet om forholdet mellem skatteret og civilret³⁰. Denne ændring kom i midten af 1970'erne og skulle snart blive anerkendt i litteraturen³¹. Dog findes der ikke et tydeligt skel, der skiller den tidligere integrationsfremmende praksis fra denne autonomivenlige

25. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 302.

26. *Thomas Koller* anfører loc.cit., at selvstændigheden af denne tidlige autonomifase i den hidtidige litteratur næppe er erkendt eller i hvert tilfælde undervurderet. Inddelingen hos denne forfatter lægges til grund for foreliggende fremstilling, idet forfatterens analyser forekommer meget velunderbyggede i forhold til de øvrige bidrag på området.

27. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 312.

28. Jf. BGE 59 I 272 ff, om Aluminium-Industrie-Aktien-Gesellschaft (AIAG) og dette selskabs 100% ejede datterselskab: Illsee-Turtmann-AktieGesellschaft (ITAG).

29. Jf. *Thomas Koller*: op.cit., s. 382.

30. Op.cit., s. 384 ff.

31. Se blot eksempelvis *Peter Locher*: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 1983, s. 166 f, med henvisninger.

praksis. Denne praksis medførte endvidere, at Bundesgericht distancerede sig fra skatteomgåelseslæren³². Dog er skatteomgåelseslæren ikke helt forladt fra Bundesgerichts side, idet der i senere års praksis henvises hertil. Det er blevet anført, at den åndelige fader til denne nye frigørelse fra skatteomgåelseslærens snævre bånd er *Ernst Höhn*, der i 1960'erne argumenterede for en fortolkning i overensstemmelse med begrebernes *normsinn*, jf. ovenfor³³.

§ 2 Den seneste udvikling

2.1. Thomas Kollers studier

2.1.1. *Frigørelse fra tidligere betragtningsmåder*

Det hidtil mest omfattende forsøg på en samlet beskrivelse af forholdet mellem skatteret og civilret er foretaget af *Thomas Koller* i forfatterens habilitationsschrift: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993³⁴. I modsætning til overvejende del af den hidtidige litteratur behandler *Koller* det gensidige forhold mellem skatteret og civilret, og begrænser sig således ikke kun til at behandle skatterettens forhold til civilretten.

Det er en forudsætning for *Koller*, at skatteretten ikke udgør et fremmedlegeme i den økonomiske orden³⁵. Studiet indebærer, at der blev taget et skridt i en problemorienteret retning. Anskuelsesmåden var hverken udelukkende privatretlig eller udelukkende skatteretlig, og den ene disciplin skal ikke tillægges forrang frem for den anden. *Kollers* anskuelsesmåde står faktisk over begge discipliner og påpeger forskellige forbindelseslinier og forsøger at løse generelle problemer ved bevidst klargøring og vurdering af forskellige værdielementer³⁶. Som det

32. Dette medførte i nyere skatteretslitteratur, at flere forfattere pressede på for en tilbagevenden til den »gode gamle« omgåelseslære, et pres der dog hidtil er modstået af Bundesgericht, jf. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 392.

33. *Thomas Koller* anfører op.cit., s. 393, at det er et ironisk element i schweizisk skatteretshistorie, at *Höhn* cirka to år efter gennembruddet for den såkaldte »Tranponierungstheorie« gjorde sig til talsmand for en delvis tilbagevenden til skatteomgåelseslæren.

34. Forfatteren har også to år senere i detaljer gennemgået sine resultater i *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Vol. 131, 1995, s. 92 ff: *Privatrecht und Steuerrecht – Ein erschöpftes Thema?*

35. Forudsætningen understøttes at et historisk tilbageblik, jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 23 ff.

36. Op.cit., s. 28 f.

ses, forsøger forfatteren herved at tage udgangspunkt i en ny betragtningensmåde, der hidtil ikke var set i Schweiz³⁷.

Selvom en overfladebetragtning medfører, at der ikke kan konstateres noget fælles koordinationspunkt mellem skatteret og civilret, viser en dybere analyse dog, at der findes en fælles basis, der er uløseligt forbundet, selvom der er forskelligt regelindhold og funktion³⁸. *Koller* finder, at det private erhvervsliv udgør det fælles udgangspunkt for skatteretten og civilretten³⁹. Om privatrettens funktion anføres, at »... In einer Gesellschaftsordnung, die auf einer freiheitlich-liberalen Wirtschaftsverfassung aufgebaut ist und in der den einzelnen Privatpersonen sowie nichtstaatlichen Kollektiven die dominierende Rolle bei der Gestaltung des wirtschaftlichen Lebens zukommt, bildet das Privatrecht die Organisationsgrundlage zur rechtlichen Ausgestaltung beinahe aller wirtschaftlichen Vorgänge ...«⁴⁰. Civilretten vil derfor selv sagt spille en større rolle i en økonomi, hvor der primært findes privat erhvervsliv, mens den vil spille en mindre rolle, hvor der overvejende findes statslige virksomheder. I en liberal økonomi findes der få statsmonopolvirksomheder. Staten varetager derfor oftest opgaver, der ikke altid er forbundet med stort økonomisk afkast. Stater, hvis økonomi primært er indrettet med privat erhvervsliv, har derfor behov for finansielle midler til finansieringen af statens opgaver. Skatteretten stiller rammerne for fremskaffelsen af disse midler. Herved ses det, at også skatteretten spiller den største rolle, hvor der er tale om en stat med primært privat erhvervsliv. Det konstateres, at skat i liberale stater ikke er noget fremmedlegeme. Den funktionelle sammenhæng er blevet betegnet som et produkt af kapitalismen⁴¹. I finansvidenskaben er det en gammel erkendelse, at skatternes betydning skyldes den decentralt organiserede økonomi⁴². Denne sammenhæng har som en naturlig følge,

37. *Koller* erkender dog, s. 30, at være inspireret af den tyske skatteteoretiker *W. Rainer Walz*' arbejder.

38. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 34.

39. Jf. tydeligst artiklen i Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Vol. 131, 1995, s. 95 ff.

40. Jf. Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 34. *Rainer Walz* har generelt i Die Steuerrechtliche Herausforderung des Zivilrechts, ZHR 147/1983, s. 287, om dette forhold anført, at: »... Das Privatrecht stellt den Bürgern die rechtlichen Formen zur Verfügung, mit deren Hilfe und in deren Rahmen sie ihre vermögensrechtlichen Beziehungen im Verhältnis zueinander dezentral regeln können ...«.

41. Jf. herved *Fritz Neumark*: Theorie und Praxis der modernen Einkommenbesteuerung, 1947, s. 21.

42. Jf. herom navnlig *Joseph Schumpeter*: Die Finanzkrise des Steuerstaats, 1918.

at beskatningen må knytte sig til de økonomiske resultater af de retshandlinger, der udspringer af civilretten⁴³. *Koller* finder, at denne sammenhæng ofte bliver overset, særligt af civilretsjurister⁴⁴. Sammenhængen bliver yderligere forstærket ved det forhold, at der i praksis gennem kompleksiteten i moderne erhvervsliv skabes sammenhæng i områderne. Synspunktet er, at primitive virksomheder kræver primitiv civilret og dermed ikke så mange statsindtægter og dermed et mindre udviklet skattesystem. Modsat forholder det sig med et højtudviklet erhvervsliv, der stiller retsordenen over for ganske andre udfordringer.

Forfatteren anbefaler, at de tidligere kontroverser om »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« ikke glemmes⁴⁵. Doktrinen bygger kun på et teknisk aspekt af det gensidige forhold mellem begge retsområder, hvorfor *Koller* ikke finder en sådan indskrænkning berettiget i sin afhandling⁴⁶.

Enhver økonomisk proces har berøring med såvel skatteretten som civilretten. Af denne årsag finder *Koller*, at en ensidig behandling vil være ufuldstændig. Denne ensidighed kan kun tillades i teorien af pædagogiske hensyn, men lader sig ikke retfærdiggøre i praksis. En behandling, der dækker begge områder rejser umiddelbart spørgsmålet om vekselvirkninger mellem områderne⁴⁷, hvilket kan opfattes som et koordinationsproblem⁴⁸. Det gælder om at løse dette problem for hvert forløb i teori og praksis på begge retsområder. Der skal stilles spørgsmålet om, hvordan civilretlige og skatteretlige følger af forskellige ud-

43. Dette udtrykkes af *Thomas Koller* ved at: »... Dieser organische Zusammenhang zwischen Privatrecht und Steuerrecht im modernen Staat hat zwangsläufig zur Folge, dass das Steuerrecht – in welcher (rechtstechnischen) Form auch immer – an die wirtschaftlichen Ergebnisse des Rechtsverkehrs anknüpfen muss, der vom Privatrecht seinen organisatorischen Rahmen und die notwendigen Instrumente erhält ...«. Videre hedder det: »... Steuerrecht und Privatrecht haben so in einem liberalen, weitgehend auf dezentrale Wirtschaftssubjekte ausgerichteten Wirtschaftssystem notwendigerweise den selben organischen Anknüpfungspunkt, die »nämliche gegenständliche Materie«, die ihnen überhaupt erst ihre eigenliche Bedeutung verleiht. Unterschiedlich sind nur die Zwecke dieser beiden Teilrechtsordnungen sowie die Mittel, die ihnen zur Erfüllung ihrer Aufgabe zur Verfügung stehen ...«, jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 38. Se også artiklen i *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Vol. 131, 1995, s. 99.

44. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 38.

45. *Op.cit.*, s. 41.

46. En tilsvarende antagelse er lagt til grund i foreliggende afhandling.

47. *Op.cit.*, s. 43.

48. Koordinationsproblemet som følge af vekselvirkningen udledes af de eksisterende fælles referencepunkter mellem disciplinerne, jf. *Thomas Koller* i *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Vol. 131, 1995, s. 99 ff.

formningsmuligheder til regulering af økonomiske processer fagligt korrekt kan overensstemmes med hinanden. Målet for *Koller* var derfor at påbegynde en problemorienteret anskuelsesmetode. Dernæst var målet at udvikle koordinationsmål- og metoder, samt at klarlægge konkrete eksempler.

Thomas Koller definerer begrebet »koordinationsmål« bredt: »... Koordination ist der Versuch, bei jedem wirtschaftsrelevanten Vorgang ein bewusstes und sachlich aufeinander abgestimmtes Nebeneinander von Steuerrecht und Privatrecht anzustreben. Das oberste koordinationsziel muss dabei darin bestehen, Wertungsdisparitäten zwischen Steuerrecht und Zivilrecht auszuschalten und im Gegenzug Wertungskongruenz zwischen beiden Rechtsgebieten zu schaffen ...«⁴⁹. Forfatteren finder det overbevisende at opstille et grundlæggende krav om kongruens med henvisning til de fælles koblingspunkter for begge underordnede retssystemer i den samlede retsorden. På denne baggrund anføres det, at værdidisparitet mellem civilret og skatteret er retligt og økonomisk inefficiet⁵⁰. Retssystemet må ud fra denne betragtning ikke indeholde modsigelser i værdier og målsætninger. Det ses således, at det øverste koordinationsmål er værdikongruens i interaktionsfeltet mellem disciplinerne.

2.1.2. Grundhensyn – værdielementer

Med udgangspunkt i grundopfattelsen analyserer forfatteren, hvilke hensyn der ligger bag begge discipliner, samt hvilke synspunkter der ligger bag en given afstemning af disse hensyn.

Som civilretligt værdielement nævnes partsautonomien og visse beskyttelseshensyn, der tillægges stor betydning, herunder personbeskyttelse, interesseudjævning mellem kontraktsparter, beskyttelse af tredjemand samt tilvejebringelse af overskuelige forhold⁵¹.

Om skatteretten anføres det, at denne er karakteriseret ved en medfødt principløshed⁵². I henhold til den skattepositivistiske holdning er det lovgivers opgave at afgøre, hvilken skatteopkrævning der er retfærdig. Kun politik kan afgøre dette forhold, ikke retsvidenskaben.

49. Op.cit., s. 44. Der består herved ikke et subordinationsforhold. Se også Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Vol. 131, 1995, s. 100.

50. Jf. Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 45, og Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Vol. 131, 1995, s. 101.

51. Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 57 ff.

52. Op.cit., s. 63 ff.

Herefter behandles de skatteretlige grundsætninger om beskatningens almindelighed og ensartethed efter princippet om økonomisk ydeevne. Endelig behandles andre skatteretlige grundsætninger, herunder kravet om retssikkerhed, forbudet mod tilbagevirkende kraft, fortrolighed osv.⁵³.

På denne baggrund analyseres relationerne mellem de civilretlige og de skatteretlige grundværdier. Særligt fokuseres på det efter forfatterens mest åbenbare spændingsforhold, nemlig mellem partsautonomien og lighedsprincippet i skatteretten. Det konstateres, at man ikke kan se bort fra koordinationsbehovet mellem værdierne fra begge retsområder. Forfatteren konstaterer på baggrund af sin gennemgang, at der ofte vil forekomme et spændingsforhold, og at dette er et »naturgivet« spændingsforhold. Dette antages, at være en tvungen følge af de forskellige funktioner de to discipliner har, og kan som sådan ikke afskaffes af hverken lovgiver eller de retsanvendende organer⁵⁴. *Koller* anfører, at de modstridende værdielementer derimod ved løsningen af konkrete sagsforhold bevidst og sagligt korrekt kan afvejes mod hinanden. Vægtningen af de forskellige værdielementer får dermed forskellige udfald alt efter styrken af de synspunkter, der taler for konkurrerende elementer.

2.1.3. Om afvejning af koordinationsrelevante værdielementer

Thomas Koller behandler spørgsmålet om, hvorledes der skal foretages en afvejning mellem koordinationsrelevante værdielementer i interaktionsfeltet mellem begge områder ved enkelte problemer⁵⁵. Det er efter forfatterens opfattelse udelukket at opstille en generel metode, idet der skal foretages en konkret afvejning i hvert enkelt tilfælde⁵⁶. Derimod er det muligt at opstille nogle generelle retningslinier om, hvorledes der skabes overensstemmelse i konkrete situationer. Dette belyses både ud fra civilrettens hensynstagen til skatteretlige værdielementer og ud fra skatterettens hensynstagen til civilrettens værdielementer. Der rejses herved det spørgsmål om, hvor stor en andel af koordinationskravet den

53. Jf. Privatrecht und Steuerrecht, s. 76 ff.

54. Op.cit., s. 92.

55. Jf. 3. del af Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 97-450.

56. I foreliggende afhandling indgår den konkrete afvejning som et led i den præsenterede evalueringsproces.

enkelte disciplin skal bære. Ligeledes rejses spørgsmålet om, hvem der skal bære koordinationsopgaven. Det antages af forfatteren at være ganske enkelt at svare herpå. Således er koordinationen en opgave for alle involverede, herunder lovgiver (ved udarbejdelsen af generel-abstrakte normer), retsanvendelsesorganerne (herunder domstole og myndigheder med ved anvendelsen af skatte- og civilretten) og de enkelte subjekter (ved udformningen af deres gensidige økonomiske forbindelser)⁵⁷.

Efter den herskende opfattelse i Tyskland og i Schweiz gælder der ikke et subordinationsforhold i forholdet mellem skatteret og civilret. Der er tale om sideordnede discipliner. Det står *lovgiver* frit for at beslutte, om man ved udformningen af skattenormer vil knytte sig til civilretten eller ej⁵⁸. Det antages, at lovgiver så at sige er privatrets-autonom. Selv fortalere for standpunktet om, at skatteretten udgør en annekse- eller følgeret, opfatter som udgangspunkt teorien som rettet mod de retsanvendende organer, mens lovgiver i vidt omfang må indrømmes en frihed til at udforme civilretsafhængige forskrifter.

Efter en temmelig indgående analyse af den historiske udvikling i tysk og schweizisk ret udvikler *Koller* sin egen opfattelse af, hvordan den skatteretlige hensynstagen til civilretlige grundværdier skal tage sig ud⁵⁹. Indledningsvis konstateres det, at de detaljerede studier over litteratur og praksis om forholdet i Tyskland og Schweiz ikke har medført noget klart billede. Forfatteren havde heller ikke ventet noget sådant, når der henses til områdets kompleksitet, økonomiske vigtighed, interessemodsætninger og det store tidsrum diskussionen har løbet i, hvilket nødvendigvis må medføre et sådant resultat⁶⁰. Forfatteren finder, at tysk litteratur har bevæget sig på et mere grundlæggende plan og ikke kun forholdt sig til det sort-hvide spørgsmål om, hvorvidt skatteretten er bundet af civilretten eller ej, og ej heller udelukkende har vedrørt skatteomgåelse og »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«, hvilket har været tilfældet i hidtidig schweizisk teori.

Det følgende arbejde hos *Koller* går ud på at identificere kriterier til skatterettens hensynstagen til civilretlige værdielementer under hensynstagen til afhandlingens overordnede målsætning om højere vær-

57. Op.cit., s. 101.

58. Op.cit., s. 233.

59. Op.cit., s. 394 ff.

60. Op.cit., s. 394.

disammenfald/kongruens mellem skatteret og civilret. Af særligt to årsager lader dette sig ikke besvare med det klichéprægede spørgeskema om skatterettens binding til civilretten. *For det første* er et sådant spørgsmål for unuanceret, og *for det andet* vedrører *Kollers* afhandling ikke kun retsanvendelsen, men også lovgivningsområdet. På denne baggrund formuleres afhandlingens grundlæggende tese: »... *Das Steuerrecht darf grundlegende «zivilrechtliche Ordnungsstrukturen» nicht unterlaufen; vom Zivilrecht vorgegebene Grundinstitutionen und Leitbilder mit imperativem Charakter hat das Steuerrecht zu beachten ...*«⁶¹. Der lægges herved vægt på, at der skal forhindres resultater, der bevirker at centrale retfærdighedspostulater fra andre underrettsdiscipliner forpures. Begrundelsen for tesen er, at bærende retfærdighedspostulater i civilretten og grundlæggende regelintentioner i civilretten ville blive sat ud af drift, såfremt tesen ikke overholdes. Det er *Koller's* opfattelse, at en retsorden der skal kunne bære denne benævnelse, ganske enkelt ikke kan leve sådanne inkonsistenser, selvmodsigelser og modsætningsforhold⁶². Tesen indebærer således, at der efter visse nærmere opregnede kriterier skal tages hensyn til civilretten⁶³.

Kollers konkretiserer sin tese ved først at fremhæve en udvikling i retning af en stigende retliggørelse af skatteretten til et egentligt retsområde⁶⁴. Som den anden hovedfaktor, der har bevirket en øget interaktion mellem begge retsområder, fremhæves den tiltagende socialbinding i civilretten⁶⁵.

Thomas Koller anfører, at påvirkningen af denne udvikling på inter-

61. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 395 og *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Vol. 131, 1995, s. 103. Tesen benævnes »Die Koordinationsgrundsätze« eller »Der Grundsatz der Massgeblichkeit zivilrechtlicher Ordnungsstrukturen für das Steuerrecht«.

62. *Op.cit.*, s. 395.

63. Der henvises for lignende tanker til ovenstående første hypoteses modifikation i Del II, kapitel 7, § 3.

64. Denne konstatering begrundes med skatterettens stigende økonomiske og lovgivningsmæssigt kvantitative betydning. Som udslag heraf fremhæves udviklingen i den schweiziske skatteprocesret, forbedringen af den materielle skatteret og den metodiske udvikling på retsanvendelsesområdet. Forfatteren finder, at tidligere tiders vilkårlige og tyranniske skatteopkrævninger i såvel teori som praksis er blevet retliggjort. Dermed befinder skatteretten sig i dag i en »retlig normaltilstand« og er blevet en almindelig del af retssystemet. Noget tilsvarende må med rette kunne siges om udviklingen i dansk skatteret.

65. På lovgivningsniveau fremhæves de særlige ændringer i dele af kontraktsretten og familieretten under etikette af større socialbeskyttelse. I retspraksis kan der, efter forfatterens opfattelse, spores en tilsvarende tendens uafhængigt af reformiveren i privat-

aktionen mellem retsområderne ikke tidligere er blevet behandlet i Schweiz (og kun sporadisk i Tyskland), men samtidig at det må være klart, at der er en vis effekt. Skatteretten må ikke helt lade civilretten ude af betragtning. Skatterettens skepsis overfor civilrettens udformninger beror i vidt omfang på det forhold, at man forsøger ikke at lade nogen huller til skatteformindskelseskonstruktioner stå åbne. Dette finder forfatteren dog legitimt. Det konstateres videre, at skatteyderne næsten ikke benytter sig af retsudformninger udelukkende med henblik på skatteundgåelse, når disse i henhold til den bindende virkning (som ikke kan påvirkes) er forbundet med betydelige civilretlige byrder og risici, som mere end opvejer skattebesparelsen.

Overvejelserne viser samtidig, at vægtige socialbindinger i skatteretten ved civilretlige udformninger for parternes skyld kun skal tages for pålydende, såfremt der består en ægte interesse modsætning mellem parterne⁶⁶. Eksisterer der intet økonomisk modsætningsforhold, må skatteretten undergive de mellem parterne bestående retsforhold en gennemgang ud fra forholdenes virkelige indhold. Består der således ikke noget interessesammenfald, er der ikke grundlag for at foretage en sådan gennemgang⁶⁷.

retten i situationer, hvor der er tale om magt- eller vidensmæssige niveauforskelle mellem de involverede parter. Der fremhæves eksempler fra produktansvarsområdet og kontraktsretten, jf. *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 398 ff.

66. Op.cit., s. 403.

67. Videre anføres det, at den betydelige privatretlige socialbinding som værdisynspunkt for skatteretten ikke kommer til anvendelse, når parterne gennem et *modificerende retsforhold* («korrekturgeschäft») igen ophæver den bindende virkning (eksempelvis en tilbagekøbsret eller en tilbagekaldelsesret el.lign.). Har noget sådant været hensigten med forskellige dispositioner, kan der tales om en civilretlig simulation (fiktion). Skatteretligt skulle dette ikke volde nævneværdige problemer, idet beskatningen ikke kan knyttes til simulerede retshandler. De *talrige mellemtilfælde*, hvor der eksempelvis ikke er tale om en selvstændig aftale, men blot en modvirkende klausul el.lign., der kun modificerer en del af retshandelens virkninger, er dog vanskelige at håndtere. I sådanne tilfælde kan det oprindelige retsforhold («Ausweichgeschäft») ikke i sin helhed tilside-sættes, men visse af dens virkninger skal dog afsvækkes som følge af den modificerende retshandel. Den modificerende retshandel stemmer ikke overens med parternes økonomiske grundbeslutning, hvorfor denne ud fra en skatteretlig vurdering, ikke tages i betragtning. Den primære retshandel og den modificerende retshandel kommer til sammen denne grundbeslutning nær, uden dog helt at opnå det samme resultat, idet den modificerende retshandel ikke fjerner alle den oprindelige retshandels virkninger. Skatteretten skal se retshandelen i sin helhed og tage hensyn til hvad retshandelens egen forståelse. Dermed skal det i enkelttilfælde afgøres om beskatningen skal følge parternes økonomiske grundbeslutning, fordi de resterende virkninger af den modificerende retshandel praktisk er betydningsløse eller, om der findes tilstrækkelig bindende virkning tilbage til, at beskatningen skal knytte sig til den oprindelige retshandel, og at dette

2.1.4. Grundtræk af skatterettens hensynstagen til civilretlige værdier

Af ovenstående kan der ikke umiddelbart udledes væsentlige bidrag til løsningen af konkrete problemer. *Koller* finder dog ikke, at de indvundne erkendelser af den grund er betydningsløse, idet de udtrykker en ny grundholdning til forholdet mellem skatteret og civilret, som i enkelttilfælde (ved siden af andre faktorer) kan vise sig relevant for konkrete afgørelser. Den tendens, hvorefter civilrettens fremtidige udvikling kan medføre en modsatrettet udvikling, viser den tidsdynamiske dimension, der kan medføre stadige forandringer ved hensynstagen til civilretlige værdier i skatteretten⁶⁸. Ved siden heraf gælder der en punktvis-statisk dimension ved undersøgelsen af, hvilke civilretlige reguleringsstrukturer der ved lovgivning eller retsanvendelse blev lagt til grund på et bestemt tidspunkt.

2.1.5. Hensynstagen til den civilretlige reguleringsstruktur («ordnungsstruktur») i skatteretten

Kollers grundlæggende tese, der kan benævnes som »Der Grundsatz der Massgeblichkeit zivilrechtlicher Ordnungsstrukturen für das Steuerrecht«, må ikke forveksles med postulatet om den bindende virkning af den civilretlige faktumomskrivning⁶⁹. *Koller* lægger sig hermed på linie med *Werner Flume*, som i 1952 udtrykte det således: »... Unsere These besagt, dass die Zivilrechtsordnung, nicht der Zivilrechtsbegriff, vom Steuerrecht zu respektieren ist ...«⁷⁰. Denne tese er blevet behandlet omfangsrigt i tysk og schweizisk litteratur⁷¹. *Koller* kritiserer visse af bidragene for ikke at være tilstrækkelige klare, men finder *Flume* og *Reymonds* bidrag og

stadig kan retfærdiggøres. *Koller* finder på denne baggrund, at det ikke bliver nødvendigt at benytte skatteomgåelsesargumenterne, idet den korrekte fortolkning af skattelovene er tilstrækkelig, op.cit., s. 406.

68. Op.cit., s. 407.

69. Jf. *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 407 ff.

70. Jf. *Steuerwesen und Rechtsordnung* i *Festschrift til Smend*, 1952, genoptrykt i 1986, s. 25, note 25.

71. Således eksempelvis indgående for tysk rets vedkommende *Werner Flume*: op.cit., *Rainer Walz*: *Steuergerichtigkeit und Rechtsanwendung*, 1980, og *Georg Crezelius*: *Steuerrechtliche rechtsanwendung und Allgemeine rechtsordnung*, 1983 og mindre indgående for så vidt angår schweizisk ret *Walter Storck*: *Auslegungsprobleme im Steuerrecht bei Zivilrechtlichen Begriffen und Rechtsgestaltungen* (von der sogenannten wirtschaftliche betrachtungsweise und der Steuerumgehung), 1954 og *Jaques-André Reymond* og *Walter Ryser* med bidrag til det årlige møde i den schweiziske juristforening, 1978, s. 277 ff, hhv. s. 133 ff.

eksempler givtige. På denne baggrund konstruerer *Koller* selv detaljerede eksempler på problematikken⁷². På baggrund af de detaljerede eksempler finder *Koller*, at den abstrakt formulerede grundtese kan konkretiseres⁷³. Eksemplerne har således tydeliggjort, hvad der menes med den grundlæggende tese, at skatteretten ikke må underminere grundlæggende civilretlige regelstrukturer, og at skatteretten skal iagttagende civilretligt på forhånd givne grundinstitutioner og forbilleder. Det er dog ligeledes hensigten for *Koller* at vise, at hans tese adskiller sig væsentligt fra den tidligere forfægtede tese om civilrettens bindende virkning for skatteretten. *Kollers* tese adskiller sig grundlæggende herfra ved følgende:

1. Den traditionelle opfattelse beror i alt væsentligt på en forestilling om civilretten går forud for skatteretten, og dermed er bindende for skatteretten. En sådan almen afhængighed strider mod den kendsgerning, at begge retsområder er ligeværdige og har samme rang i det samlede retssystem. Skatteretten skal ikke stedse indordne sig under civilretten, men kun selektivt i de situationer, hvor skatteretten ellers ville underminere grundlæggende civilretlige reguleringsintentioner.
2. Den traditionelle opfattelse er overvejende begrebs-formelt orienteret, og forlanger at skatteretten skal tage hensyn til begreber fra civilretten. Dette forhold bliver særligt tydeligt ved fortolkningen af skatteregler og ved skatteomgåelsesinstitutet. *Koller* anfører, at forestillingen, i hvert tilfælde som udgangspunkt, er forkert. Skatteretten skal ikke respektere civilretlige begreber, men i stedet civilrettens grundværdier. Det postuleres herved, at den alternativt præsenterede opfattelse ikke er begrebslig-formel men i stedet af materiel-værdiladet natur.
3. Den traditionelle opfattelse er ligeledes ofte koblet tæt sammen med, at skattemyndigheder bliver kritiseret for ikke at tage hensyn til civilretten, når en konkret retshandel underkendes i skattemæssig henseende. I sin kerne er denne bebrejdelse også udtryk for en formel tankegang. Skatteretten kan som alle andre retsområder, ikke forlade sig på den etikette en aftales parter påhæfter denne. Ikke kun skatteretten, men den samlede retsorden, herunder også

72. Jf. herved eksemplerne s. 411-446 i *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993.

73. *Op.cit.*, s. 446 ff.

civilretten selv, må sondre mellem dispositioner foretaget i indre og i ydre forhold. Egenkvalifikationen foretaget af parterne i et retsforhold er praktisk uden betydning, så længe der ikke herved opstår en retstvist. I civilprocessen spiller egenkvalifikationen kun en underordnet rolle. Når det drejer sig om tvingende civilretlige normer, påtvinges en tvangsmæssig dommerskabt fremmedkvalifikation.

Koller påviser, at det i alle situationer er retshandlens indhold, snarere end dens form der skal lægges til grund. Det samme gælder for *Kollers* tese, idet civilrettens reguleringsstruktur som styrende parameter i skatteretten er indholdsbestemt og ikke formbestemt. Skatteretten skal således respektere centrale civilretlige materielle værdiaspekter. I hvilken form disse værdier manifesterer sig, er uden betydning. Hvilke civilretlige værdisynspunkter skatteretten har taget i betragtning og hvilke ikke, lader sig ikke fastslå abstrakt. De relevante reguleringsstrukturer skal i hvert enkelt tilfælde undergives en samlet omfattende ikke-forudindtaget analyse af alle omstændigheder. Ved udarbejdelsen af alle civilretlige værdisynspunkter skal afgøres, om de giver tilstrækkelig tyngde til at medføre en forrang for civilretten overfor skatteretten eller ej, dog stedse begrænset til det enkelte problem⁷⁴. Som afsluttende bemærkning anfører *Koller* i tilknytning hertil, at: »... *So – und nur so – wird keine der beiden gleichrangigen Teilrechtsordnungen gegenüber den anderen benachteiligt. So – und nur so – kann sachgerecht ermittelt werden, welcher Teil der Koordinationaslast im Spannungsfeld beider Teilrechtssysteme dem Steuerrecht und welcher Teil dem Privatrecht zuzuordnen ist*«.

2.2. Praxis og teori siden *Kollers* arbejder

Der er ikke fremkommet standpunkter i schweizisk litteratur mod *Kollers* teser i Schweizisk ret. Faktisk lader det til, at afhandlingen ikke har udløst nogen form for stillingtagen⁷⁵.

74. Op.cit., s. 449.

75. Se dog en kort oversigt over problemstillingen hos *Toni Amonn* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 538 ff. Emnet bliver derimod løbende behandlet for så vidt angår konkrete samspil mellem skatteret og civilret. Det seneste eksempel herpå er *Peter Spori & Martin Moser* i *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 2004, s. 301 ff om Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht.

2.2.1. Praxis vedrørende fortolkning af civilretlige begreber

Det er blevet anført, at Bundesgericht i relation til den kantonale skatteret vilkårligt nægter at tillade fravigelser fra civilretlige begreber og, at det er vilkårligt om skattemyndighederne i nogle sager går ud fra begrebs ydre form og i andre ud fra økonomiske fakta⁷⁶. Herimod har Bundesgericht i relation til de føderale bundesskatter formuleret den regel, at skattemyndighederne kun kan fravige den civilretlige form og erstatte denne med sagsforholdets økonomiske virkelighed, når den civilretlige form er valgt med skatteomgåelse for øje⁷⁷. Ud af denne praksis kan det indirekte sluttes, at civilretlige begreber skal fortolkes i overensstemmelse med disses civilretlige betydning.

2.2.2. Opfattelsen hos Ernst Höhn & Robert Waldburger

Ernst Höhn & Robert Waldburger har redegjort for deres opfattelse af anvendelse af civilretlige begreber i skatteretten⁷⁸. Der sondres indledningsvis mellem to grupper, der kan udsondres i relation til anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretlige love⁷⁹. (1) For det første findes sådanne civilretlige begreber, der udgør faktum på forskellig vis reguleret gennem civilretten. (2) Som den anden hovedgruppe fremhæves civilretlige begreber, der betegner institutter, der frembringes gennem civilretten (som eksempel nævnes aktieselskaber). Forfatterne finder, at civilretlige begreber som anvendes i skatteretlige love, har et sådant indhold, der hænger sammen med den pågældende skattenorm. Denne betydning svarer ikke nødvendigvis til den, der gælder i civilretten. Dette gælder, efter forfatternes opfattelse i særdeleshed, hvor begrebet ikke kun findes i civilretten, men også har en økonomisk betydning og en betydning i daglig tale, der afviger fra det civilretlige indhold. Det anføres, at den civilretlige opfattelse ikke bør være styrende, når vægtige saglige grunde taler for at anvende et begreb med et andet indhold end det civilretlige. Det anføres, at noget andet gør sig gældende i relation til begreber, der betegner institutter der er fremskaffet gennem civilretten. Her taler en stærk formodning efter forfatternes opfattelse

76. *Ernst Höhn & Robert Waldburger: Steuerrecht band I: Grundlagen – Grundbegriffe – Steuerarten*, 1997, s. 162.

77. Loc.cit.

78. Jf. forfatternes bind I af den grundlæggende skatteretsfremstilling: *Steuerrecht*, 1997, s. 163 f.

79. Op.cit., s. 161 f.

for, at begrebet skal opfattes på tilsvarende vis i skatteretten som i civilretten.

2.2.3. Opfattelsen hos Ernst Blumenstein & Peter Locher

Et af de grundlæggende værker i Schweiz er System des Steuerrechts, der påbegyndtes af nu afdøde Ernst Blumenstein og siden videreført af Peter Locher. I denne fremstilling berøres tillige forholdet mellem skatteret og civilret. Fremstillingen vedrører tilsyneladende udelukkende forholdet mellem skatteret og civilret i forbindelse med retsanvendelsen. Forfatterne anfører herom, at et skatteretligt sagsforhold består af to dele (1) den økonomiske proces som sådan og (2) dennes civilretlige fremgangsmåde⁸⁰. Subsumtionen på skatteområdet består derfor af en subsumtion af de økonomiske sagsforhold forud for en subsumtion under de civilretlige normer. Der tales i denne forbindelse om en dobbelt subsumtion, hvorefter der skal foretages en analyse af sagsforholdene ud fra en økonomisk og en civilretlig synsvinkel. Herved fremkommer det, om den civilretlige kvalifikation tilsvarende den økonomiske proces på en passende måde. Det anføres, at først når der foreligger klarhed herom, kan der foretages en fortolkning af den relevante skattenorm. Herefter er det centrale spørgsmål, om skattereglen knytter sig til civilretten, til de økonomisk givne forhold eller ingen af delene⁸¹. Såfremt sidstnævnte er tilfældet, foreligger der en såkaldt skatteteknisk eller skattesystematisk tilknytning. Med dette begrebsgrundlag analyseres skatteomgåelsesspørgsmålet.

Der tages ikke i fremstillingen stilling til de principielle overvejelser som gengivet ovenfor. Dog anføres det, at civilretlige begreber, der af lovgiver anvendes i skattelovgivningen grundlæggende, skal fortolkes i overensstemmelse med deres civilretlige forståelse ved fortolkningen af skattelovgivningen⁸². Ligeledes anføres det, at en fuldstændig løsrivelse finder sted, hvor der sker en skatteretlig ombygning eller udbygning af civilretlige begreber, hvilket kan give anledning til flere problemer. Klarest finder forfatterne forholdet, hvor der opereres med specifikke skatteretlige begreber.

80. Jf. Ernst Blumenstein & Peter Locher: System des Steuerrechts, 1995, s. 27.

81. Op.cit., s. 28.

82. Op.cit., s. 31.

Kapitel 13

Svensk ret

§ 1 Indledning

I nordisk sammenhæng har forholdet mellem skatteret og civilret været tildelt størst opmærksomhed i Sverige. Der er dog ikke grundlag for en inddeling og detaljeringsgrad i beskrivelsen, der svarer til ovenstående vedrørende tysk ret. Analyserne i svensk teori har generelt drejet sig om anvendelsen af civilretlige begreber i skatteretlig sammenhæng samt skatteomgåelse. Ligeledes lader det til, at analyserne primært har omhandlet den skatteretlige retsanvendelse, hvorfor fremstillingen nedenfor udelukkende berører disse aspekter af emnet, dog uden i større omfang at inddrage svensk teori og praksis om skatteomgåelsesproblematikken.

§ 2 Svensk teori

2.1. Ældre teori

I tidlige svenske skatteretlige fremstillinger blev forholdet mellem skatteret og civilret kun sporadisk berørt¹. Seve Ljungman finder, at civilretlige regler efter sagens natur skal anvendes ved skattefordringen². Dette er imødegået skarpt af Carl W. U. Kuylensstierna, der anfører, at spørgsmålet om, hvor langt privatrettens regler gælder, ikke kan søges

-
1. Der tænkes her særligt på Seve Ljungman: Om skattefordran och skatterestitution, 1947, s. 23 ff, Carl W. U. Kuylensstiernas anmeldelse af nævnte værk: Skatterätt och Privatrett – Några reflexioner i anslutning till Seve Ljungmans avhandling »Om skattefordran och skatterestitution» i Förvaltningsrättslig tidsskrift 1950/1, s. 19 ff og samme med en anmeldelse i SvSkt 1950, s. 117 ff, K. G. A. Sandström: Om Skattelagars tolkning och tillämpning, i SvSkt 1952, s. 241 ff, Dag Helmers: Kringgående av skattelag – Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt, 1956. Som undtagelsen hertil behandlede Jan Anders Hagstedt: Om beskattning av stiftelser, 1972, s. 43 ff, emnet væsentligt mere indgående.
 2. Op.cit.

i sagens natur³. Yderligere anføres det, at man ikke uden videre kan give civilretlige synspunkter prioritet i tvivlstilfælde og præsumere deres gyldighed. Man må stedse gribe til lovgivers intentioner.

Endvidere har *K. G. A. Sandström* berørt emnet⁴. Forfatteren sammenfatter forholdet således, at skatteretten i princippet går ud fra et normsystem, der er bygget på civilretlige termer. I visse tilfælde er der dog gjort undtagelse herfra af forskellige årsager, der direkte er angivet i lovteksten. I andre tilfælde savnes en sådan direkte udtalelse i lovteksten. I stedet forekommer det, at der i disse situationer eksempelvis i bemærkninger til et lovforslag, klart er lagt til grund, at en term skal have et andet indhold end det hævdundne civilretlige indhold. Som den tredje og hyppigste situation nævnes sådanne situationer, hvor skattelovgivningen indeholder en civilretlig term, hvis indhold ikke kommenteres. Termen skal efter forfatterens opfattelse tolkes efter sit almindelige civilretlige indhold, men i visse situationer medfører særlige skatteretlige overvejelser, at termen kan omfortolkes⁵.

Hagstedt anfører, at en fortolkning efter de nævnte retningslinier medfører en smidig anvendelse af skatteretten, i modsætning til hvis skatteretten var helt bundet af civilretten⁶. Ligeledes forekommer det efter denne forfatters opfattelse hensigtsmæssigt i størst muligt omfang at undgå at bevæge sig alt for langt væk fra de civilretlige udgangspunkter, idet dette kan medføre negative effekter. Som eksempel på en negativ effekt nævnes, at en omfortolkning af gamle prøvede begreber let leder til en komplicering af det juridiske stof. Som et andet eksempel nævnes usikkerhed om indholdet af gældende ret og en mindskeelse af mulighederne for at forudse domstolenes afgørelser. Dette kan medføre to konsekvenser: (1) legalitetsprincippet må sætte den yderste grænse for, hvor langt en omfortolkning af civilretlige begreber skal være til skatteydernes ulempe, eftersom en reducere af forudsigeligheden strider mod legalitetsprincippets beskyttelsesinteresser. (2) Usikkerhed

3. Jf. FT 1950, s. 24.

4. Jf. *K. G. A. Sandström*: Om Skattelagars tolkning och tillämpning, i SvSkt 1952, s. 241 ff.

5. Anledningen til en sådan omfortolkning kan efter forfatterens opfattelse variere. Det anføres således, at det ikke kan udelukkes, at et princip som »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« også i svensk ret har en vis betydning, ligesom også retfærdighedshensyn nævnes som et muligt omfortolkningshensyn.

6. Jf. *Jan Anders Hagstedt*: Om beskatning af stiftelser, 1972, s. 51.

vedrørende indholdet af gældende ret kan ligeledes føre til en øget procesførelse (indbringelse af skattesager for domstolene)⁷.

Endelig finder *Helmers*, at der savnes et grundlag for fravigelse af civilretlige begrebers normale betydning⁸. En modsat opfattelse gives der dog udtryk for i SOU 1963:52, s. 101.

2.2. Nyere teori – navnlig om Sture Bergströms studier

I nyere tid har udviklingen i svensk ret bevæget sig i en anden retning end i tysk ret. Således har *Sture Bergström*⁹ advokeret for, at problemet vedrørende skatteretlig anvendelse af civilretlige begreber og termer ikke kan løses ud fra generelle udsagn om skatteretten frigørelse eller bundethed¹⁰.

Civilretten benyttes til konstatering af retsfaktum for skatteretten, d.v.s. at retsfølgerne knyttes til visse faktiske begivenheder, der reguleres af civilretten. Forfatteren finder, at det ville være unødigt upraktisk og kompliceret, såfremt der skulle indføres en selvstændig skatteretlig terminologi, hvorfor man bør være forsigtig med at erstatte civilretlig terminologi med skatteretlige udtryk, så længe at man ikke der igennem opnår mere formålstjenlige og effektive løsninger¹¹. Samtidig påpeges det, at disciplinernes forskellige formål skal erindres men, at det er muligt gennem lovgivning at tilpasse den civilretlige terminologi efter skatteretlige forudsætninger i skatteretten. Forfatteren finder det naturligt og ønskværdigt, at skatteretten i stort omfang indeholder og

7. Op.cit., s. 52.

8. Jf. *Dag Helmers*: Kringgående av skattelag, 1956, s. 234.

9. Jf. forfatterens monografi og doktorafhandling: *Skatter och civilrätt – En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang*, 1978, s. 94. Konklusionerne er gengivet i *Private Law and Tax Law*, Acta Universitatis Stockholmiensis *Studia Juridica Stockholmiensia* 61, s. 34 ff, 1979, Afhandlingen er anmeldt af *Sven-Oluf Lodin* i *SvSkt* 1979, s. 720 ff og *Gustaf Lindencrona* i *SN*, 1979, s. 199 ff. *Sture Bergström* har gennem sit forfatterskab tillige bidraget til emnet med afhandlingen: »Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synsvinkel», 1984 og oplægget »Privaträttslig ogiltighet och beskattning» i Del II til det 31. nordiske juristmøde, 1987, s. 93 ff, jf. videre *Stig von Bahr* i *SN* 1988, s. 567, om den skatteretlige behandling af ugyldige retshandler. Hertil kommer en betydelig behandling af skatteudnyttelsesproblematikken.

10. *Gustaf Lindencrona* finder op.cit., s. 202, at det havde været interessant, såfremt *Bergströms* afhandling havde indeholdt en principiel diskussion om værdien af retsordenens enhed på den ene side og en mere fleksible anvendelse af de civilretlige termer på den anden side, idet udviklingen i Tyskland lader til at gå i en anden retning end den retning *Bergström* ønsker for svensk rets vedkommende.

11. Jf. *Skatter och Civilrätt*, 1978, s. 13.

vil komme til at indeholde civilretlige begreber, hvorved forfatterens egen målsætning er berettiget.

Bergström begrænser sig til at behandle civilretlige termers betydning i den skatteretlige retsanvendelse, herunder primært Regeringsrättens praksis. Det findes alt for omfattende, også at skulle behandle spørgsmålet om, hvorledes skattelovgivning skal udformes med henblik på bedst muligt at tilpasse den civilretlige terminologi hertil. På denne baggrund fremhæves hovedformålet med *Bergströms* afhandling til: (1) dels at vise, hvorledes civilretlige termer anvendes i skatteretten, og (2) dels at diskutere på hvilken måde disse termer kan benyttes på mere formålstjenligt i skatteretten. Uden nærmere analyse (grundet pladshensyn og for stor kompleksitet uden selvstændig analyse) lægges det til grund, at retssikkerhedshensynets forudsigelighedskrav bør tillægges betydning ved vurderingen af, hvordan civilretlige termer skal opfattes i skatteretten. Således indgår dette krav i de løsningsmodeller *Bergström* selv foreslår¹². I afhandlingen undersøges en tese om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at gå ud fra civilretlige termers almindelige civilretlige indhold i skatteretten og lade udtrykkenes nærmere indhold ved anvendelsen af forskellige skatteregler bestemmes ud fra, hvad der er mest formålstjenligt ved en samlet bedømmelse. Det anføres, at en sådan fremgangsmåde ikke strider mod den civilretlige begrebsdannelse, forudsat at man går ud fra, at begrebernes kerneindhold (»kernerekvisit«) altid skal være opfyldt.

Det analyseres tillige hvornår civilretlige termer kan anvendes på retshandler, der ikke besidder det kerneindhold, som kendetegner den pågældende term. Afgrænsende anfører *Bergström*, at han finder problemstillingen mindst lige så relevant i situationer, hvor der ikke foreligger skatteundnyttelse, som hvor dette er tilfældet¹³. Grundet *Dag Helmers* grundige analyse i Kringgäende av skattelag, 1959, finder *Bergström* kun anledning til nærmere at behandle skatteudnyttelsesproblematikken relativt kortfattet¹⁴.

I afhandlingens almene del analyseres, hvorvidt der i forbindelse med udarbejdelsen af skattelovgivningen er fremkommet udtalelser om anvendelsen af civilretlige termer. Forfatteren konkluderer, at det først er

12. Op.cit., s. 16.

13. Op.cit., s. 19.

14. Trods denne målsætning spiller skatteomgåelse en stor rolle i *Bergströms* afhandling. Se også *Gustaf Lindencrona* i SkatteNytt 1979, s. 200 for en tilsvarende konstatering.

omkring 1970'erne det kan siges, at man i lovforarbejderne har behandlet spørgsmålet om, hvordan civilretlige termer skal behandles¹⁵. Særligt anbefalede Företagsskatteberedningen i 1975 i en betænkning om fåmandsbolag, at man generelt burde samordne civil- og skatteretlig lovgivning i større udstrækning, end tilfældet var på tidspunktet, så reglerne blev bedre tilpassede til skatteretlige forhold¹⁶. *Bergström* fremhæver endelig det forberedende arbejde i forbindelse med indførelsen af den generelle skatteflugtsklausul¹⁷.

Herefter analyserer forfatteren legalitetsprincippet betydning i forhold til den givne problemstilling og konstaterer, at forudsigelighedskravet har relevans i to situationer. For det første er retssikkerhedsaspekterne et vigtigt argument, når man skal vælge mellem forskellige skatteretlige løsninger, som kan forenes med termens almindelige skatteretlige betydning. For det andet spiller retssikkerhedshensyn en stor rolle som argument for, at man ikke skal anvende civilretlige termer på en anden måde i skatteretten end i civilretten. Forfatteren finder i denne forbindelse, at retssikkerhedskravet af domstolene fordrer anvendelse af en sådan domsskrivningsteknik, at det fremgår af domsteksten, hvordan retten har ræsonneret og efter hvilke principper lignende tilfælde skal bedømmes¹⁸.

Med henvisning til litteratur fra forskellige juridiske områder konstateres det, at forskellige civilretlige termer har forskelligt indhold i forskellige situationer¹⁹. Med udgangspunkt i en artikel af *B. Bengtsson* fra 1962²⁰ analyserer forfatteren, hvorledes de enkelte termers betydning kan tillades at variere i civilretten og konstaterer, at meget tyder på, at civilretlige termer generelt ofte har varierende betydninger i forskellige sammenhænge, og at begrebsdannelsen skal tilpasses funktionelt efter de forskellige reglers målsætning.

15. Op.cit., s. 64.

16. SOU 1975:53.

17. Jf. Ds B 1978:6.

18. Jf. *Skatter och civilrätt*, 1978, s. 75.

19. Særligt undersøges gavebegrebet, koncernbegrebet, arbejdstagerbegrebet og stiftelsesbegrebet. *Gustaf Lindencrona* efterlyser i sin anmeldelse af *Bergströms* afhandling i SN 1979, s. 201, en historisk belysning af udviklingen i civilrettens begrebsdannelse, idet det anføres, at *Bergströms* civilretlige anskuelse er relativ ny civilretligt og, at den ikke har slået i gennem i retspraksis i Sverige eller andre lande. Yderligere efterlyses en diskussion af visse almene problemer, for eksempel om visse civilretlige termer har et mere fleksibelt indhold end andre og i så fald, hvorfor og om den civilretlige doktrin går forud for praksis.

20. Om gåvobegreppet i civilrätten, SvJT 1962, s. 689 ff.

Herefter undersøger forfatteren, hvilken betydning det har, at civilretlige begreber skal opfattes i overensstemmelse med deres civilretlige indhold i skatteretten. Indledningsvis påpeges det i denne sammenhæng, at der også i skatteretten findes utallige skatteretlige termer, der har et varierende indhold i forskellige skatteretlige sammenhænge, hvilket antageligvis beror på, at det er funktionelt at lade termernes betydning variere i forskellige sammenhænge, såfremt man derigennem får forskellige begreber, som er tilpasset efter de enkelte reglers målsætning²¹. På denne baggrund finder *Bergström*, at det ville være mindre tilfredsstillende, hvis ikke også civilretlige begreber kunne tillades at have forskellige funktionelle betydninger i skatteretten med henvisning til forudsigelighedskravet. Sammenfattende konstateres det således, at det må siges at være naturligt at anvende civilretlige begreber på samme funktionelle måde i skatteretten som i civilretten²². Tanken er dog ikke, at termernes indhold skal variere skønsmæssigt indenfor skatteretten med støtte i mere eller mindre løst antagne skatteretlige hensigter og målsætninger. I stedet skal man bedømme den aktuelle situation efter samme forhold som i civilretten. Dette indebærer dog, at termens indhold kan variere indenfor visse rammer for at kunne tilgode de enkelte reglers særlige målsætninger.

Som en naturlig følge af ovenstående må der stilles det spørgsmål om, i hvilke situationer det kan accepteres, at en civilretlig term anvendes i skatteretten i strid med dens civilretlige indhold, hvorved et eller flere af en given terms kernerekvisitter ikke er opfyldt. *Bergström* besvarer dette med, at man grundet civilretlige og økonomiske hensyn bør være forsigtig med at anvende civilretlige termer i strid med deres almindelige civilretlige indhold. Forfatteren er i denne forbindelse uenig med den tyske opfattelse om, at civilrettens »ordningsfunktion« kan fordre ensartet anvendelse af civilretlige begreber i begge discipliner, idet opfattelsen tilsyneladende bygger på en opfattelse af, at civilretlige udtryk har et ensartet indhold i civilretten²³. *Bergström* konstaterer endelig, at en retshandels økonomiske indhold skal tillægges en væsentlig betyd-

21. Jf. *Sture Bergström*: Skatter och civilrätt, 1978, s. 82.

22. Jf. *Skatter och Civilrätt*, 1978, s. 87.

23. Efter min vurdering undervurderer *Bergström* herved, at tysk ret traditionelt har en fastere begrebsdannelse og ikke i samme grad benytter rummelige og funktionelle begreber som tilfældet er i skandinavisk ret. Det skal også erindres, at *Bergström* henviser til ældre tysk litteratur om emnet. Problemstillingen er formentlig ikke så unuanceret i moderne tysk skatteret som det lægges op til hos *Bergström*.

ning ved anvendelsen af skatteregler²⁴. Derfor skal de hensyn som taler for, at en civilretlig term skal opfattes i overensstemmelse med sit almindelige civilretlige indhold, afvejes mod andre tolkningsdata så som transaktionens økonomiske indhold.

Sammenfattende anføres det, at det er upraktisk og forvirrende, såfremt civilretlige termer betegner helt eller delvis andre forhold i skatteretten end i civilretten. Det er derfor forfatterens opfattelse, at forskellige civilretlige udtryk normalt ikke skal gives et alt for afvigende indhold i skatteretten og de elementer, der er fælles for alle de begreber, som er omfattet af en term i civilretten, bør kunne genfindes hos de forskellige skatteretlige begreber²⁵. Dette synspunkt er i overensstemmelse med civilretlig begrebsdannelse, og synes efter forfatterens opfattelse at være en acceptabel løsning ud fra et retssikkerhedssynspunkt.

2.3. Seneste udvikling i teori og praksis

Det må antages, at *Sture Bergströms* resultater vedrørende anvendelsen af civilretlige termer i skatteretten også i dag er udtryk for den almindelige opfattelse i svensk ret²⁶.

Efterfølgende har forholdet mellem skatteret og civilret været behandlet af *Göran Grosskopf & Kurt Grönfors*, for så vidt angår forholdet mellem aftaleret og skatteret²⁷. Som nævnt finder disse forfattere, at *Bergströms* analyser fortsat er udtryk for gældende ret. Dog bemærkes

24. Op.cit., s. 90.

25. Op.cit., s. 94.

26. Se således *Göran Grosskopf*: »Finns det en särskild skatterättslig civilrätt«, i festskrift til Kurt Grönfors, 1991, s. 212, hvor det anføres, at Bergströms analyser stadig har relevans, trods det forhold at skattedomstolene i stigende omfang har undergivet transaktioner en helhedsvurdering, mens de på tidspunktet for udarbejdelsen af Bergströms afhandling ikke var tilbøjelige hertil. Dette forhold har primært betydning for skatteudnyttelsestransaktioner. Skatteretten bygger således på civilretlige termer og begreber og anvender disse i den betydning de har indenfor civilretten. Yderligere kan henvises til *Leif Gäverth*: Stödbrev – Borgensliknande handlingar utställda företrädevis för svagt kapitaliserade bolag, 1994, s. 180 ff, *Christer Silferbergs* afhandling: Gåvobeskattningen i nordiskt perspektiv, 1992, s. 13 ff, og *Göran Grosskopf & Kurt Grönfors* i SN 1990, s. 353 ff. Se endelig *Teresa Simon Almendal*: Skatteanpassade transaktioner och skattebrott, 2005, s. 141 ff. Også i officielle udredninger er synspunktet blevet underbygget. Således lægges det i Prop. 1989/1990:110, s. 531 og 712, i forbindelse med en skattereform til grund, at skatteretten bygger på civilretlige termer og begreber og anvender disse begreber i den betydning de har i civilretten.

27. Jf. SN 1990, s. 353 ff. Se også *Nerep* i SvSkT 1989, s. 342 ff, vedrørende leasing, og *Stig von Bahr* i SN 1988, s. 567 ff, navnlig vedrørende den skatteretlige virkning af civilretligt ugyldige forhold og i oversigtsform *Ulrika Rosander* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 525 f.

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

det, at der tilsyneladende i retspraksis kan spores en tendens til en tydeliggørelse af bundetheden mellem skatteret og civilret. Denne udvikling ekspliciteres med henvisning til Regeringsrättens udtalelser i RÅ 1989 ref. 62, I og II, hvor det hedder, »... *Skatterätten utgår från civilrätten och rättshandlingarna skall inom skatterätten ges samma innebörd som inom civilrätten. Undatag från denna huvudprincip skall dock enligt regeringsrätten göras, om särskilt starka skäl talar för att ett särskilt skatterättsligt rättsläge tillskapas. Vid bedömningen av frågan, om ett sådant annat rättsläge skall tillskapas, skall dock stor restriktivitet iaktas ...*«. Forfatterne finder, at der ved tanken om at skatteretten skal følge civilretten, grundlæggende er tale om en sund tanke. Det forhold, at civilretten bestemmer indholdet af de foretagne transaktioner, og skatteretten behandler effekterne heraf, formulerer forfatterne som udtryk for at civilretten er primus og skatteretten er sekundus. Hermed skabes »ordning och reda«, så længe det er muligt at kvalificere de civilretlige retshandler tilstrækkeligt klart. Med kompliceringen af samfundets forhold, og dermed også af civilretten opstår der risiko for, at der opstår en skatteretlig civilret, som ikke stemmer overens med civilrettens »civilret«. Forfatterne er af den opfattelse, at moderne civilret ofte fordrer, at skatteretten som udgangspunkt er bundet af civilretten, men at der kan foretages fravigelser, hvor der foreligger »mycket starka skäl« herfor eller (eller måske rettere herunder), hvor forholdets civilretlige indhold kun vanskeligt lader sig kvalificere, hvorved usikkerhedden følgelig bliver stor.

Den herskende opfattelse i svensk ret har også smittet af på dansk teori²⁸.

28. Se hertil Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 58 og samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 247 ff. Denne forfatter anfører, at Bergströms resultater er væsentlige bidrag til forståelsen af forholdet mellem civilret og skatteret i nordisk teori. Til trods for, at den skatteretlige retstilstand i Sverige afviger væsentligt fra Danmarks, har de civilretlige konklusioner betydning for dansk ret grundet paralleliteten i almindelige formueretlige principper, jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 251. Dansk retspraksis lader ikke umiddelbart til at forfølge en tilsvarende konsekvent linie.

Kapitel 14

Norsk ret

§ 1 Indledning

Ligesom i dansk ret lader forholdet mellem skatteret og civilret ikke til at have haft den store bevågenhed i norsk skatteret¹. Emnet er således sparsomt behandlet i norsk teori, og en egentlig analyse af forholdet i norsk domstolspraksis ligger uden for afhandlingens målsætning.

-
1. Se oversigten hos *Bettina Banoun* Omgåelse av skattereglene, 2003, s. 269 ff. Med henvisning til ældre litteratur konstaterer forfatteren den hovedregel, at man ikke ved retsanvendelsen er bundet af forskellige begrebers civilretlige indhold. Nedenstående udsagn om, at begreber bør gives samme indhold, ses på denne baggrund at fremkomme uden formel binding og må derfor ses som udslag af retspolitiske betragtninger. Forfatteren fremhæver dog en række hensyn for og imod generelt at tillægge forståelsen af et begreb på andre retsområder betydning ved den skatteretlige fastlæggelse heraf. Det anføres, at almindelig sproglig forståelse af skattelovgivningens udtryk ofte giver associationer til den civilretlige bedømmelse af retsforholdet. Som hensyn for at fortolke begreber *ensartet* anføres: legalitetsprincippet, hensynet til konsekvens, harmoni og forudberegnelighed, samt procesøkonomiske hensyn om at undgå sagsanlæg. Som hensyn der kan føre til en skatteretlig fortolkning, der *afviger* fra andre retsområder fremhæves: den omstændighed, at ikke-skatteretlige retsområder, herunder civilretten sjældent frembyder entydige løsninger, hvorfor en fuldstændig belysning vil være en uoverstigelig opgave. Hertil kommer hensynet til retsforholdets økonomiske sider, omgælsesmomenter, formålet bag skattebestemmelserne, vurderingen af det tekniske skatte-resultat, lighedshensyn, ønsket om reel og effektiv beskatning samt andre skatteretlige hensyn. Yderligere fremhæves det, at der på skatteområdet kan tages hensyn til vægten af lovteksten, almindelig sproglig forståelse, legalitetsprincippet, konsekvens, harmoni, forudberegnelighed, effektivitet, lighed, procesøkonomi, lovgivers forudsætninger mv. – altså de samme hensyn, som kan tale for en kongruent begrebsopfattelse. Derimod behøver disse hensyn dog ikke nødvendigvis at indebære, at det er en privatretlig bedømmelse, der skal foretages. Forfatteren påviser, s. 271 f, at Høyesteret i Norge kun yderst sjældent har foretaget en direkte henvisning til civilretten, herunder også ved inddragelse af reelle hensyn. Forholdet mellem skatteret og privatret er tillige behandlet af *Harald Hauge*: Realisasjonsprincippet som periodiseringsregel, 2001, s. 37 ff. Forfatterens fokuserer dog overvejende på realisationsprincippets forhold til privatretten.

§ 2 Norsk teori

2.1. Frederik Zimmers opfattelse

Frederik Zimmer har gennem sit forfatterskab flere gange gjort sig overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. I forfatterens doktorafhandling fra 1978 ses så vidt vides det første egentlige bidrag om forholdet mellem skatteret og civilret². Forfatteren finder indledningsvis, at der under overskriften »Forholdet mellem privat og skatteret« rummes flere problemstillinger som skal holdes adskilte. Særligt fire hovedproblemer udsondres: (1) Et – meget praktisk- men efter forfatterens opfattelse, kun begrænset udforsket – problem er skatterettens indvirkning på privatretlige dispositioner. (2) Dernæst omtales spørgsmålet om civilrettens anvendelse på selve skattefordringen³ og (3) rent administrative sammenhænge. Endelig (4) finder forfatteren, at det mest principielle spørgsmål om forholdet mellem civilret og skatteret ligger på metode- og retskildeplanet og knytter sig til brugen af privatretlige begreber i skatteretten. Til spørgsmålet, om man i skatteretten er bundet af begrebers civilretlige indhold, eller om skatteretten er autonom i forhold til civilretten konstateres, at dette sidstnævnte spørgsmål, med undtagelse af omgåelsesproblemet, kun har været meget sporadisk behandlet i norsk teori. *Zimmer* fremhæver, at problemet kan dukke op i forskellige varianter, som nærmere uddybes. Skattelovene bruger ofte ord og udtryk, som er hentet fra privatretten, og der kan ved tolkning af skattelovene opstå tvivl om bedømmelsen af et retsforhold i relation til lovens udtryk. Tilsvarende spørgsmål kan fremkomme, hvor den pågældende skattelov ikke direkte bruger ord og udtryk fra civilretten, men hvor det civilretlige begreb alligevel har betydning. Således anfører *Zimmer*, at spørgsmålet i sin generelle form vedrører skatterettens brug af privatretlige begreber, uanset om begrebsbetegnelserne er benyttet i skattelovgivning eller en civilretlig lovgivning, og videre at spørgsmålet er, om eller i hvilket grad man i skatteretten er bundet af begrebets civilretlige indhold. Spørgsmålet har efter forfatterens opfattelse særligt betydning, hvor afvigelsen eventuelt

-
2. *Frederik Zimmer: Arv og skatt – Særlig om inntektsbeskatning omkring dødsfall*, 1978, s. 22 ff. Afhandlingen er anmeldt af *Sture Bergström* i *SkatteNytt* 1979, s. 381 ff. I 2. udgaven af samme værk fra 1990 fremføres tilsvarende betragtninger s. 44 ff.
 3. I forfatterens *Lærebok i skatteret*, 2002, s. 39, klassificeres skattebetalingsretten som en speciel pengekravsret.

sker i skatteydernes disfavør. Hertil konstateres det, at der er enighed om, at man skal tage udgangspunkt i begrebers civilretlige indhold.

Zimmer tager herefter udgangspunkt i lovgivers situation. Med skattelovgivers typiske tidspres og det forhold at det er civilretlige forhold, der skal reguleres in mente, finder forfatteren, at det er nærliggende at benytte allerede kendte begreber, som tidligere har været anvendt. Tidspreset leder ofte til, at der ikke er foretaget nærmere analyser af alle varianter, som kan tænkes at opstå og, at der hermed burde udfærdiges særregler om.

I førsteudgaven af nævnte afhandling finder *Zimmer*, at den påstand, at lovgiver ville have ytret det, såfremt et begreb ønskes tillagt et andet indhold end i civilretten, må siges at være urealistisk for norsk rets vedkommende⁴. Det påpeges, at legalitetsprincippet sætter grænser for hvor langt man kan gå i retning af at ilægge et andet indhold i civilretlige begreber, når de bruges i skatteretten. Generelt er det forfatterens opfattelse, at det for norsk rets vedkommende kan siges, at den privatretlige begrebsdannelse vil danne udgangspunktet når begreber skal anvendes i skatteretten, men samtidig at der er plads til også at anlægge skatteretlige synspunkter, som kan lede til et andet resultat⁵.

For det første anføres i denne relation, at det naturligvis kan tænkes, at der i skattelovgivningen eller forarbejderne udtrykkeligt er anført, at et civilretligt begreb skal have et andet indhold end i civilretten. Den rene udgave af dette spørgsmål opstår efter forfatterens opfattelse, hvor der ikke findes sådanne holdepunkter i lovgivningen eller forarbejderne, men hvor en fravigelse fra civilrettens begreb må begrundes i reale hensyn (forholdets natur)⁶. Det er i den forbindelse et vigtigt moment for *Zimmer*, hvor skarpt tilskåret det civilretlige begreb er, og herunder hvor vidtgående privatretlige retsvirkninger der knytter sig til afgrænsningen. *Zimmer* finder for eksempel, at man kun i begrænset omfang har været tilbøjelig til at give begrebet aktieselskab et andet

4. Jf. K. G. A. Sandström: Om skattelagars tolkning och tillämpning, SvSkT 1952, s. 248-249 for svensk rets vedkommende.

5. Sml. Magnus Aarbakke i TfR 1974, s. 464, hvor han i en anmeldelse af J. A. Hagstedts bog: Beskattning av stiftelser, 1972, (svensk ret) finder bogens synspunkter om forholdet mellem skatteret og civilret frugtbar for så vidt angår norske forhold.

6. Denne antagelse kritiseres af Sture Bergström i SN 1979, s. 381 ff (383). Forfatteren anfører, at det ikke er nødvendigt at udforske et retsforholds natur. I stedet foreslås det, at besværlige grænsespørgsmål afgøres ud fra hvad der er mest hensigtsmæssigt i skatteretlig henseende, hvorved forfatteren anser det for mest hensigtsmæssigt at gå ud fra begrebernes fælles kernerekvisitter, som normalt bør gælde i skatteretten.

indhold end i selskabsretten. Dog konstateres det, at mange begreber ikke har noget entydigt indhold i civilretten, idet udviklingen af relationsbestemte begreber er et fremtrædende træk i moderne ret og retsvidenskab. Sådanne begreber har gerne en kerne, hvor indholdet er klart, men som ud mod periferien kan være afhængigt af sammenhængen. I sådanne tilfælde skal der mindre til at fravige begrebets privatretlige indhold i periferien end i kernen⁷.

For det andet kan der udsondres en tilfældegruppe, hvor en nærmere afgrænsning af begrebets indhold ikke har betydning, eller udelukkende har underordnet betydning i privatretten, men dog har stor betydning i skatteretten. I sådanne tilfælde er der strengt taget ikke tale om at fravige begrebets civilretlige indhold, men snarere at præcisere det til skatteretlig brug.

Endelig som en tredje gruppe udsondrer *Zimmer* de tilfælde, hvor man i skatteretlig sammenhæng må karakterisere et retsforhold på områder, hvor dette ikke er nødvendigt i civilretten⁸. Selvom spørgsmål der hører hjemme i de to sidstnævnte grupper kun har ringe eller ingen direkte betydning i civilretten, betyder dette imidlertid ikke, at det er værdiløst at tage sit udgangspunkt der, når skattespørgsmål skal løses. Nærmere analyser af retsforholdenes natur, som er nødvendige for en grundig drøftelse af skattespørgsmålet, kan komme til nytte også for behandlingen af tvivlsomme civilretlige spørgsmål. Herved kan det siges, at skatteretten medfører en frugtbar tilbagevirkning på civilretten. Det er således *Zimmer's* opfattelse, at skatteretten ikke bare bygger på civilrettens begreber, men også ofte har noget at give tilbage.

Sammenfattende konkluderer *Zimmer*, at det fremhævede materiale underbygger den opfattelse, at der ikke i norsk ret gælder en regel, om at man ved retsanvendelsen i skatteretten er bundet af begrebernes civilretlige indhold. Hvor langt man kan fjerne sig fra dette, beror på de nærmere omstændigheder og legalitetsprincippet sætter grænser for hvor langt man kan gå⁹.

Ud over ovenstående bemærkninger har også *Frederik Zimmer* i forfatterens Lærebok i skatterett, behandlet spørgsmålet¹⁰. Således anføres

7. Også *Harald Hauge* betoner betydningen af relationsbegreber, jf. Realisasjonsprincippet som periodiseringsregel, 2001, s. 39.

8. Der gives eksempler herpå hentet fra dødsbøbeskatningsretten.

9. Jf. *Frederik Zimmer*: Arv og Skatt – Særlig om inntektsbeskatning omkring dødsfall, 1978, s. 27 f, og 1990, s. 48.

10. Jf. 4. udgave, 2002, s. 43 f, og s. 65 ff.

det, at skatteretten har vigtige kontaktflader mod privatretten. Særligt mange skattespørgsmål består i at bedømme civilretlige retsforhold i lyset af skatteregler. Det anføres derfor, at en god skatteretlig analyse ofte forudsætter indsigt i og forståelse for civilretlige forhold. Det anføres, at det er et vigtigt, men ofte overset spørgsmål, hvordan skattereglerne indvirker på civilretlige dispositioner (konkret eksemplificeres ved blandt andet skattemotiverede selskabsstiftelser mv.), hvorved skatteretten kan skabe civilretlige problemer. For så vidt angår skattelovgivningens forhold til civilrettens begreber bemærkes, at skattelovgivningen netop i stor udstrækning bygger på begreber som hører hjemme i civilretten (aftale, køb, leje, ægteskab, aktieselskab osv.). Det påpeges som et vigtigt spørgsmål, hvordan sådanne begreber skal fortolkes i skatteretlige sammenhænge. For *Zimmer* gælder det utvivlsomt, at sådanne begreber skal gives samme indhold i skatteretten, som de har i civilretten, sml. udredningerne ovenfor. Som en udbygning til ovenstående anføres imidlertid, at dette udgangspunkt skal modificeres i to retninger. For *det første* opererer civilretten ikke altid med entydige begreber. For *det andet* kan der blive tale om at fravige begrebernes civilretlige indhold ud fra omgængelsesbetragtninger. Begreber med et klart defineret civilretligt indhold, vil praktisk talt altid blive lagt til grund også i skatteretten. Relationsbestemte begreber har en nogenlunde fast kerne, som lægges til grund i alle privatretlige relationer men således, at der i nogle sammenhænge opstilles yderligere vilkår. Det anføres, at når skatteretten benytter sådanne begreber, skal der formodentlig mindre til at fravige dets indhold i periferien end i kernen. *En tredje tilfældegruppe* findes at være sådanne situationer, hvor et begreb har lille eller ingen betydning i civilretten, men har stor betydning i skatteretten. Ofte må der tages stilling til sådanne begrebers skatteretlige indhold, selv om dette ikke er nødvendigt civilretligt, idet der ikke knytter sig civilretlige retsvirkninger til klassificeringen. *Frederik Zimmer* finder, at man i den forbindelse må analysere begrebets eller retsforholdets privatretlige realitet og på grundlag heraf bedømme, hvordan begrebet eller retsforholdet skal karakteriseres skatteretligt¹¹.

Her ud over er emnet kun behandlet sparsomt i norsk doktrin. Dog har de særlige omgængelsessituationer tiltaget sig en vis bevågenhed¹². Det

11. Loc.cit. Dette har eksempelvis været nødvendigt ved leasingaftaler, jf. *Hugo Matre* i *Skatterett* 1991, s. 241-69.

12. Der kan i den forbindelse henvises til *K. H. Kvistli*: *Innføring i skatteretten*, 1962,

kan udledes heraf, at de norske domstole ikke ubetinget har opfattet sig som værende bundet af civilrettens termer og institutter. Jo friere man i skatteretten står i forhold til civilretlige begreber, desto lettere vil det være at tolke skattelovgivningen, så den dæmmer op for omgåelser. Denne problemstilling behandles ikke nærmere her, men det skal bemærkes, at der lader til at være enighed om eksistensen af en ulovfæstet omgængelsesklausul i norsk skatteret¹³. Det nærmere indhold er dog uklart, og der fremkommer ikke udsagn i litteraturen om forholdet mellem skatteretlig lovgivning og civilretten på et mere overordnet plan.

2.2. Særligt om skattereglernes betydning i civilretlig sammenhæng

I norsk ret har et af de i foreliggende afhandling behandlede deltemaer tillige været undergivet en vis behandling. Der er tale om skatterettens indvirkning på civilretten, herunder hvorledes skatteretten indvirker på borgernes civilretlige adfærd¹⁴. Uden kendskab til skattereglerne vil det ofte være vanskeligt eller umuligt at gennemføre et privatretligt ræsonnement tilfredsstillende. Teorien peger særligt på to tilfældegrupper; (1) Den enkleste situation, hvor skattereglerne i og for sig er klare, men hvor skattereglerne spiller en rolle, for hvilket handlingsalternativ en person eller et selskab vælger. Eksempelvis kan forskellene i skattereglerne for aktie- og personselskaber være grunden til den ene, og ikke den anden selskabsform vælges i det aktuelle tilfælde¹⁵. (2) Mere kompliceret anses det at være i de situationer, hvor skattereglerne har indvirkning på den civilretlige løsning. Dette kan ske gennem lovfortolkning og anden retsanvendelse, kontrakts- og testamentefortolkning,

Frederik Zimmer: Lærebok i skatterett, 2002, s. 54 ff, *Magnus Aarbakke* i *Lov & Rett* 1970, s. 1 ff, *K. Woldseth*: Problemer i forbindelse med omgængelse av skattelovene («kringgåendeproblemen») i NSFS nr. 3, 1976, s. 57 ff, *Håkon Lochten* i *Skatterett* 2000, s. 107 ff, *Bettina Banoun*: Omgængelse av skattereglene, 2003 og samme i *TfR* 1998, s. 913 ff. Samme forfatter finder i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 500, at udgangspunktet i norsk ret for anvendelsen af juridiske begreber er autonome teorien, hvorved forfatteren dog tilsyneladende alene henviser til relationslæren.

13. Der findes dog en særlig omgængelsesklausul i den norske selskabsskattelovs § 8-7 nr. 4 som gælder visse positioner i forbindelse med fusion og fission, hvor der i omgængelsessituationer ikke tillades succession (kontinuitet).

14. Jf. herom særligt *Magnus Aarbakke* i *Knophs oversigt over Norges rett*, 1998, s. 760 ff, og *Frederik Zimmer*: Lærebok i skatterett, 2002, s. 65 ff.

15. Den nære kobling til omgængelsessituationerne skal her have i mente, selvom en sådan tilpasning i de fleste tilfælde er uproblematisk.

efter regler om bristede forventninger eller aftalelovens § 36 og på andre måder¹⁶.

-
16. Jf. herved *Frederik Zimmer*: Lærebok i skatterett, 2002, s. 66, der særligt fremhæver tre eksempler om: (1) skattereglernes betydning for erstatningsudmåling ved personskade, idet der herved skal tages hensyn til det forhold, at erstatning for tabt arbejdsevne er skattepligtig. (2) Hensynstagen til udløsning af skattegæld ved et ejendomssalg som endnu ikke har fundet sted, ved bedømmelsen af om et selskab var insolvent og dermed kunne erklæres konkurs, samt (3) spørgsmålet om hensynstagen til latent skattegæld ved ægtefælleskifte. Ligeledes anføres, at lignende forhold kunne tænkes at opstå i kontraktsforhold, idet det efter aftalelovens § 36 eller principperne om bristede forudsætninger kan tænkes, at en aftale må anses som ugyldig eller efter indholdet justeres fordi aftalen viser sig at få andre skattemæssige konsekvenser end forudsat. Dog konstateres det tillige hertil, at der normalt formentlig skal meget til for at hovedreglen om, at parterne selv bærer risikoen for sine forudsætninger om hvordan skattereglerne er og hvordan beskatningen bliver. Men problemstillingen kan blive aktuel, hvor den ene part er væsentligt mere kyndig i skatteretlige spørgsmål end den anden part. Se også *Magnus Aarbakke* i Knophs oversigt over Norges rett, 1998, s. 760 ff, pkt. VIII, hvor også tre eksempler på forbindelseslinierne mellem skatteretlige og civilretlige regler nævnes. (1) For det første kan man se på, hvad parterne faktisk lægger vægt på ved aftaleindgåelser. Skatterne er påregnelige omkostninger der kan søges overvæltet på medkontrahenten. Skattereglerne kan ligeledes have betydning for valget af finansieringsform og indholdet af selve den civilretlige aftale. (2) For det andet opstår der andre spørgsmål, hvis en aftale udformes uden hensynstagen til skattereglerne, herunder spørgsmålet om bristede forudsætninger mv. (3) Endelig omtales omgængelsesforsøgene.

Kapitel 15

Internationale aspekter

§ 1 Indledning

Som en særlig del af forholdet mellem skatteret og civilret fremtræder forholdet mellem civilretten og den internationale skatteret. Dette nævnes selvstændigt, idet denne diskussion ikke kan knyttes til enkelte landes retsorden. De internationale aspekter indtager ikke i sig selv nogen fremtrædende plads i foreliggende afhandling. Dog behandles visse af de internationale problemstillinger. Hovedtemaerne skitseres i det følgende.

§ 2 National udlandsskatteret og civilretten

Utallige samspilssituationer kan opstå mellem dansk og udenlandsk civilret og de danske skatteregler, der vedrører udenlandske forhold. Blot kan eksempelvis nævnes problemerne vedrørende kvalifikationen af udenlandske enheder, CFC-reglerne i SEL § 32, LL § 16 H og FBL § 12 og reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11. Sådanne problemstillinger vil i vidt omfang indgå i afhandlingens analyser af forholdet mellem skatteret og civilret i dansk ret, jf. Del IV.

En variant af dette samspil kan opstå, hvis national skatteretspraksis de facto underkender udenlandsk civilret. Et implicit eksempel herpå findes i en af de utallige sager om skattearrangementer. Således indgik det i TfS 2002, 713 LSR, som element i at nægte en interessant afskrivningsadgang for deltagelse i et ejendomsinteressentskab, at lejevilkårene for ejendommen i Skotland var usædvanlige. Dog skal bemærkes, at disse vilkår så vidt vides er almindelige i Engelsk (skotsk) ret. Hermed er kendelsen i et eller andet omfang udtryk for, at man fra Landskatterettens side ikke anerkender engelsk ejendomsretsstruktur¹. Dog har skatteministeriet ved Østre Landsret taget bekræftende til gen-

1. Det bør nævnes, at ejendomsretlige ordninger indenfor EU er beskyttet, idet traktatens

mæle, jf. TfS 2003, 578 som kommenteret i TfS 2003, 589 SKM. Baggrunden herfor var, at det fandtes overvejende sandsynligt, at domstolene ville finde, at investorerne måtte anses som ejere af ejendommen².

§ 3 Udenlandsk udlandsskatteret og national civil- og skatteret

Der kan ligeledes forekomme situationer, hvor udenlandske regler vedrørende grænseoverskridende forhold berører forholdet mellem skatteret og civilret. Som et eksempel herpå kan de amerikanske regler om check-the-box election medføre disharmonier i forholdet mellem skatteret og civilret, idet eksempelvis et dansk anpartsselskab ikke i relation til amerikansk selskabsret mister dets retssubjektivitet, selv om selskabet i amerikansk skatteretlig henseende har mistet dets skatteretlige retssubjektivitet³.

§ 4 National civilret og dobbeltbeskatningsoverenskomsten

Forholdet mellem national civilret og dobbeltbeskatningsoverenskomsten har allerede i 1939 været temaet for IFA's kongres⁴. Udlædningerne på denne kongres skal ses i lyset af den dengang herskende opfattelse om skatterettens fuldstændige autonomi. Bidragene skal føl-

regler ikke berører disse, jf. TEF art. 295. Tilsvarende udgør hensynet til industriel eller kommerciel ejendomsret en saglig begrundelse for kvantitative restriktioner, jf. TEF art. 30.

2. Se tillige *Michael Amstrup* i SR-Skat 2003, s. 201 ff.

3. Jf. *Aage Michelsen*: Forholdet mellem selskabsret og selskabsskatteret, NTS 1999, s. 97 f.

4. Jf. herom bidragene i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. II, 1939, L'autonomie du droit fiscal serait-elle un moyen de favoriser les accords internationaux?. Første indlæg er skrevet af *Enno Becker*: Die Selbständigkeit der Begriffsbildung im Steuerrecht und ihr Einfluss auf die Auslegung der internationalen Doppelbesteuerungsverträge vom Standpunkt der deutschen Entwicklung aus betrachtet, s. 1 ff. For så vidt angår schweizisk ret behandles dette af *E. Blumenstein*: Die autonomie des Steuerrechts, s. 72 ff. Rapportens resterende indlæg tager udgangspunkt i franske og belgiske forhold, jf. således *J. Van Houtte*: L'autonomie du droit fiscal et le problème des double impositions, s. 24 ff, *Louis Trotabas*: L'autonomie du droit fiscal est-elle susceptible de favoriser la conclusion des accords internationaux?, s. 34 ff, og endelig *P. Hébraud*'s indlæg: L'autonomie du droit fiscal serait-elle un moyen de favoriser les accords internationaux?, s. 46 ff.

gelig også læses i dette lys. Der fremhæves heri flere problemer i relation til samspillet mellem national civilret og skatteret, herunder dobbeltbeskatningsoverenskomstsatteret. Det anføres, at de almindelige betragtninger om forholdet mellem skatteret og civilret tillige gælder ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster, idet grundspørgsmålet er det samme⁵. Særligt fremhæves kvalifikationsproblemer de enkelte lande imellem i forbindelse med den objektive skattepligt. Sådanne problemer er naturlige, idet der ikke er foretaget en harmonisering mellem staterne. Som mulige årsager hertil anfører *Blumenstein* særligt to forhold: (1) den offentligretlige natur af de omhandlede institutter, samt (2) det forhold, at der ikke internt i landene er tilstrækkelig præcision ved definitionen af begreber mv⁶. Derfor kan man ikke internationalt opnå enighed. Med andre ord betinger en mangelbehæftet udformning i intern ret en tilsvarende mangel i international ret. Hermed venter der efter *Blumensteins* opfattelse skatteretsvidenskaben en stor opgave.

Det er vanskeligt at vurdere den nutidige relevans af analyserne fra 1939. Dog er det klart, at der stadig kan forekomme og forekommer fortolknings- og kvalifikationskonflikter i relation til bi- og multilaterale overenskomster, herunder også vedrørende forholdet til civilretlige kvalifikationer⁷. Det er ligeledes vanskeligt at vurdere, hvilken betydning dette har for dobbeltbeskatningsoverenskomsternes målsætninger mv., hvilket var temaet for kongressen i 1939. Spørgsmålet skal ikke uddybes yderligere, idet aspekterne ikke inddrages nedenfor i afhandlingens specielle del.

§ 5 Forholdet mellem civilret og skatteret i EU-retten, samt EU-rettens betydning for forholdet mellem skatteret og civilret

Også i relation til den del af national ret der udgøres af EU-retten, kan der forekomme et samspil mellem *national skatteret* og *EU-civilret* (sel-

5. Jf. *Enno Becker* op.cit., s. 3.

6. Op.cit., s. 88.

7. Specifikt vedrørende forholdet mellem selskabsret og skatteret er spørgsmålet behandlet af *Aage Michelsen* i NTS 1999, s. 96, der berører spørgsmålet om hybride selskabers overenskomstbeskyttelse.

skabsret). National skatteret kan i visse situationer underminere EU-retlige forskrifter, hvad enten på civil- eller den offentlige rets område. Et eksempel herpå er behandlingen af selskaber i den finansielle sektor efter de danske regler om tynd kapitalisering, der i realiteten kan siges at indebære en underminering af EU-rettens bankdirektiver om solvensforhold⁸.

Ligeledes kan der forekomme et samspil mellem *national civilret* og *EU-skatteret*. Det forekommer således, at nationale regler i realiteten hindrer udfoldelse af EU-skatteretlige forskrifter. Et eksempel herpå er det forhold, at nationalstaternes selskabslovgivning i fraværet af en unionsretlige harmonisering kun sjældent tillader grænseoverskridende fusioner og spaltninger, som ellers udgør en bestanddel af fusionsbeskatningsdirektivet (90/434/EØF)⁹. Ligeledes kan det volde visse vanskeligheder, at såvel fusionsbeskatningsdirektivet som moder/-datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) indeholder udtryk, der er hentet fra civilretten eller begreber der forudsættes normeret i national civilret¹⁰.

Endelig skal nævnes muligheden for et samspil mellem *EU-civilret* og *EU-skatteret*. Således benyttes der i skatteretlige sekundære EU-retsakter ofte begreber som spiller sammen med eksempelvis selskabsretlige sidestykker i andre retsakter. Ligeledes benyttes begreber, som ikke er afklaret i EU-retten, hvorved national civilret spiller en rolle.

EU-retten må yderligere antages at spille ind på samspillet mellem skatteret og civilret derved, at EU-rettens grundrettigheder kan føre til det resultat, at konstruktioner, der er civilretligt anerkendt i oprindelsesstaten, tillige må anerkendes som sådan i modtagerstaten (etableringsstaten). Herved ses EU-retten direkte at kunne influere på, hvilke retsforhold (herunder andre medlemsstaters civilret), der skal anerken-

8. Jf. *Jakob Bundgaard* i SR-Skat 2000, s. 242 f og samme i Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, s. 250 f og infra Del IV, kapitel 21.

9. Se TfS 1998, 797 LSR og *Erik Werlauff*: EU-selskabsret, 2002, s. 175.

10. Der henvises til *Wolfgang Schön*: Die Auslegung europäischen Steuerrechts – Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, 1993, s. 11 ff. Forfatteren inddeler forholdet mellem skatteret og EU-ret, s. 58 ff, i (1) civilretlige begreber i direktiver og harmoniseret national ret, (2) fællesskabsretlig norm og civilretligt faktum og (3) civilrettens grundstrukturer i EU. Behandlingen omfatter tillige den indirekte beskatnings område samt praksis fra EF-domstolen. Der ses konkret afstandtagen fra en civilretskonform fortolkning af begreber i 6. momsdirektiv i sag C-326/99 *Goed Wonen* af 4.10. 2001 med præmis 58 og sag C-240/99 af 8.3. 2001 *Skandia* med præmis 22-23. Se generelt om EF-domstolens forhold til civilretten, *Stefan Olsson* i Skattenytt, 2005, s. 166 ff.

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

des i skatteretlig henseende¹¹. Udstrækningen af dette synspunkt er i sig selv endnu ikke fuldstændig afdækket, hvorfor en egentlig analyse heraf ikke bør foretages inden for afhandlingens rammer.

Ud over det nævnte synes EU-retten ikke at kunne bidrage til en generel belysning af samspillet mellem skatteret og civilret.

Problemstillinger som de nævnte behandles ikke generelt i afhandlingen, idet en analyse heraf formentlig skal inddrage flere hensyn mv. end en rent dansk analyse. Derimod vil det blive fremhævet, hvor der forekommer egentlige samspil for så vidt angår de her behandlede konkrete emnekredse.

11. Denne problemstilling berøres af *Jacob Graff Nielsen & Rasmus Kristian Felthusen* i festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 204 ff, *Søren Friis Hansen* i SpO 2004, s. 122 ff og *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 307 ff. Centrale eksempler er anerkendelse af selskaber og fonde mv., der er indregistreret i et andet EU-land.

Kapitel 16

Sammenfatning og udledninger

§ 1 Inspiration til dansk ret

Afhandlingens komparative del har vist, hvordan udviklingen i anskuelser af forholdet mellem skatteret og civilret har været i tysk, schweizisk, norsk og svensk ret. Gengivelsen af denne udvikling og de gennem tiderne herskende teorier, har et andet og mere nyttigt sigte end den blotte sammenligning. Således er de tanker der er præsenteret i afhandlingens Del II i vidt omfang præget af denne internationale udvikling, selvom den skandinaviske pragmatisme og metode er holdt for øje. Baggrunden herfor er, at forholdet mellem skatteret og civilret ikke er blevet behandlet dybtgående i dansk teori og praksis, og at der nærmest rutinepræget forudsættes en tvungen skatteretlig respekt for civilretten. Herved er det fundet naturligt at søge inspiration i andre lande (særligt Tyskland), hvor udviklingen har stået på i godt 100 år og drage nytte af de gennem årene gjorde overvejelser. Der kan bibringes dansk ret fornyet inspiration gennem retssammenligningen.

§ 2 Forholdet mellem skatteret og civilret – et udtømt tema?

I lyset af den store akademiske interesse forholdet mellem skatteret og civilret har haft i Schweiz og Tyskland, har det blandt nogle teoretikere været antaget, at emnet var udtømt¹. Under overskriften »Privatrecht und Steuerrecht – Ein erschöpftes Thema?« behandler *Thomas Koller* dette spørgsmål². Forfatteren besvarer dog spørgsmålet afkræftende³. Emnet har grundlæggende betydning og bør være permanent genstand for analyse. Det fremhæves, at emnet ikke er udtømt, og at emnet ikke

1. *Klaus Tipke* var af denne opfattelse.

2. I *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Band 131, 1995, s. 92 ff.

3. *Op.cit.*, s. 117.

Del III – Forholdet mellem skatteret og civilret i komparativ belysning

kan blive udtømt. Særligt to forhold kan fremhæves til støtte for denne antagelse⁴. For det første medfører EU-retten, at emnet tilføres en ny dimension. Skatterettens (herunder momsområdet og selskabsbeskatningen) delvise og fremtidige harmonisering medfører, at der stedse vil være et behov for nærmere analyser⁵. For det andet vil der til stadighed melde sig nye spørgsmål om konkrete afvejninger mellem disciplinernes grundværdier og hensyn.

4. Hvilket også gælder for dansk ret.

5. Se nærmere supra om de internationale aspekter og *Wolfgang Schön*: Die Auslegung europäischen Steuerrechts – Das Harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, 1993.

Del IV – Konfrontation

Indledning

I denne afhandlingens fjerde del konfronteres afhandlingens mikro- og makrotese med faktisk forekommende retlige problemstillinger. Analyserne følger i vid udstrækning en kronologisk betragtningsmåde i selskabers og koncerners livsforløb. Den anvendte analysemetodik tager udgangspunkt i den i Del II præsenterede evalueringsmodel. Selvom denne model danner baggrund for redegørelserne, er det dog ikke muligt at anvende en fuldstændig ensartet bedømmelsessystematik ved samtlige analyser. Begrundelsen herfor er, at de forekommende retlige problemstillinger varierer. At analyserne ikke slavisk følger den samme systematik betyder dog ingenlunde, at der herved er tale om tilfældige udledninger. De enkelte analyseparametre i evalueringsmodellens trin behandles alle i det omfang, dette er meningsgivende. Det erindres herved, at ikke alle problemstillinger skal gennemløbe alle evalueringsmodellens trin. Således skal alle analyser i grundtræk indeholde en stillingtagen til følgende spørgsmål:

- Hvori består samspilsproblemerne?
- Kan disse katalogiseres i forhold til typiske opståelsesmuligheder?
- Kan samspilsproblemet eller problemerne overleve evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger?
- Kan udgangspunktet om autonomi opretholdes, eller er forudsætningerne for kongruens til stede?
- Hvilken eller hvilke typer af kongruenskrav- og eller -behov er der tale om, og hvilken styrke har disse?
- Kan der i teori eller praksis konstateres fravigelser fra et krav eller behov om kongruens?
- Er en sådan fravigelse legitim?
- Hvilke praktiske og teoretiske implikationer har den præsenterede retstilstand?
- Hvad kan der udledes i forhold til de konstaterede opståelsesmuligheder?

Besvares alle disse spørgsmål, eller den relevante del heraf, er evalue-

Del IV – Konfrontation

ringsmodellens målsætning efterlevet. De følgende kapitler udgør konkrete konfrontationer mellem skatteret og civilret med udgangspunkt i det præsenterede teoretiske grundlag.

Kapitel 17

Privatautonomiens civilretlige og skatteretlige betydning

§ 1 Indledning

Skatteretlige indgreb i privatautonomien står formentlig i den almene retsopfattelse som den isoleret set mest interessante og relevante problemstilling vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. En sådan antagelse synes umiddelbart berettiget, navnlig når der henses til den omstændighed, at et stort antal illoyale skatteudnyttelser involverer civilretligt uantastelige sagsforhold, der følgelig kan og bør undergives en særlig skærpet skatteretlig bedømmelse. Det står således hurtigt klart, at det hyppigst forekommende samspil mellem skatteret og civilret består i vurderingen af, i hvilket omfang skatteydernes (aftaleparternes) dispositioner skal anerkendes i skatteretlig henseende. Denne prøvelse koncentrerer sig om det skatteretlige interessefællesskab og indebærer i betydeligt omfang, at der i skatteretlig lovgivning og praksis foretages indgreb i den civile aftalefrihed. Af disse årsager udgør dette afsnit en generel konfrontation af partsautonomien med teorien om skatterettens relative autonomi. Det bemærkes, at der er tale om en analyse på helt overordnet niveau, idet det må erkendes, at det ikke er muligt at foretage generelle analyser, der har værdi for alle forekommende situationer. Dertil er situationerne for forskellige, og der skal stedse foretages en konkret afvejning i den foreliggende situation¹. Foreliggende afsnit kan derfor ses som en analyse af de overordnede tanker, argumentationsmønstre og analyseværktøjer, der har betydning ved den overordnede stillingtagen til skatterettens forhold til privatautonomien.

1. Se for samme opfattelse *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 94, der bemærker, at »... Das gegenseitige Abwägungen und das weitestmögliche In-Übereinstimmung-Bringen der einzelnen Wertungsaspekte kann offenkundig nur in jedem konkreten Problemkreis für sich sachbezogen und ergebnisorientiert erfolgen ...«.

§ 2 Privatautonomien som civilretlig grundsten

2.1. Almindelige betragtninger

Privatautonomi (partsautonomi) og kontraktsfrihed (aftalefrihed) kan som begreber umiddelbart synes at være identiske. Dette er ikke tilfældet. Kontraktsfrihed refererer til visse politiske fakta, borgernes adgang til at ordne deres civilretlige retsforhold, mens partsautonomi refererer til en ideologisk begrundelse for kontraktsfriheden². Kontraktsfriheden i den forstand, hvori begrebet ofte anvendes i nutiden, er af nyere oprindelse, og har samme ideologiske baggrund som begrebet partsautonomi³. Mens det er naturligt at tale om indskrænkninger i kontraktsfriheden, kan man ikke på samme måde tale om indskrænkninger i privatautonomien, eftersom denne er et politisk ideologisk udgangspunkt⁴. Privatautonomien udspringer af den økonomisk liberalistiske samfundsanskuelse, hvori princippet nærmest udgjorde en selvfølge⁵. En vidtgående kontraktsfrihed for alle på det økonomiske område er således et naturligt led i en markedsøkonomi med fri konkurrence⁶. Princippet var dog allerede anerkendt af naturretslærerne på kontinentet⁷. Tankegangen var, at individet skulle være frigjort fra traditionelle begrænsninger af feudal, politisk eller religiøs karakter. Den liberalistiske tankegang forudsætter et rationelt individ, *der* er i stand til at bestemme sin skæbne, *der* skal tildeles frihed til at forme sit liv på en ansvarsfuld måde, *der* skal sættes i stand til for ham selv at afgøre, om han vil indgå en kontrakt, overfor hvem han vil påtage sig en sådan forpligtelse, samt hvad indholdet heraf er⁸. Hermed tilsikres

2. Jf. Stig Jørgensen: Kontraktsret, 1. bind, 1971, s. 25 ff og Jens Evald: Retsmisbrug i formueretten, 2001, s. 35 f.

3. Jf. Stig Jørgensen: Op.cit., s. 26.

4. Jf. Jens Evald: Op.cit., s. 36.

5. Privatautonomien er således ideologisk og historisk et barn af oplysningstiden, hvorefter princippet idémæssigt fødtes i 1770'erne og i retlig henseende kulminerede omkring 1870, jf. Jens Schovsbo: Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten, 2001, s. 9 ff, og P. S. Atiyah: The Rise and Fall of Freedom of Contract, 1979. Udviklingen fra det tidligere fastlåste og immobile mod det liberalistiske samfund er blevet betegnet som en bevægelse fra status til kontrakt, jf. herved Sir Henry Sumner Maine: Ancient Law – its connection with the early history of society and its relations to modern ideas, 1891, s. 170.

6. Jf. Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret, 1996, s. 15, og Hector Estrup: Nogle grundtræk af den økonomiske teoris udvikling, 1991, s. 193 f.

7. Jf. Vibe Ulfbeck: Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten, 2000, s. 34, og Bernhard Gomard: Indledning til obligationsretten, 1979, s. 27 ff.

8. Jf. K. Zweigert & H. Kötz: An Introduction to Comparative Law, 1998, s. 324 ff, med

den optimale ressourceallokering. Ligeledes får det private initiativ mulighed for at realisere sig i fri produktion og fri konkurrence, der er forudsætningen for det frie forbrugsvalg⁹. Overladt til sig selv vil parterne finde den rigtige løsning på deres mellemværende – en løsning, som tilgodeser begge parter, idet der er ligevægt mellem parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser¹⁰. Universitetsjuristerne gav kontraktfriheden en filosofisk forankring, idet de hævdede, at princippet er en naturlig konsekvens af, at aftalen udtrykker parternes vilje (viljesdogmet)¹¹. Privatautonomien er et uundgåeligt strukturelement i enhver privatretsorden, dog således at princippet virkeliggøres i forskelligt omfang i forskellige retssystemer¹². Denne konstatering fortæller imidlertid ikke noget om den konkrete betydning af privatautonomi i et konkret retssystem, idet en sådan konstatering først lader sig fastslå efter en diskussion af den enkeltes handlingsspillerum.

I dansk ret synes der af vigtige grundlovsbestemmelser at blive signaleret, at udgangspunktet er aftalefrihed¹³. Princippet om kontraktfrihed indeholder to elementer: (1) en frihed for den enkelte til at afgøre, om og i givet fald på hvilke vilkår han vil forpligtes og (2) læren

en oversigt over baggrunden for aftalefriheden. Det konstateres, at der navnlig ses to begrundelser for at opretholde princippet, nemlig privatautonomien eller en utilitaristisk antagelse, hvorefter kontrakten er til samfundets gavn.

9. Jf. *Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen*: Aftaler og mellemmand, 2001, s. 22.
10. Loc.cit. med henvisninger og gengivelse af sætningen: »Qui dit contractuel, dit juste«.
11. Jf. *Bernhard Gomard*: Introduktion til obligationsretten, 1979, s. 27. Se for en generel diskussion af viljeserklæringen i aftaleretten, *Mads Bryde Andersen*: Grundlæggende aftaleret, 1997, s. 75 ff og s. 342 f. Det er således parternes fælles enighed om at gøre noget sammen og dermed udveksle rettigheder og pligter, der forlener aftalen med juridisk gyldighed. Holder man fast ved denne antagelse, undgår man dog ikke at diskutere om afgivne løfter mister deres gyldighed, hvis en viljeserklæring ikke dækker afgiverens egentlige »vilje«. Det skal bemærkes, at hverken den rendyrkede viljesteori eller modreaktionen herpå i form af den rendyrkede tillidsteori finder fuldstændig anvendelse ved fortolkningen af aftaler i nutidig aftaleret. Aftaleloven har med § 32, stk. 1 valgt side til fordel for tillidsteorien, hvilken således i almindelighed udgør grundlaget for beskrivelsen af løftets bindende kraft i dansk ret. Formentlig foretrækkes dog i moderne ret en modifikation hertil i form af den særlige erklæringsteori, der forener den subjektive vilje og den objektive erklæring.
12. Jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 54 ff, og *K. Zweigert & H. Kötz*: An Introduction to Comparative Law, 1998, s. 323 ff.
13. Jf. GRL § 71, hvorefter den personlige frihed er ukrænkelig, § 73 om ejendomsrettens ukrænkelighed og den nu historiske § 74, hvorefter alle indskrænkninger i den lige adgang til erhverv, som ikke er begrundet i det almene vel, skal hæves ved lov. Disse bestemmelser omtales af *Mads Bryde Andersen*: Grundlæggende aftaleret, 2002, s. 52 f, som udtryk for aftalerettens- og aftalefrihedens konstitution.

Del IV – Konfrontation

om aftalers forpligtende karakter¹⁴. Der kan dog ikke heraf deduceres retsvirkninger¹⁵. Det følger ligeledes heraf, at individets frihed til at indgå aftaler samtidig indebærer friheden til at binde sig ved aftale. Hermed kan aftalefriheden bringe indehaveren i en situation, hvor han ikke længere har aftalefrihed¹⁶. Traditionelt antages det, at aftaleforhold er karakteriseret ved *kontraktsbalance* (*ækvivalens*)¹⁷. Herved forstås, at der er balance mellem pligter og rettigheder i den gensidigt bebyrdende kontrakt, f.eks. i forhold mellem varer/pris og arbejde/løn. Der er tale om en økonomisk balance, og det er denne gennem kontrakten bestemte værdirelation, som kaldes kontraktsbalancen.

Selskabsretten har ligeledes i lang tid hvilet på en grundsætning om selskabsretlig kontraktsfrihed¹⁸. Denne frihed har efter temperament to eller tre aspekter. *Det første aspekt* indebærer selskabsdeltagernes frihed ved valg af selskabsform uafhængigt af den påtænkte erhvervsvirksomheds karakter¹⁹. For så vidt angår dette element, hersker der dog uenighed i litteraturen²⁰. *Det andet aspekt* kan i tilslutning hertil siges at

-
14. Med udspring i den romerretlige doktrin om *pacta sunt servanda*.
 15. Jf. *Jens Schovsbo*: Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten, 2001, s. 9.
 16. Jf. *Mads Bryde Andersen*: Grundlæggende aftaleret, 1997, s. 54.
 17. Jf. herom *Jens Evald*: Retsmisbrug i formueretten, 2001, s. 50 f og s. 197 ff, *Stig Jørgensen*: Kontraktsret, 1. bind, 1972, s. 102, samt *Lars Erik Taxell*: Avtal och rättskydd, 1972, s. 87 f.
 18. Jf. *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2000, s. 42, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 1 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 24 ff, *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 157 ff, *Noe Munck* i Valg af selskabsform, 2000, s. 43 ff. og *Jan Schans Christensen*: Kapitalselskaber, 2003, s. 25 ff.
 19. Begrænsninger kendes alene inden for bestemte erhvervsområder og forekommer dels ved krav om, at en bestemt type af erhvervsvirksomhed skal drives i en bestemt selskabsform (banker, realkreditinstitutter, forsikringsselskaber, pensionskasser), dels ved forbud mod, at en given type erhvervsvirksomhed drives i en bestemt selskabsform (som rendyrket forbud ved virksomhed som apoteker, auktionsholder, dispachør, translator og tolk samt taxikørsel, eller som modificeret forbud ved advokatvirksomhed, revisorvirksomhed, landinspektørvirksomhed, lægevirksomhed og ejendomsformidlervirksomhed), jf. *Carsten Fode & Noe Munck*: Valg af selskabsform, 2000, s. 43 f.
 20. Der kan argumenteres for at udgangspunktet om selskabsrettens aftalefrihed fortsat gælder uindskrænket. På den anden side kan der argumenteres for, at aftalefriheden er formindsket gennem den forøgede lovregulering. Endelig kan det antages, at der i det praktiske erhvervsliv gælder en vis typebundethed, der erstatter udgangspunktet om selskabsrettens aftalefrihed. Der skal ikke på dette sted tages stilling til diskussionen, hvorfor der henvises til *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2000, s. 42 ff, *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 157 ff, *Noe Munck* i Selskabsformerne – lærebog i selskabsret, 1997, s. 19, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2000, s. 1 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret,

bestå i friheden til at skabe en ikke hidtil anvendt selskabsform²¹. *Det tredje aspekt* vedrører adgangen til at tilpasse de for den valgte selskabsform gældende regler til deres konkrete behov og ønsker²². Dog lader der til at være enighed om, at aftalefriheden i vidt omfang stadig består inden for rammerne af den enkelte selskabstype. Som udgangspunkt tilsigter selskabsretten således for det første at skabe mulighed for personer til at drive erhvervsvirksomhed gennem retligt normerede selvstændige retssubjekter.

Som følge af samfundsudviklingen er der fremkommet et ændret syn på den økonomiske politiks mål og midler, hvorfor der i det post-industrielle samfund er foretaget betydelige indskrænkninger i udgangspunktet om aftalefrihed²³. Den voksende sociale forståelse slog efterhånden igennem og satte sit præg også på lovgivningen og retspraksis. Denne indskrænkning eller begrænsning sker gennem love, enkeltstående lovregler eller andre retsregler, der begrænser parternes adgang til at bestemme indholdet af givne aftaler eller begrænser friheden til at vælge, om man ønsker at kontrahere. Kontraktsrettens udvikling har også fra visse sider været anskuet som udtryk for en socialiseringstendens²⁴, og herunder om der er sket en forskydning i civilrettens værdigrundlag²⁵, og om der er tale om dirrigisme gennem offentlig styring²⁶.

1997, s. 26, Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 24 samt David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen: Kommanditselskabet – societas obsoleta, 1999, s. 91 ff. Senest må Carsten Fode & Noe Munch: Valg af selskabsform, 2000, s. 43 tages til indtægt for at aftalefriheden fortsat hersker på selskabsrettens område trods begrænsningerne i det praktiske retsliv.

21. Så vidt ses er det udelukkende Carsten Fode & Noe Munch, der i Valg af selskabsform, 2000 ser denne frihed som et særskilt element i den selskabsretlige aftalefrihed.

22. Denne del af princippet kan benævnes som kontraktsfrihed.

23. Jf. herom for dansk ret Stig Jørgensen: Kontraktsret, 1. bind, 1971, s. 27 ff, Bernhard Gomard: Introduktion til obligationsretten, 1979, s. 28 ff, Jens Evald: Retskilderne og den juridiske metode, 2000, s. 114 ff, Vibe Ulfbeck: Kontrakters relativitet, 2000, s. 45 ff, Jens Schovsbo: Immaterialretsaftaler, 2001, s. 12 ff, og Lennart Lynge Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemænd, 2001, s. 22 ff.

24. Nogle forfatteren går endda så langt som til at plædere for eksistensen af en »social civilret«, jf. eksempelvis Thomas Wilhelmsson: Social civilrätt – Om behovsorienterede element i kontraktsrättens allmänna läror, 1987 og Hans Petter Graver: Sosiale rettigheder i gjeldsforhold, 1990. Synspunktet om at solidaritet kan siges at udgøre kontraktsrettens centrale værdigrundlag synes ikke at have vundet tilslutning, navnlig i erkendelse af at sådanne hensyn ikke tillægges betydning med aftaler mellem erhvervsdrivende.

25. Jf. Jens Evald: Retskilderne og den juridiske metode, 2000, s. 114 ff.

26. Jf. Bernhard Gomard: Introduktion til obligationsretten, 1979, s. 27 ff.

Del IV – Konfrontation

Aftalefriheden fungerer a posteriori bedst, hvis der er om ikke jævnbyrdighed mellem parterne, så dog en rimelig grad heraf²⁷. De situationer, hvor parternes manglende jævnbyrdighed i henseende til at overskue en aftales indhold og konsekvenser, gør det problematisk at opretholde aftalefriheden, er uhyre mangfoldige. Der har særligt fundet en udvikling sted i retning af forøget forbrugerbeskyttelse grundet forbrugerbevægelsens aktiviteter mod konstateret misbrug af erhvervslivets stærkere position – aftalemisbrug²⁸. Det må antages, at der navnlig ligger sociale hensyn bag store dele af denne lovgivning. Dog kan vægtingen af forbrugerhensynet ses som et udtryk for flere hensyn: et ligevægtshensyn (forbrugeren er sjældent så økonomisk stærk som den erhvervsdrivende), et præventionshensyn (den erhvervsdrivende har på grund af sin særlige kyndighed lettere ved at gardere sig mod uforudsete problemer end forbrugeren) og et socialt beskyttelseshensyn (man bør beskytte den præsumptivt svage forbruger)²⁹. Ud over egentlige forbrugerregler ses udviklingen også på andre områder, herunder i lejeretten, ansættelsesretten, konkurrenceretten og markedsføringsretten. Virkemidlerne er mange³⁰.

Hensynet til at modvirke kreditorly, kreditorforringende og kreditorforrykkende dispositioner i insolvensretten og finansieringsretten indebærer i princippet også en fravigelse fra aftalefriheden.

Uanset hvorledes man vil sammenfatte retsudviklingen på aftalerettens område, kan det konstateres, at der i stigende grad er indbygget visse *samfundsmæssige hensyn* i aftaleretten. Således anses det i denne henseende for ønskværdigt at opretholde sunde forretningsformer og en effektiv økonomi, at beskytte svage aftaleparter og at undgå ulige og uforholdsmæssige sanktioner i den aftaleretlige retsanvendelse³¹.

I *selskabsretten* er kapitalselskaberne undergivet en intensiv materiel regulering. Hermed fraviges den selskabsretlige aftalefrihed, idet andre hensyn af lovgivningsmagten er fundet mere vægtige. Dansk aktieselskabslovgivning bekender sig til det kombinerede normativ- og publicitetssystem, hvilket indebærer, at der som udgangspunkt er fri adgang

27. Jf. *Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand*, 2001, s. 25.

28. Jf. om denne udvikling eksempelvis *Peter Møgelvang-Hansen* i Julebog fra Juridisk institut ved Handelshøjskolen i København, 2000, s. 207 ff.

29. Jf. *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, 1997, s. 362.

30. Jf. opregningen hos *Lennart Lyngé Andersen & Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand*, 2001, s. 25 ff.

31. Jf. *Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret*, 1997, s. 340 ff.

til at stifte selskaber, men at selskaberne undergives et sæt beskyttelsespræceptive regler og regler om vidtstrakt offentlighed om selskabernes forhold. Dette middel benyttes med henblik på at tilgodese hensynet til investorer, kreditorer, medarbejdere og samfundet. Dansk selskabslovgivning er hermed klart stakeholderorienteret. Således prioriteres grundlæggende *investorbeskyttelse*, herunder såvel i relation til nuværende som potentielle investorer – selskabsdeltagere. Denne beskyttelse skal primært sikre, at der ikke foretages investeringer på et fejlagtigt grundlag. Samtidig ligger hensynet til selskabsdeltagerne bag de selskabsretlige regler, der sikrer indsigt i selskabernes anliggender og indflydelse herpå. Et væsentligt led i beskyttelsen af selskabets kreditorer og potentielle investorer er offentlighed omkring selskabets økonomiske forhold. En sådan offentlighed tilsikrer regnskabslovgivningen blandt andet at tilvejebringe. *Det selskabsretlige lighedsprincip*, jf. ASL § 17 sikrer investorerne en ligelig behandling, og værner dermed mod misbrug. Ligeledes prioriteres *kreditorbeskyttelse* i høj grad. Dette hensyn hænger i høj grad sammen med hæftelsesbegrænsningen i kapital-selskaber, og kommer blandt andet i dansk selskabsret til udtryk ved muligheden for at vurdere og følge med den påtagne kreditrisiko, ligesom der stilles krav til eksistensen af en vis selskabskapital. En væsentlig del af de for aktie- og anpartsselskaber gældende regler er således udformet med henblik på kreditorbeskyttelse. Dette gælder selskabslovenes regler om kapitalbeskyttelse og procedurerne ved ændringer heri. I nyere tid har hensynet til *virksomhedens medarbejdere* tiltaget sig plads i det selskabsretlige univers, herunder i form at regler om bestyrelsesrepræsentation, medarbejderaktier og udbyttedeling. Endelig skal det nævnes, at også mere overordnede samfundsmæssige interesser tilgodeses gennem krav til åbenhed i forskellige varianter.

Med *Vibe Ulfbeck* kunne man karakterisere udviklingen i formueretten således, at aftalefriheden i dag i ikke ubetydelig grad er begrænset. Partsautonomien fremstår derfor ikke længere som kontraktsrettens klare omdrejningspunkt³². I sin doktorafhandling sammenfatter *Jens Schovsbo* udviklingen således, at det forekommer uomtvisteligt, at aftalefriheden har ændret sig afgørende i løbet af de sidste 100 år gennem indførelsen af regler, som tager sigte på at hindre misbrug, beskytte den svage aftalepart osv.³³.

32. Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten, 2000, s. 57.

33. Jf. Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten, 2001, s. 14.

Aftalefriheden må dog fortsat ses som et grundlæggende retligt princip³⁴. Også efter moderne ret består der således et betydeligt mål af aftalefrihed³⁵. Dette gælder særligt for formuerettens kerneområde, som er handelslivets indbyrdes relationer³⁶. Tilsvarende konklusion må drages for så vidt angår selskabsretten. Men den økonomiske virksomhed er undergivet et betydeligt antal retlige reguleringer med forskellige formål og af forskelligt indhold, der udgør fravigelser fra udgangspunktet om aftalefrihed³⁷. Hvor der ikke findes nogen offentlig regulering, hersker der dog økonomisk frihed. Det kan anføres, at privatautonomiens begrænsninger ikke udspringer af, eller medfører antinomier (indre uoverensstemmelse), men at det i stedet må antages, at der så at sige består en værdirelativitet i civilretten³⁸.

En alternativ måde at anskue de ovenfor behandlede fravigelser fra privatautonomien er at se indgrebene som en genopretning af en spoleret privatautonomi. *Georg Crezelius* taler i denne forbindelse om, at civilretten udøver en saglig kontrol og ikke viger tilbage for at foretage omkvalificeringer³⁹. Man kunne passende bruge begrebet *aftalecensur* om de indgreb, der følger af denne udvikling⁴⁰. Lovgiver og domstole har i disse situationer ikke holdt sig tilbage med indgreb, når privatautonomien på denne vis er forstyrret (*Gestörte Privatautonomie*)⁴¹.

-
34. Jf. *Lennart Lyng Andersen m.fl.*: Aftaler og mellemmand, 1996, s. 21, der hertil anfører, at aftalefriheden blot ikke længere udgør en deduktion fra viljesdogmet, men er funderet i almindelige retskilder. Se også *Bernhard Gomard*: Almindelig kontraktsret, 1996, s. 15. *Vibe Ulfbeck* konstaterer s. 57, i *Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten*, 2000, at partsautonomien ikke længere fremstår som kontraktsrettens klare omdrejningspunkt.
35. Jf. *Bernhard Gomard*: Introduktion til obligationsretten, 1979, s. 28 og s. 29, hvor det anføres, at aftalefriheden forstået som instrument for en vidtgående selvbestemmelsesret er stadig en realitet, selv om den ikke har karakter af en ufravigelig retsregel.
36. Dette område er nemlig ikke præget af forskydninger i værdigrundlaget væk fra privatautonomien, jf. *Jens Evald*: Retskilderne og den juridiske metode, 2000, s. 115.
37. Jf. *Bernhard Gomard*: Almindelig kontraktsret, 1996, s. 35, og *Vibe Ulfbeck*: *Kontrakters relativitet – det direkte ansvar i formueretten*, 2000, s. 45 ff, med henvisninger til kontraheringsforbud og kontraheringspligt på forskellige områder samt til udbredelsen af standardaftaler.
38. Jf. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 56 ff.
39. Jf. *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung – Grundlagen für eine liberale Besteuerungspraxis*, 1983, s. 327 ff. *Crezelius*' tanker er præsenteret ovenfor i Del III, kapitel 12, § 5.
40. Sml. *Kristian Huser*: *Aftalesensur*, 1983.
41. Som eksempler fremhæves navnlig forholdene inden for arbejdsretten, lejeret, lejeret og rejseret. Videre fremhæves kontraheringstvung ved udbudsmonopol, for-

En sådan anskuelse er dog formentlig ikke uden videre frugtbar, idet den overvurderer civilrettens selvreguleringsfunktion.

Som allerede nævnt ovenfor kan civilrettens værdigrundlag groft forenklet siges at være privatautonomien⁴². Privatautonomien kan også siges at udgøre civilrettens primære og afgørende grundprincip og udgangspunkt. Civilretten kredser med andre ord om privatautonomien. Disse udsagn lader sig i almindelighed ikke bestride trods de ovenfor omtalte udviklingslinier. Tvivlsomt er imidlertid kun, om privatautonomien som civilretligt regulerings- og strukturelement nu også udgør det herskende værdigrundlag og grundhensyn. Trods princippet centrale stilling må spørgsmålet formentlig besvares benægtende⁴³. Baggrunden for denne antagelse er det forhold, at der i civilretten findes andre vigtige struktur- og reguleringsprincipper, som endda kan være i konflikt med privatautonomien.

På denne baggrund må det slutes, at privatautonomien ikke udgør et civilretligt værdigrundlag og grundhensyn, der uden videre fortrænger andre grundværdier, men derimod udgør et værdielement blandt flere. Således kan princippet i visse situationer opnå forrang, mens det i andre situationer må stå tilbage for civilrettens øvrige hensyn.

2.2. Om retsmisbrug

Almenretligt kan retsmisbrug siges at betegne sådanne former for undgåelse af forpligtelser eller opnåelse af rettigheder, som gennemføres ved et misbrug af lovgivningen til egen personlig fordel og i modstrid med enten lovens ord eller den »ånd og mening«⁴⁴. Egentligt retsmisbrug kan dog formentlig mere specifikt og stringent siges at forstås ved det forhold, at en ret udøves alene eller i det væsentligste for at skade andre, eller i strid med dens formål, eller under omstændigheder, som betyder, at der er et væsentligt misforhold mellem rettighedshaverens

holdet mellem producent og forbruger, indgreb mod formelle trepartsforhold ved finansierede afbetalingskøb og indskrænkningen af selskabsdeltagerrettighederne i personselskaber.

42. Der er naturligvis tale om en forenkling ved denne anskuelse, jf. *Jens Evald: Retskil-derne og den juridiske metode*, 2000, s. 115. Dette begrundes med, at de forskellige retsområder inden for civilretten er præget af mange forskellige værdigrundlag/hensyn, herunder eksempelvis hensynet til omsætningen og fordeling af risici inden for obligationsretten, reparative og præventive hensyn inden for erstatningsretten osv. Se også *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 54 ff.

43. Se tilsvarende *Thomas Koller*, op.cit., s. 55.

44. Jf. *Jan Pedersen i SkatteOrientering Ø.5.*, 2000, s. 3.

interesse i at udøve retten og ulemperne for den forpligtede, og hvis det i disse tilfælde er urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre retten gældende⁴⁵.

I *selskabsretlig henseende* er retsmisbruget blevet defineret som værende anden form for brug, end den pågældende selskabsretlige beføjelse efter sin beskaffenhed var beregnet på⁴⁶. Særligt ved kapitalsselskaber findes der selskabsretlig misbrugserfaring, hvilket særligt skyldes to centrale beføjelser: (1) hæftelsesbegrænsningen (misbrug i det eksterne forhold) og (2) majoritetsprincippet (misbrug i det interne forhold)⁴⁷. Hvad angår misbrug af hæftelsesbegrænsninger, findes der efterhånden en vis national og international praksis og lovgivning, der begrænser sådanne dispositioner⁴⁸.

Der er sammenhæng mellem retsmisbrug og formålsstridig retsud-

45. Jf. *Jens Evald: Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 42. Forfatteren analyserer nøje de enkelte elementer af formuleringen. I J 2002, s. 137, og s. 141 f anfører *Erik Werlauff*, at retsmisbrug som begreb i bedste fald er overflødigt og i værste fald ikke-eksisterende, eftersom begrebet er og bliver udtryk for en dyb indre selvmodsigelse. Forfatteren finder, at Jens Evalds bemærkninger op.cit. om, hvorvidt det overhovedet er meningsgivende at tale om misbrug af en ret, faktisk afsvækker retsmisbrugsbegrebet i en sådan grad at den kritiske læser må tvivle på om der herefter overhovedet er noget tilbage af begrebet. Spørgsmålet er selvsagt, om der kan siges at foreligge en ret, hvis man afskæres fra at udøve en sådan, fordi udøvelsen ville være misbrug.

46. Jf. *Erik Werlauff i R&R 1997/6*, s. 25, samme i *Ånd og Rett*, festskrift til Birger Stuevold Lassen, 1997, samme i *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 38, 1999, s. 55-87, og i det hele Selskabsmasken, 1991, hvor begrebet dog s. 31, defineres som disposition i eller for et selskab, som materielt er uberettiget, idet den ikke kan tjene selskabets interesser, hvilket er den disponerende bekendt. Se også om retsmisbrug i selskabsretten, *Jens Evald: Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 285 ff, med kritik af metodeanvendelsen hos *Erik Werlauff i Selskabsmasken*.

47. Jf. herom *Erik Werlauff*: op.cit.

48. Loc.cit., hvor forfatteren vedrørende etableringsfasen omtaler misbrug i forhold til stifterens kreditorer og muligheden for at omgå selskabsretlige kapitalkrav samt indgrebsmulighederne her over for. Vedrørende driftsfasen omtales muligheden for misbrug af hæftelsesbegrænsningen samt indgrebsmuligheden her over for, navnlig qua hæftelsesgennembrud/identifikation. Vedrørende opløsningssituationen omtales muligheden for selskabsdeltagernes rådighed over selskabets værdier i denne situation, og dermed muligheden for at slippe for eventualkrav. Majoritetsmisbrug omtales i et særskilt afsnit, hvori særligt omtales de materielle generalklausuler i ASL § 63 og § 80 samt de formelle regler om stemmekrav. Forfatteren sammenfatter sin analyse ved en konstatering om at der trods alle gode intentioner fortsat eksisterer misbrugsmuligheder i relation til selskabsretlige beføjelser. På denne baggrund anbefales det gennem objektive normer af gribe problemstillingen præventivt an frem for reparativt, hvorved forfatteren foreslår en selskabsretlig standard om »god selskabsskik«.

øvelse. Formålsstridig retsudøvelse kan aktualiseres på flere måder, men klassiske eksempler herpå er omgåelses- og pro forma retshandler⁴⁹.

Pro forma udgør sædvanligvis det forhold, at en retshandel udadtil fremtræder med et andet indhold end det virkelige, således at uoverensstemmelsen er parterne bevidst. Pro formaretshandler tilsigter således ikke at skabe ret i overensstemmelse med sit indhold.

Med *omgåelse* forstås det forhold, at parterne ved indgåelsen af en aftale søger at komme uden om et i præceptiv lov indeholdt forbud eller en pligt ved at lade aftalen fremtræde i en skikkelse, som ikke er omfattet af lovens ord, men derimod af dens mening eller formål⁵⁰. Domstolene har i flere tilfælde i civilretlig henseende tilsidesat sådanne omgåelsesretshandler, jf. eksempelvis UfR 1972, 794 V, selvom der næppe eksisterer nogen almindelig afklaring af indholdet i denne doktrin⁵¹. Retsmisbrugsproblemet relaterer sig til rettigheder (lovfæstede som ulovfæstede). Af denne årsag er der ikke sammenfald eller overlap mellem retsmisbrugsproblemet og det typeproblem, som søges løst ved hjælp af omgåelseslæren, idet omgåelsesproblemet alene relaterer sig til påbuds- og forbudsnormer i lovgivningen⁵². Der er ej heller sammenfald mellem retsmisbrug og pro forma. Baggrunden herfor er det forhold, at pro forma netop ikke tilsigter at skabe ret i overensstemmelse med sit indhold, hvorimod dette er kernen ved retsmisbrug. Der er herved forskel på misbrug af aftalefriheden og retsmisbrug⁵³. I skatteretlig henseende er det snarere begrebet institutionelt misbrug, der har relevans, frem for egentligt retsmisbrug. Ved *institutionelt misbrug* forstås sådanne tilfælde, hvor en retsudøvelse strider mod retsinstitutters

49. Jf. *Jens Ewald*: Retsmisbrug i formueretten, 2001, s. 145.

50. At omgåelse ligger dybt i menneskets natur viser følgende eksempel: Vi har en regel i hjemmet om at man ikke omtaler andre mennesker som værende dumme. En undtagelse hertil fik min dengang 3 årige søn indført. Det blev accepteret at sige »dumme spiderman« om actionhelten af samme navn, idet dennes udseende forekom skræmmende for et barn i den alder. Omgåelsen viste sig efterfølgende derved, at min søn i konfliktsituationer, frem for at kalde sine forældre dumme, blot kunne sige at »nu leger vi at du er spiderman«, hvorefter benævnelsen »dumme spiderman« ikke stod til at sanktionere.

51. Se generelt herom *Jens Feilberg Jørgensen*: Omgåelse af retsregler, 1966.

52. Jf. *Jens Ewald*: Retsmisbrug i formueretten, 2001, s. 146, der yderligere understreger denne konstatering ved at fremdrage visse forudsætninger, der skal være opfyldt, før man taler om omgåelse. For det første fremdrages, at der skal være tale om en tvingende retsregel (påbuds- eller forbudsnorm), og at der for det andet skal må være foretaget en reel disposition samt for det tredje, at den foreliggende disposition strider mod den umiddelbare og sædvanlige forståelse af påbuds- eller forbudsnormen.

53. *Op.cit.*, s. 231.

formål (zweck)⁵⁴. Misbrug af privatautonomien er udtryk for institutionelt misbrug og ikke udtryk for retsmisbrug. Det var frygten for misbrug af aftalefriheden, der ledte til introduktionen af generalklausulen i aftalelovens § 36⁵⁵.

Det må generelt antages, at misbrug (ikke retsmisbrug) er et samlebegreb, der dækker mere end proforma og omgåelse, men en konkretisering af begrebet er ikke alment kendt. Det må fremhæves, at der er en klar sammenhæng mellem misbrugs- og omgåelsesbegrebet. Forholdet kan dog udtrykkes således, at man misbruger en ret for at omgå eller undgå en pligt⁵⁶. Misbrug af aftalefriheden udgør dog ikke et retsmisbrug, men i stedet et institutionelt misbrug. Dette institutionelle misbrug foretages for at undgå beskatning. Herved antager alt institutionelt misbrug i skatteretten karakter af omgåelse.

Om retsmisbrug i formueretten kan anføres, at dette i visse henseender er sanktioneret af lovgiver, jf. eksempelvis § 6 i konkurrenceloven om misbrug af dominerende stilling. Ligeledes har domstolene i visse situationer taget stilling til sådan usaglig handlemåde⁵⁷.

Jens Evald behandler i sin doktorafhandling »Retsmisbrug i formueretten«, 2001, generelt retsmisbrugsproblematikken. Forfatteren formulerer på baggrund af retspraksis en generel retsmisbrugsregel, der antages at finde anvendelse i dansk formueret. På samme vis som *Jan Pedersen* på skatterettens område⁵⁸ tager *Jens Evald* udgangspunkt i det forhold, at retsmisbrug er udtryk for, at rettighedshaveren udnytter en

54. Jf. *Jens Evald*: Retsmisbrug i formueretten, 2001, s. 329 ff, med henvisning til begrebets oprindelse i tysk ret.

55. Hermed dog ikke sagt, at bestemmelsen ikke finder anvendelse på retsmisbrug. Idet retsmisbrug er udtryk for misbrug af en ret indebærer dette, at misbrug, der knytter sig til forholdene ved aftalens indgåelse i form af tvang, udnyttelse, svig mv. falder uden for retsmisbrugstilfældene, eftersom der endnu ikke er skabt nogen rettigheder, jf. *Jens Evald*: Retsmisbrug i formueretten, 2001, s. 237. Hvad angår aftalens indhold, hvor det er urimelige aftalevilkår, som er i centrum, falder denne kategori ligeledes uden for retsmisbrugstilfældene. Retsmisbrug sigter snarere mod en situation, der indtræder efter aftalens indgåelse, der bevirker at det er urimeligt at gøre aftalen gældende. Retsmisbrug udgør en del af anvendelsesområdet for aftalelovens § 36, stk. 2, der tager sigte på situationen efter aftaleindgåelsen.

56. Denne begrebsanvendelse er tilsyneladende lagt til grund af Højesteret i TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen* (omgåelse) og TfS 1998, 99 H *Henrik Norland* (misbrug).

57. Jf. herved UfR 1921, 33 Ø *Fisker Rasmus H. Madsen mod Ingeniør Alvard Bondegaard*, UfR 1981, 300 H *Tømrmester Aage V. Jensen mod Gulf Oil A/S* med kommentar af *Mogens Munch* i UfR 1981 B, s. 298 ff, UfR 1981, 725 Ø *Ruth Tobiesen mod Vime Konsum A/S*.

58. Jf. om realitetsgrundsætningen nedenfor.

retsregel på en situation, som ikke er forudset af lovgiver eller kontraktsaffatteren, hvilket indebærer, at de almindelige fortolkningsregler ikke kan anvise et tilfredsstillende resultat⁵⁹. Således antages det, at udgangspunktet for beskrivelsen af retsmisbruget må tages i domstolens kvalifikation og fortolkning af fakta. Det anføres, at beskrivelsen af retsmisbrug således i mindre grad er knyttet til forståelsen/tolkningen af et retligt kildemateriale end til kvalifikationen af den faktiske begivenhed⁶⁰. Herved foretages en realitetsprøvelse af retsudøvelsens argumenter for retsudøvelsen. Der formuleres en retsmisbrugsregel, der i sin enkelhed indebærer, at retsmisbrug som defineret ovenfor ikke nyder retsbeskyttelse⁶¹. *Jens Evald* konstaterer på baggrund af en analyse af retspraksis, at de tanker, der ligger bag den skatteretlige realitetsgrundsætning, har et bredere anvendelsesområde og gælder omgåelse generelt og altså også i civilretten⁶². Hermed understreger forfatteren dog udelukkende, at der ikke er forskel på omgåelsesproblemet i og uden for skatteretten, når anvendelsen af formålsfortolkning undtages. Omgåelsesnormen er således generelt en norm om realitetsprøvelse⁶³. Denne konklusion er dels tilsluttet i teorien⁶⁴, dels forkastet i teorien⁶⁵.

59. Jf. *Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 31.

60. Loc.cit.

61. Op.cit., 42, hvor reglen dog indeholder en reservation om, at en ret efter omstændighederne kan have en sådan karakter, at den ikke kan misbruges. Betingelserne i bestemmelsen anføres som værende alternative og ikke kumulative.

62. Se endvidere for konstateringen af en civilretlig realitetsgrundsætning, *Jørgen Lykkegaard*: Goodwillgodtgørelse – betydningen af handelsagentdirektivet 86/653/EØF for handelsagenter og andre afsætningsformidlere, ikke offentliggjort ph.d.-afhandling fra Aarhus Universitet, 2000, s. 132.

63. Jf. *Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 158 og s. 161 ff. Det anføres dog, at det er yderst vanskeligt at angive realindholdet af dispositionerne, hvorfor normen alene kan anvendes ud fra en konkret vurdering. Forfatteren fastholder efter at have formuleret omgåelsesproblemet som en spørgsmål om fortolkning af faktum, at omgåelse er udtryk for retsstridig retsudøvelse, idet man ved fastlæggelsen af dispositionens realindhold får klarlagt, hvad formålet med dispositionen er, og om dette formål strider mod den berørte lovgivnings formål. *Jens Evald* ønsker dog ikke at anvende realitetsterminologien i stedet for retsstridig retsudøvelse af hensyn til international terminologi og respekt for skatteretten og udviklingen i den skatteretlige teoridannelse og udvikling, jf. *Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 319.

64. Tilsyneladende finder *Mads Bryde Andersen* teorien acceptabel om end forfatteren antager, at nævnte afhandling primært tilvejebringer fundamentet for den fremtidige behandling af retsmisbrugsproblemet i formueretten, jf. anmeldelsen i UfR 2002 B, s. 66 ff (68).

65. Se således *Erik Werlauffs* stærkt kritiske anmeldelse i J 2002, s. 137 ff. *Erik Werlauff* finder som nævnt ovenfor, at det formentlig er tvivlsomt, om det er meningsgivende at anvende retsmisbrugsbegrebet. Forfatteren finder tillige, at *Jens Evald* med sin afhand-

§ 3 Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Skatterettens forhold til privatautonomien figurerer i den præsenterede evalueringsmodel som en selvstændig opståelsesmulighed ved konkrete samspil i forholdet mellem skatteret og civilret. Hermed tilkendes gives forholdets vigtighed. Det burde derfor ikke være nødvendigt at nævne, at det primære relevante samspilsproblem udgør skatterettens fravigelser fra privatautonomien. Denne type af samspilsproblemer kan også benævnes *anerkendelsesspørgsmål*. Ved denne type af samspil er temaet, hvorvidt kontraktsfriheden i skattemæssig henseende skal anerkendes eller ej. Hertil kommer den undergruppering, at der tillige kan være tale om brug af civilretlige begreber.

Herefter må det konstateres, at evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger ikke synes at udgøre en hindring for en behandling af skatteretlige korrektionsmuligheder i henhold til en standardiseret bedømmelsessystematik. Som det sidste led i evalueringsmodellens første

ling i stedet for en retsdogmatisk formueretslig fremstilling har frembragt en afhandling indenfor retslæren og retshistorien, der har skildret, ad hvilke veje vi i dansk ret har bevæget os frem til nutidens retstilstand vedrørende urimelighed. I det hele taget findes det, at afhandlingen vedrører balance-, ækvivalens-, rimeligheds-, og proportionalitetsbetragtninger, og at man ikke behøver at gå ad misbrugsomvejen for at komme til det ønskede resultat. Det anføres, at afhandlingen kun medfører meget lidt om gældende ret, ligesom det anføres at forfatteren aldrig rigtigt kommer ind til emnets centrale dele. Det hævdes, at Evalds teser ikke udgør teser, og at samme i hvert tilfælde står som ubekræftede ved afhandlingens slutning. Evalds domsanalyser kritiseres, for at være overfortolkende, således at der ikke med den påberåbte domspraksis er tale om misbrug, men i stedet om forhold der kunne være belyst med rimeligheds- og proportionalitetsbetragtninger, jf. op.cit., s. 143. Det anføres, at afhandlingen ikke i tilstrækkelig høj grad tager højde for den udvikling, man har set inden for forskellige retsområder, og som på et relativt tidligt stadium af udviklingen overflødiggør det subjektive element i argumentationen, hvorfor afhandlingen afliver misbrugsbegrebet, men uden at erkende dette forhold. Der efterlyses, op.cit., s. 145, en forkastelse af misbruget som udgangspunkt, hvilket burde erstattes af et forsøg på at formulere en mere nutidig og på mere objektive hensyn hvilende grundsætning, idet misbrugsbegrebet efter *Erik Werlauffs* opfattelse nu reelt er absorberet af andre regler og grundsætninger, der bedre end et misbrugsbegreb kan tackle problemerne. Derimod er forfatteren enig i den observation, at indholdskontrollen og saglighedsefterprøvelsen ikke blot har relation til forholdet mellem retsudøverens præmisser og beslutning, men også til forholdet mellem præmisserne indbyrdes, dvs. en efterprøvelse af forholdet mellem formalitet og realitet. Således er det fundet berettiget at forfatteren har taget udgangspunkt i domstolens beskrivelse og kvalifikation af fakta, og påpeget, at beskrivelsen af retsmisbrug i mindre grad er knyttet til forståelsen af retsligt kildemateriale end til kvalifikationen af den faktiske begivenhed (en realitetsgrundsætning), op.cit., s. 148.

trin antages det, at der som udgangspunkt gælder autonomi i forholdet mellem skatteret og civilret, således også på dette område. En iværksættelse af trin 2 i evalueringsmodellen indebærer imidlertid en fravigelse herfra.

§ 4 Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Indledningsvis skal det bemærkes, at de samspilsproblemer, der opstår i tilknytning til privatautonomiens anvendelse i skatteretten, ikke bliver frasorteret som værende irrelevante gennem evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger. Idet det bemærkes, at forudsætningerne for kongruens er til stede, nemlig ved den konstatering, at civilretten i et vist omfang og med betydelige usikkerheder har fastlagt et begrebsindhold for privatautonomien som det konkret analyserede begreb, ligesom det er meningsgivende at tale om kongruens på det konkrete område, er der hermed dannet grundlag for at undersøge eksistensen af et eventuelt kongruenskrav- eller behov ved den skatteretlige anvendelse af civilrettens aftalefrihed, med henblik på at vurdere om relationens udgangspunkt om autonomi kan eller bør fraviges. Det bemærkes herved, at en anerkendelse af aftalefriheden tillige udgør udgangspunktet i skatteretten, ligesom der ikke stilles særlige formkrav som forudsætning for denne accept.

Skulle der peges på et retligt faktum, der umiddelbart synes at opfylde de opstillede kongruensbetingelser, måtte det være privatautonomien. Det står således klart, at privatautonomien har stor indflydelse på og betydning for civilretten. Privatautonomien er en fundamental præmis for civilretten, og civilretten hviler på en tydelig forudsætning herom. Man finder således næppe noget element i den juridiske orden af større og mere fundamental betydning end aftalefriheden. Grænserne for den heraf afledte aftalefrihed er dog ikke mulige præcist at definere. Der hersker for så vidt ikke tvivl om, at aftalefrihedens udfald under normale omstændigheder udgør et passende udtryk for dispositioners reelle økonomiske strømme. Forholdet er imidlertid blot det, at misbrugsmulighederne er oplagte, hvorved den nævnte forudsætning ikke naturgivent opfyldes. Aftalefriheden forudsættes tillige i skatteretlig henseende. Kongruensbetingelserne er dermed tilsyneladende opfyldt.

Som det er fremgået, er der i civilretten foretaget betydelige indskrænkninger i aftalefriheden, hvad enten, der er tale om en ændring i aftalevilkår med henblik på at genoprette kontraktsbalancen, eller om der er tale om retsmisbrug, der antageligvis ikke nyder retsbeskyttelse. Disse indskrænkninger har dog ikke ændret ved udgangspunktet om, at der ved privatautonomien er tale om en central parameter i civilretten. Blot findes der andre vægtige hensyn, der tillige søges varetaget på linie med varetagelsen af aftalefriheden. Disse andre hensyn i form af værn mod misbrug, socialhensyn og andre samfundsmæssige hensyn ses at udgøre civilretligt legitime fravigelsesbegrundelser. Når således en civilretlig fravigelse fra tanketangen om privatautonomi må accepteres, må en tilsvarende begrænsning accepteres i skatteretlig henseende. Trods denne begrænsning må der siges at bestå et *stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov* ved den skatteretlige anerkendelse af den civile aftalefrihed. Denne antagelse understøttes tillige af de omstændigheder, at netop aftalefriheden er klart udviklet og hviler på en lang samfundsmæssig tradition. Behovet underbygges videre af det forhold, at det fremmer den praktiske håndterbarhed at lægge aftalefrihedens udslag til grund for beskatningen, idet der ikke findes andre veludviklede alternativer.

Også i henseende til retskildebestemt kongruens synes der at kunne identificeres et krav herom. Baggrunden for dette er, at det formentlig i skatteretten i al almindelighed er forudsat, at civilretten udgør grundlaget for opgørelsen af skattefordringen, når ikke andet fremgår direkte af skattelovgivningen. Eller med andre ord er det en forudsætning, at aftalefriheden modsvares af de dertil hørende skattemæssige følger. Der findes ikke endnu andre alternativer til at foretage en afdækning af skatteydernes økonomiske bevægelser. Dette taler for at acceptere aftalefriheden i skatteretlig henseende og dermed at lægge denne til grund for beskatningen. Ligeledes findes der i retspraksis klare tilkendegivelser om, at aftalefriheden som udgangspunkt skal respekteres i skatteretlig henseende, når ikke der er mangel på konkret eller generel interessemodsætning. På denne baggrund må det retskildebestemte kongruenskrav siges at være *middelstærkt*, idet der i domspraksis tillige i vidt omfang foretages fravigelse fra aftalefriheden gennem korrektive indgreb ved interessefællesskaber.

Det bemærkes endelig, at forudsætningerne for kongruens er til stede, idet det er meningsgivende at tale om en skatteretlig accept af aftalefriheden, idet denne danner det primære producent af faktum til

brug for den skatteretlige subsumption samt det forhold, at aftalefriheden er en civilretlig forudsætning. Kravene til eventuelle skatteretlige modhensyn er følgelig store, og spørgsmålet er herefter hvilke hensyn, der kan legitimere et sådant skatteretligt reaktionsmønster.

Det er med det følgende intentionen at fremhæve nogle af de helt overordnede betragtninger, der kan fremføres om skatterettens forhold til partsautonomien. Disse betragtninger konfronteres siden med forekommende fravigelser i dansk skatteret.

Det er i denne forbindelse navnlig interessant at vurdere, om der består et spændingsforhold mellem partsautonomien som civilretlig grundværdi og skatteretlige grundværdier. I udenlandsk ret har visse forfattere undersøgt *spændingsforholdet mellem privatautonomien og evneprincippet og herved mellem ligebehandlings- og neutralitetstankegangen og partsautonomien*⁶⁶. Såfremt skatteretten ikke ønskes at krænke de af ligebehandlingsgrundsætningen udspringende principper, kan man ikke have indvendinger mod, at formelt forskellige privatautonome handlingsalternativer ved materielt ens faktum medfører forskellige skatteretlige resultater⁶⁷. Omsætningen af sådanne betragtninger til praksis afdækker imidlertid et af skatterettens grundproblemer, idet opgaven er yderst vanskelig at udføre. Ligeledes opstår der vanskeligheder, når grundsætningen skal konkretiseres. Der skal således spørges, hvornår der foreligger materielt identiske retsforhold, der med henvisning til ligebehandlingstankegangen nødvendiggør, at formelt forskellige privatretlige dispositioner skal medføre samme skattemæssige følger⁶⁸. Omvendt kan der spørges, hvornår forskellige privatretlige sagsforhold foreligger, hvilke i henhold til ligebehandlingsgrundsætningen fordrer forskellig beskatning⁶⁹. Særligt nyere teori har anerkendt, at der kan

66. Evneprincippet benævnes i tysk ret som »Das Leistungsfähigkeitsprinzip«. Denne benævnelse er i virkeligheden blot en forkortet betegnelse for »Prinzip gleichmäßiger Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit«. jf. herved *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung I*, 2000, s. 479 ff (s. 480 og s. 500). Herved er koblingen mellem ligebehandlingsprincippet og evneprincippet åbenbar. I dansk skattejuridisk litteratur har der ikke været tradition for at analysere disse sammenhænge, men en tilsvarende kobling må antages at bestå mellem det i dansk skattepolitik anvendte evneprincip og ligebehandlingstankegangen.

67. Jf. *Thomas Koller: Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 83 f.

68. Loc.cit.

69. I tysk ret er denne diskussion navnlig ført i forbindelse med de lege ferenda analyserne om hensigtsmæssigheden af en retsformneutral virksomhedsbeskatning. *Klaus Tipke & Joachim Lang* konstaterer i *Steuerrecht*, 1998, s. 734 ff (ikke gentaget i 2002-udgaven), at der stadig er behov for en reform, hvilket til dels skyldes tilknytningen til civilretten

bestå et potentielt spændingsforhold mellem privatautonomien og ligebehandlingsgrundsætningen. Særligt skal fremhæves bidragene fra *Rainer Walz*⁷⁰, *Georg Crezelius*⁷¹ og *Thomas Koller*⁷².

I henhold til *Walz*' opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret, består der ikke noget spændingsforhold mellem partsautonomien og de af ligebehandlingsgrundsætningen udspringende principper, herunder navnlig evneprincippet. Baggrunden herfor er, at forfatteren finder, at evneprincippet har samme betydning for skatteretten som partsautonomien har for vare- og tjenesteydelsesomsætningens retlige system. Det anføres, at principperne er gensidigt afhængige grundbestanddele og -principper i den økonomiske orden. Efter indgående analyser konstaterer *Walz*, at den civile partsautonomi og det skatteretlige evneprincip ikke blot ikke strider mod hinanden, men faktisk er gensidigt betingede, samt at evneprincippet forudsætter partsautonomiens eksistens⁷³. Den sideordende eksistens af privatautonomi og evneprincippet betyder, at såvel civilret som skatteret forudsætter autonomt handlende retssubjekter, dog under hensynstagen til retsordenens grænser. På linie hermed angiver også *Klaus Tipke*, at der ikke gennem princippet om privatautonomi udløses noget spændingsforhold, idet skatteretten som hovedregel respekterer privatautonomien⁷⁴. Det skatteretlige ligebehandlingsprincip, der i tysk ret kommer til udtryk i Grundgesetz art. 3, indebærer et krav om ensartet beskatning af ensartede forhold, uanset om disse forhold er opnået gennem forskellige

og *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band II, 1993, s. 1025 ff, der s. 1027, konstaterer at »... Das Steuerrecht ist – auch im unternehmensbereich – nicht rechtsformneutral ...«. Forfatteren argumenterer for indførelsen af en generel »unternehmensbesteuerung«. Det skal bemærkes at litteraturen herom er uoverskuelig, men særligt må fremhæves Verhandlungen des Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentag, 1983, særligt *Rainer Walz*' bidrag i Band I, Gutachten F, Empfiehlt sich eine rechtsformunabhängige Besteuerung der unternehmen?, s. 7-116. Se hertil *Brigitte Knobbe-Keus* referat af samme i Band II, Teil O, s. 8-37, og *Konrad Littmanns* referat samme sted, s. 38-58.

70. Jf. Sterergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, s. 158 f, og samme i Die Steuerrechtliche Herausforderung, ZHR 147/1983, s. 283 ff (s. 287 og s. 289). *Walz*' tanker er præsenteret ovenfor i Del III, kapitel 12, § 5.

71. Jf. Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung – Grundlagen für eine liberale Besteuerungspraxis, 1983, s. 327 ff. *Crezelius*' tanker er præsenteret ovenfor i Del III, kapitel 12, § 5.

72. Jf. Privatrecht und Steuerrecht – Eine grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, 1993, s. 83 ff. *Kollers* tanker er præsenteret ovenfor i Del III, kapitel 13, § 2.

73. Jf. *Rainer Walz*: Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, s. 214.

74. Jf. *Klaus Tipke*: Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2000, s. 52 f.

civilretlige foranstaltninger. Tilsvarende accepteres misbrug af civilretlige udformningsmuligheder ikke i skatteretten, jf. § 42 AO. Således kan det siges, at princippet om ensartethed i beskatningen går forud for privatautonomien.

Som omtalt tidligere opfatter *Crezelius* grundlæggende forholdet mellem skatteret og civilret således, at civilretten indtager en klar førerrolle. Forfatteren står som nævnt alene med denne opfattelse. Alene står han imidlertid også med sin opfattelse af betydningen af partsautonomien i skattemæssig henseende. *Crezelius* er af den opfattelse, at skatteretten tager udgangspunkt i en forældet opfattelse af civilretten, nemlig derved, at der skulle gælde en uindskrænket og uindskrænkkelig partsautonomi i civilretten. Det konstateres, at der i civilretlig lovgivning og retspraksis har fundet en politisering af civilretten sted, hvorved rimelighedsbedømmelser i højere grad indgår⁷⁵. *Crezelius* taler i denne forbindelse om, at civilretten udøver en saglig kontrol og ikke viger tilbage for at foretage omkvalificeringer. Man kunne passende bruge begrebet *aftalecensur* om de indgreb, der følger af denne udvikling⁷⁶. Det er derfor forfatterens opfattelse, at man med civilrettens udvikling i erindring, kan placere skatteretten i retssystemet på en sådan måde, at den af parterne valgte form skal anerkendes, så længe parterne holder sig inden for rammerne af den civilretligt garanterede partsautonomi⁷⁷. Heraf udledes videre, at den skatteretlige retsanvender er berettiget til at fravige civilretten, i tilfælde af såkaldt »gestörter privatautonomie« (forstyrret privatautonomi) derved at dispositionen også kan angribes på civilrettens område grundet den konstaterede forstyrrelse af partsautonomien⁷⁸. *Crezelius* anerkender dog, at en civilretlig analyse i konkrete situationer er kompliceret, idet skatteretten står over for spørgsmålet om, hvilket faktum der skal lægges til grund for beskatningen.

Som det ses, finder såvel *Walz* som *Crezelius*, at der ikke findes noget spændingsforhold mellem privatautonomien og ligebehandlingsgrundsætningen.

Thomas Koller finder de præsenterede tankemønstre af ringe praktisk

75. Jf. *Georg Crezelius: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung*, 1983, s. 328.

76. Sml. *Kristian Huser: Aftalesensur*, 1983.

77. Op.cit., s. 331.

78. Op.cit., s. 334.

Del IV – Konfrontation

anvendelighed⁷⁹. *Koller* finder *Crezelius'* konklusioner alt for vidtgående. Det anføres således, for det første, at *Crezelius'* grundholdning er problematisk. For det andet anføres det, at *Crezelius* overvurderer civilrettens selvreguleringsfunktion⁸⁰. Derimod tilslutter *Koller* sig *Walz'* grundholdning. Denne synsmåde på relationen mellem privatautonomien er udslag af en idealmodelforestilling. Det reelle forhold mellem privatret og skatteret er dog meget mere komplekst end som så, hvorfor *Koller* finder, at en sådan model kun sjældent vil være rigtig. Kravet om koordination af privatretlige og skatteretlige værdielementer i interaktionsfeltet mellem disciplinerne er baseret på idealet – eller aksiomet – om værdikongruens og støtter sig på en teoretisk modelforestilling om retsdisciplinernes gensidige betingethed⁸¹. Af disse årsager finder forfatteren, at der består et spændingsforhold mellem privatautonomien og de skattepolitiske grundsætninger om ligebehandling og evneprincippet⁸². Dette potentielle spændingsforhold mellem partsautonomien som civilretlig grundsten og skatteretlige grundværdier består også i dansk ret. Det nærmeste, man kommer en generel konfrontation, er således vurderingen af forholdet mellem privatautonomien og de centrale skattepolitiske principper om beskatning efter evne, ligebehandlings- og neutralitetsprincipperne. Evneprincippet må siges at være et centralt princip i skatteretten. Dette gælder også for selskabsbeskatningen, når der i princippet indlæses tankegangen om ligebehandling og neutralitet⁸³.

Idet de nævnte skattepolitiske hensyn må antages at have samme betydning i skatteretten som partsautonomien i civilretten, må en skatteretlig censureringsaktivitet, der indebærer et værn mod forstyrrelser af disse hensyn, anerkendes ud fra koordinationstankegangen. Hvorledes sådanne skatteretlige værn konkret udformes, og i givet fald i hvil-

79. Jf. *Thomas Koller*: *Privatrecht und Steuerrecht*, 1993, s. 87 ff.

80. På dette punkt får *Koller* støtte af *Joachim Schulze-Osterloh* i *StuW* 1986, s. 76 f.

81. *Op.cit.*, s. 88.

82. *Thomas Koller* fremhæver *op.cit.* tillige andre værdiantinomier ved forholdet mellem skatteret og civilret. Således nævnes forholdet mellem partsautonomien og hensynet til praktikabilitet i skatteretten, forholdet mellem praktikabilitet i civilretten og evneprincippet samt endelig forholdet mellem grundlæggende civilretlige reguleringsforestillinger og skatteretlige retfærdighedsbetragtninger. Sidstnævnte forhold antages navnlig at have betydning i forbindelse med omgælsesproblematikken.

83. Jf. *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 1, 2004, s. 37 f, hvor det anføres, at der næppe kan herske tvivl om, at evneprincippet har en fundamental placering i skattesystemet. Evneprincippet søges realiseret på forskellige måder, idet skatterne kan opgøres som en proportional- eller en progressiv beskatning.

ket omfang betingelserne herfor er opfyldt, kan der ikke ytres noget generelt om på dette sted. Navnlig hvor der udøves skatteretsmisbrug, må der a priori antages at forekomme betydelige og legitime skatteretlige fravigelser fra privatautonomien. Nedenstående afsnit indeholder en stillingtagen til blandt andet dette spørgsmål.

§ 5 Privatautonomiens skatteretlige betydning – evalueringsprocessens trin 3

5.1. Det skatteretlige udgangspunkt: accept

Privatautonomiens udfald udgør som overvejende hovedregel faktum i skatteretlig henseende⁸⁴. Denne konstatering fremkommer ved, at der som oftest ikke findes et særligt skatteretligt kvalifikationssystem, hvorefter faktum tilvejebringes til brug for den skatteretlige subsumption. Hermed står det klart, at skatteretten må falde tilbage på de gennem aftalefriheden frembragte dispositioner og disses civilretlige kvalifikation. Det står ligeledes klart, at skattemyndighederne som udgangspunkt ikke vil finde anledning til at censurere eller ændre disse dispositioner eller den præjudicielt foretagne civilretlige kvalifikation⁸⁵. Dette klare forhold fremgår ikke eksplicit nogetsteds i skattelovgivningen. Konstateringen må antages at være en afledt konsekvens af aftalefrihedens almene betydning i retssystemet. Det må således være en konsekvens af denne betydning, at også omverdenen og herunder skat-

84. Se også *Michael Serup* i R&R 1990/7, s. 30 f, hvor det anføres, at det for den skatteretlige bedømmelse er principielt nødvendigt, at det pågældende faktiske forhold kvalificeres civilretligt, og at skatteretten herved bygger på og forudsætter en anvendelse af civilretten således forstået, at den skatteretlige kvalifikation af en given disposition sædvanligvis forudsætter en forudgående civilretlig bedømmelse og kvalifikation af dispositionen. Det anføres, at skatteretten imidlertid har et i forhold til civilretten selvstændigt formål, idet der i skattelovgivningen er indlagt bestemte forudsætninger om, hvilke dispositioner, der skal udløse de fastlagte skatemæssige konsekvenser. I denne forstand udgør skatteretten efter forfatterens opfattelse et selvstændigt retssystem, hvor de fiskale formål og skatteevneprincippet yder en bestemmende indflydelse på den skatteretlige bedømmelse af foretagne dispositioner, hvorved der, uanset dispositionens civilretlige karakter, skal foretages en selvstændig skatteretlig bedømmelse. Det er på denne baggrund anerkendt, at ligningsmyndighederne kan foretage selvstændige bedømmelser af forudsatte civilretlige kvalifikationer.

85. En egentlig pligt til at anvende parternes civilretlige kvalifikation eksisterer dog ikke. I henhold til den obligationsretlige relativitetsgrundsætning har aftaler kun virkning mellem aftalens parter og altså ikke overfor tredjemand, herunder fiscus som tvangs-kreditor.

temyndighederne skal respektere aftalefriheden, og de konsekvenser den måtte få⁸⁶. Derimod fremgår det tilsyneladende forudsætningsvis flere steder, at skattemyndighederne som udgangspunkt skal anerkende parternes civilretlige aftaler. Det fremgår således eksempelvis af bemærkningerne til AFL § 45, stk. 2-4⁸⁷, at det forhold at parternes aftale om fordeling af købesummen på de enkelte aktiver i en overdragelsesaftale, som udgangspunkt skal lægges til grund af skattemyndighederne, med mindre den aftalte fordeling åbenbart ikke svarer til de faktiske værdier⁸⁸.

Ligeledes kan det antages, at flere skatteretlige misbrugsbestemmelser hviler på en forudsætning om respekt af aftalefriheden. Dette gælder de bestemmelser, der hjemler korrektion af parternes aftaler, herunder navnlig LL § 2. Der er almindelig enighed om dette udgangspunkt, hvorved dog bemærkes, at der ikke består en generel ufravigelig civilretlig dominans over skatteretten. Det praktiske udgangspunkt er således, at en accept af privatautonomien udgør den skatteretlige hovedregel. Aftaleparterne har som udgangspunkt adgang til at give en aftale det indhold, de måtte ønske, uden en civilretlig censurering heraf. På tilsvarende vis har parterne som udgangspunkt ret til at indrette sig på den i forhold til omverdenen gunstigst mulige måde. Det kan således udledes, at en civilretligt gyldig aftale som udgangspunkt også skal respekteres i skatteretlig henseende. Dette udgangspunkt gælder uanset, om der herved udløses mere gunstige skattemæssige følger end alternative dispositioner. Begrundelsen for den skatteretlige accept må også ses som værende en følge af, at der ved transaktioner mellem parter normalt vil bestå modsatrettethed i disses interesser. Ved dispositioner mellem uafhængige parter må det således formodes, at der fremkommer viljesbetingede overenskomster, der afspejler parternes modsatrettede interesser. Traditionelt taler man om, at dispositioner mellem ikke-interesseforbundne parter er underlagt en såkaldt *selvre-gulerende effekt*, således at parternes modstående interesser vil sikre, at

86. Jf. *Michael Serup* i R&R 1990/7, s. 31. Det forholdet sig tilsvarende i en lang række lande. I tysk ret er sammenhængen blandt andet behandlet af *Hans Blencke*: *Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht und ihre Grenzen*, 1979. Forfatterens fremstilling, der har håndbogssigte, afdækker den nævnte sammenhæng og myndighedernes korrektionsmuligheder.

87. Jf. Lovforslag L 102 (lov nr. 433 af 26.6. 1998) til § 45.

88. Jf. også LV 2005 E.I.2.1.

dispositionerne indgås på markedsmæssige vilkår. En overdragers interesse i at opnå så høj en pris som muligt modsvares af erhververens interesse i at betale så lidt som muligt. På tilsvarende måde vil parter uden interessefællesskab sædvanligvis have modstående interesse i købesummens fordeling imellem de forskellige aktiver ved en handel. Der må således konstateres en overensstemmelse mellem de bestående stærke og middelstærke kongruenskrav og den praktiske skatteretlige virkelighed. Det præciseres dog, at der må stilles krav om at en disposition er civilretlig gyldig, såfremt denne skal respekteres ved ligningen, idet skattemyndighedernes ikke behøver at respektere en disposition, som ikke engang binder parterne selv⁸⁹.

5.2. Den skatteretlige undtagelse: indholds- og eksistenskorrektur

5.2.1. *Alment*

Det står klart, at det ikke kun er i civilretlig henseende, der er fundet anledning til at gennemføre visse censureringsforanstaltninger i forhold til aftalefrihedens udfald. I ethvert retssystem har skattemyndighederne i et eller andet omfang adgang til at korrigere parternes aftale i skattemæssig henseende. En sådan skatteretlig aftalecensur kan bestå i en censur af aftalernes indhold, herunder vilkårene i samme eller kvalifikationen af indholdet (indholdskorrektion). Censuren kan også bestå i en generel frakendelse af dispositionens skatteretlige eksistens, herunder bestående i en reklassificering fra en benævnelse til en anden (eksistenskorrektur)⁹⁰.

89. Jf. I. A. Strobel i UfR 1967 B, s. 233 ff, hvor det anføres, at kravet særligt gælder i interessefællesskaber, idet det ikke er givet, at der af domstolene uden for disse tilfælde stilles lige så strenge krav.

90. Thøger Nielsen anfører rammende i Indkomstbeskatning I, 1967, s. 192 in fine, at »... Korrektion af selskabets ligningsgrundlag vil hyppigt gå på tværs af de af selskabet indgåede bindende aftaler, og resultatet af indkomstopgørelsen kan derfor komme til at afvige fra selskabets eget regnskab. Dette er blot et blandt flere udtryk for, at den skattemæssige vurdering og behandling af indkomst- og udgiftsposter i vidt omfang er uafhængig af de resultater, der ville fremkomme ved anvendelsen af almindelige formueretlige, selskabsretlige og bogføringsretlige principper. Der er i og for sig ikke tale om, at bestående aftaler mv. betragtes som ugyldige i privatretlig forstand. Der er blot tale om, at man i større eller mindre omfang ser bort fra dem som bestemmende for behandlingen af ligningsgrundlaget. På den anden side er det af største vigtighed at understrege, at friheden til at anlægge den selvstændige skattemæssige vurdering ikke er ubegrænset, men netop er behersket af vigtige retlige synspunkter«.

Del IV – Konfrontation

Disse skatteretlige censureringsforanstaltninger kan – ligesom det også gælder for den civilretsinterne censur – anskues som indskrænkninger i eller begrænsninger af privatautonomien⁹¹. Uanset disse overvejelser behandles de forekommende skatteretlige korrektioner som indskrænkninger i og begrænsninger af privatautonomien. De indskrænkninger og begrænsninger, der foretages i skatteretlig henseende og i civilretlig henseende, vedrører ikke identiske forhold. Det kan derfor ikke generelt antages, at sådanne dispositioner der findes anledning til at korrigere i skatteretlig henseende tillige vil undergives en civilretlig censur.

Fokus har været rettet mod af aftalefrihedens udfald, ved skatteudnyttelser i interessefællesskaber. Interesseforbundne parter kan indgå aftaler eller foretage andre dispositioner på tilsvarende vis som alle andre, medmindre der på et særligt område er et udtrykkeligt forbud herimod, jf. eksempelvis det selskabsretlige forbud mod aktionærlån⁹². Ved interessefællesskab forstås et generelt eller konkret fællesskab opstået ved sammenfald af økonomiske interesser hos to eller flere formelt selvstændige retssubjekter. I skatteretlig henseende omfatter interessefællesskabet et fællesskab bestående af flere formelt selvstændige skattemæssige subjekter, som har fælles økonomiske interesser, og som har mulighed for at tilrettelægge indbyrdes dispositioner, således at interessefællesskabets samlede skat minimeres⁹³. Det skatteretlige interessefælles-

91. En anden og besnærende betragtningsmåde er i stedet at se censuren som udtryk for en genopretning af en »rigtig« privatautonomi. Heri ligger, at det er en forudsætning bag den liberalistiske tanke om privatautonomi, at markedstransaktioner foretages mellem parter, som har modstående interesser og befinder sig i en ligeværdig forhandlingsposition, og at disse afgiver frie viljeserklæringer. I henhold til denne tankegang er der således ikke ved den omtalte censur tale om indskrænkninger i eller begrænsninger af privatautonomien, idet privatautonomien i stedet så at sige i stedet blot genetableres. Skatterettens indholds- eller eksistenskorrektur kan herved, for så vidt angår den konkrete undersøgte retshandel, genoprette magtbalancen mellem parterne. Herved fremkommer ud fra en rent teoretisk betragtning et skatteretligt resultat, der svarer til resultater, der kunne fremkomme under privatautonomiens idealforestillinger.

92. Jf. herom bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) om LL § 2.

93. Jf. *Jan Pedersen: Skatteudnyttelse*, 1989, s. 315 og samme i R&R 1996 SM, s. 327 ff, hvor det anføres, at det skatteretlige interessefællesskab er et nøglebegreb inden for skatteretten, idet interessefællesskabet ophæver den forening af parternes modstridende interesser, som en normal privatretlig disposition almindeligvis er resultatet af.

skabsbegreb er et relationsbegreb, hvis indhold ikke kan fastlægges generelt⁹⁴.

Generelt interessefællesskab kan siges at foreligge ved overdragelser i gavemiljø, eller hvor der er fælles økonomiske interesser, f.eks. hovedaktionær/selskab. Således fokuseres der naturligt i skatteretten på familie- bekendtskabs-, aktionær-, og koncerndispositioner.

Der forekommer ligeledes situationer, hvor der kan konstateres *konkrete interessefællesskaber* med henblik på at minimere det samlede skatetilsvær, og som alene knytter sig til den konkrete disposition. I disse situationer foreligger der således som udgangspunkt ikke øvrige sammenfaldende, familiemæssige eller økonomiske interesser. Et konkret interessefællesskab vil typisk opstå som følge af de gældende skatteregler og er udtryk for, at problematikken ikke udelukkende forudsætter tilstedeværelsen af permanente interesseforbindelser. Udtrykt anderledes kan der også siges at bestå situationer, hvor der konkret ikke foreligger et interessemodsætningsforhold. Interessessammenfald kan endelig siges at foreligge, hvor kun den ene part har skattemæssig interesse i fordelingen af en købesum.

Det må fremhæves, at interesseforbundne parter som selvstændige retssubjekter kan indgå aftaler og foretage retlige dispositioner med hinanden og med tredjemand på tilsvarende måde som andre, medmindre udtrykkelig lovhjemmel herimod findes. Herved er der ikke noget odiøst ved at lade skattemæssige hensyn influere på parternes dispositioner. I interessefællesskaber foreligger der ikke nødvendigvis modsatrettede interesser og dermed ikke den ovenfor omtalte selvregulerende effekt. Det er således inden for interessefællesskaber muligt at udforme indbyrdes aftaler således, at de tjener skattebesparelsesformål frem for øvrige almindelige forretningsmæssige formål. Inden for interessefællesskabet kan hensynet til at opnå størst muligt økonomisk udbytte af en given disposition tilsidesættes af hensynet til at minimere den samlede skat. Herved er den traditionelt forudsatte kontraktsbalance ikke til stede. Denne omstændighed er tillige årsagen til, at skattemyndighedernes bevågenhed øges, interessen skærpes og prøvelsen af

94. Jf. Ole Bjørn i FSR's årsskrift 1990, Skatteret, s. 33 ff, og samme i SR-Skat 1992, s. 11 f, og SR-Skat 1996, s. 324 f.

forholdene intensiveres⁹⁵. Der kan ikke rettes principielle indvendinger mod dette⁹⁶.

I almindelighed sammenfattes betingelserne for skattemæssige korrektioner ved selskabs/ aktionærdispositioner som krav om, (1) at der skal være tale om forretningsmæssigt set unormale dispositioner mellem et selskab og dets (hoved)aktionær. Således kan der ikke korrigeres, såfremt der ikke har fundet indkomstforvridning sted⁹⁷. (2) Der skal være et interessefællesskab mellem selskabet og (hoved)aktionæren⁹⁸. (3) Det skal være aktionærindflydelsen (interessefællesskabet), der har forårsaget anvendelse af de forretningsmæssigt set unormale dispositioner. Også dette krav må anses som værende en nødvendig forudsætning for skattemyndighedernes korrektionsadgang. Såfremt der derimod ikke foreligger generelt eller konkret interessefællesskab, synes der ikke at være noget retligt grundlag for at korrigere parternes indkomstopgørelse⁹⁹. Den blotte eksistens af et skatteretligt interessefællesskab har herved ikke materiel betydning i relation til skatteretlige korrektionsmuligheder, men skaber en formodning, der medfører et beviskrav for parterne. Interessefællesskabet er således ikke en *conditio sine qua non*¹⁰⁰. Såfremt der ikke foreligger noget interessesammenfald mellem parterne, men et traditionelt modsætningsforhold i deres indbyrdes forhandlingspositioner, må man således også skatteretligt anerkende, hvad parterne således civilretligt har forhandlet sig frem til¹⁰¹. Det er dog ikke fuldstændigt udelukket at foretage skattemæssige kor-

95. Jf. om det skatteretlige interessefællesskab i almindelighed, *I. A. Strobel* i UfR 1967 B, s. 233 ff, *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning I, s. 191 ff, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 1999, s. 39 ff, *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 315 ff, samme i Skatteretten 1, 2004, s. 135 f, *Lida Hulgaard* i Lærebog om indkomstskat, 2000, s. 351 ff og LV E.I.2.2. Det bemærkes, at der findes en righoldig litteratur om de specielle udslag af det skatteretlige interessefællesskab, jf. senest *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2001 og *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998.

96. Sml. *Michael Serup* i R&R 1990/7, s. 29.

97. Jf. UfR 1978, 37 H *Jerry Munch* og UfR 1981, 1030 V *Bent Krogh*.

98. Som påvist ovenfor, har der ikke i alle sager eksisteret et sådant interessefællesskab, hvilket dog tilsyneladende ikke altid har ført til korrektionsafholdenhed. Ikke desto mindre må udsagnet opretholdes som en nødvendig forudsætning for korrektion.

99. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 14 og samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 315 ff, *Lida Hulgaard* i Lærebog om indkomstskat, 2000, s. 353 og *Michael Serup* i R&R 1990/7, s. 29 ff.

100. Jf. herved TfS 1997, 392 H *Mofitt Investment Ltd.*, TfS 1997, 862 LSR og UfR 1981, 1030 V *Bent Krogh*.

101. Jf. eksempelvis TfS 1999, 905 LSR om kursfastsættelsen for nytegnede aktier ved en kapitaludvidelse i forbindelse med optagelse af en ny aktionær i et selskab.

reaktioner, men den bevisbyrde skattemyndighederne skal løfte, er betydeligt tungere, idet der eksisterer en formodning for, at der er handlet på markedsmæssige vilkår¹⁰².

Den formodede forvridning vurderes i forhold til hvilket indhold, det må antages, at en fiktiv aftale angående en lignende aftale ville have haft, hvis den var blevet indgået mellem uafhængige parter med modstridende økonomiske og skattemæssige interesser¹⁰³.

Den skatteretlige korrektionsadgang kan anskues som afledt virkning af *grundsætningen om kontraktens relativitet*¹⁰⁴. I henhold til denne obligationsretlige relativitetsgrundsætning har aftaler kun virkning mellem aftalens parter men ikke overfor tredjemand, herunder statskassen som tvangskreditor. Tredjemand pålægges herefter kun forpligtelser, såfremt der foreligger særlig hjemmel, for eksempel gennem viljeserklæring i forudgående tilsagn eller udtrykkelig lovhjemmel¹⁰⁵. En aftale opfattes som parternes retsregel. I henseende til tredjemand udgør aftalen imidlertid et faktum, som i givet fald først kan fremkalde retsvirkninger for tredjemand i kraft af et særskilt retsgrundlag (jus). Som nævnt udgør aftaler også et faktum i skatteretlig sammenhæng. Der kan som følge af parternes aftale opstå en ret til at opkræve skat som følge af de til enhver tid gældende skattelove, jf. GRL § 43. Samtidig er der næppe tvivl om, at statskassen netop i sin egenskab heraf opnår den pligtvirkning at indtræde som ufrivillig kreditor eller tvangskreditor i relation til kravet på de således fremkomne skattekrav. Heraf fremkommer imidlertid ikke nogen pligt til uanfægtet at lade parternes aftale udgøre det skatteretlige faktum. Således anskuet er der reelt ikke tale om skatteretlige korrektioner i form af begrænsninger af eller indskrænkninger i aftalefriheden, men blot at den civilretlige aftalefrihed

102. Jf. forudsætningen i TfS 1999, 905 LSR.

103. Denne fiktion indebærer den inkonsekvens, at det vel næppe kan antages, at aftaleparter uden interessefællesskab befinder sig i en ligeværdig forhandlingsposition, jf. herom *Georg Crezelius: Steuerrechtliche Rechtsanwendung und Allgemeine Rechtsordnung*, 1983, s. 328 f, og *Michael Serup i R&R 1990/7*, s. 31 med note 7.

104. Jf. *Michael Serup i R&R 1990/7*, s. 32 f. Se om relativitetsgrundsætningen eksempelvis *Vibe Ulfbeck: Kontraktens relativitet*, 2000, *Laila Zackariasson: Direktkrav – om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenar*, 1999, *Bernhard Gomard: Introduktion til obligationsretten*, 1979, s. 76 ff, *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I*, 2000, s. 426 ff og *Mads Bryde Andersen i Grundlæggende aftaleret*, 1997, s. 90 f.

105. Princippet anvendes knapt så rigoristisk, når det gælder aftalens mulighed for at skabe rettigheder for tredjeparter.

Del IV – Konfrontation

og aftalegyldighed ikke i sig selv er bindende for den skatteretlige vurdering¹⁰⁶. Spørgsmålet skal ikke forfølges yderligere¹⁰⁷.

Med sigte på de generelle interessefællesskaber er der efterhånden indført en lang række særbestemmelser i skattelovgivningen¹⁰⁸. Ligeledes har domstolene i deres retsskabende aktivitet foretaget skatteretlige korrektioner af civilretligt uangribelige aftaler. Når der foretages korrektioner, er der ikke herved tale om, at aftalefriheden tilsidesættes i civilretlig henseende. Der er alene tale om, at skattemyndighederne i forbindelse med den skatteretlige vurdering af ligningsmaterialet og opgørelsen af ligningsgrundlaget vælger at bortse fra aftalens skattemæssige betydning eller ændrer denne. Dispositionernes civilretlige

106. Rechnagel-sagskomplekset kunne tages til indtægt herfor, jf. UfR 1986, 289 H for det skatteretlige aspekt der indebar en tilsidesættelse af et spekulationsarrangement efter en realitetsfortolkning og UfR 1986, 1060 H for så vidt angår det civilretlige aspekt, hvor Rechnagel ønskede de aftaleretlige virkninger underkendt med henvisning til den skatteretlige bedømmelse af forholdet, hvilket Højesteret dog ikke imødekom.

107. Dog skal det bemærkes, at *Nikolaj Vinther* i *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, passim, drager en modsatrettet konklusion af *fiscus'* tredjemandsposition, nemlig at civilretten dominerer (forfatteren benævner dette som en styring, selvom, der menes dominans) skatteretten.

108. Af størst interesse er den generelle lovfæstelse af armslængdeprincippet, jf. reglen i LL § 2 og de tilsvarende regler i kapitalgevinstbeskatningslovene vedrørende de af lovene omfattede aktiver overdraget ved gaveoverdragelser og arveforsbud, jf. EBL § 3, ABL § 9, KGL § 34, og AL § 40, stk. 6, samt AFL § 49, om beskatning af genvundne afskrivninger inden for interessefællesskaber. Disse bestemmelser omtales nærmere nedenfor i afsnittet om vilkårskorrektioner. Som særlige koncernbebyrdende regler kan nævnes SKL § 3 B, om oplysnings- og dokumentationspligt ved transaktioner i grænseoverskridende koncernforhold, reglen i SEL § 10, stk. 3, om tvungen omlægning af indkomstår, SEL § 11, om tynd kapitalisering, SEL § 11 A koncerninterne forsikrings-selskaber (captive insurance companies), LL § 5 G, om dobbelt dip, LL § 5 H om koncerninterne overdragelser af faste driftssteder og faste ejendomme, LL § 5 I, om tvungne afskrivninger for udenlandske sambeskattede selskaber og faste driftssteder, SEL § 32, om tvungen sambeskatning (CFC-beskatning). Sidstnævnte har sidestykker for fysiske personer i LL § 16 H, og for fonde i FBL § 3 A. Nævnes kan også den udvidede oplysningspligt for hovedaktionærer, jf. SKL § 3 A, stk. 3, AFL § 40, stk. 5, om nedsættelse af erhververens afskrivningsgrundlag ved overdragelse af goodwill mellem interesseforbundne parter til et beløb svarende til den ikke afskrivningsberettigede del af overdragerens anskaffelsessum, LL § 17, om rentefradragsbegrænsning ved gave- eller arveforsbudsgæld, KSL § 5, stk. 1, om beskatning af giveren ved gaver til børn, VOL § 4, stk. 2, hvorefter anskaffelsessummen for aktier eller anparter sættes til et beløb, der svarer til den skattemæssige værdi af virksomhedens aktiver og passiver på omdannelsesdatoen og LL § 16, stk. 5-10, om personalegoder for skattepligtige med væsentlig indflydelse på egne aflønningsforhold. Denne opregning prætenderer ikke at være udtømmende. Hvori den nærmere misbrugsmulighed og -risiko består i de af bestemmelserne omfattede situationer varierer betydeligt.

gyldighed samt form og indhold anfægtes ikke, idet en sådan vurdering må ske efter almindelige civilretlige principper.

I det følgende skal det nærmere analyseres, i hvilket omfang skattemyndighederne i dansk skatteret har adgang til at foretage skattemæssige korrektioner af parternes aftaler. Før en sådan analyse er det dog nødvendigt at der gøres nogle overvejelser om terminologi og systematik, herunder særligt vedrørende forståelse af skatteretsmisbrug og omkvalifikationsbegrebet.

5.2.2. Om skatteretsmisbrug i almindelighed

Som anført udgør misbrug af aftalefriheden et institutionelt misbrug. Dette institutionelle misbrug foretages for at undgå beskatning. Herved antager alt institutionelt misbrug i skatteretten karakter af omgåelse. Det påtænkes og prætenderes ikke med denne afhandling at frembyde nytænkning for så vidt angår den gængse opfattelse af skatteretsmisbrug. I skatteretlig henseende kan retsmisbrug siges at foreligge, når skatteyderne tilrettelægger deres dispositioner udelukkende eller i det væsentligste ud fra ønsket om at opnå skattefordele¹⁰⁹. Terminologisk dækker dette begreb over lovlig skattetænkning¹¹⁰, ulovlig skatteudnyttelse¹¹¹, og den ikke blot ulovlige, men også strafbare skattesvig¹¹². Denne inddeling kan primært tillægges betydning i forhold til den skatterelaterede domstols- og administrative praksis, hvor eventuelle fravigelser fra civilretten kan legitimeres gennem de to sidstnævnte. Derimod kan misbrugsbegrebet (om end ikke ordret) benyttes i videre forstand i relation til skattelovgivningen. Begrebet benyttes i denne afhandling som et samlebegreb, der også omfatter legislative tiltag rettet mod skattetænkning. Rettelig hører den specifikke lovgivning mod skattetænkning hjemme under rubrikken »skatteunddragelse«, idet

109. Jf. *Jan Pedersen* i *SkatteOrientering* Ø.5., 2000, s. 1 og 3. Forfatteren behandler i nævnte fremstilling retsmisbrugsbegrebet synonymt med skatteudnyttelsesbegrebet, jf. forfatterens doktorafhandling, *Skatteudnyttelse*, 1989. Hvor det s. 25 f, anføres, at begrebet omfatter økonomiske dispositioner, der er tilrettelagt med det formål at opnå skattefordele, som ikke har været forudsat ved den underliggende lovgivning. Der benyttes i denne forbindelse betegnelsen illoyal og ulovlig skatteudnyttelse. Ved anvendelse af udtrykket »illoyal udnyttelse« tilkendegives, at de foretagne og påberåbte dispositioner har en sådan grad af uoverensstemmelse med dispositionens virkelige indhold, at de må betegnes som værende uden tilstrækkelig realitet.

110. Kan også benævnes som loyal skattetænkning.

111. Hvilket kan korrigeres enten med hjemmel i konkret lovgivning eller formentlig med baggrund i realitetsbetragtninger (faktumfortolkning).

112. Op.cit.

givne dispositioner herved er blevet gjort ulovlige. Imidlertid fokuseres i denne afhandling på baggrunden for de enkelte tiltag, som forekommende og muligt legitime begrundelser for skatteretlige fravigelser fra civilretten. Begrundelsen for at ofre skatteretsmisbruget selvstændig omtale er, at der i afhandlingen opereres med en antagelse om, at forholdet mellem skatteret og civilret særligt sættes på prøve i sådanne situationer.

5.2.3. Omkvalifikation

5.2.3.1. Indledning

Det er nødvendigt at foretage en særlig afklaring af begrebet omkvalificering eller omkvalifikation¹¹³. Baggrunden herfor er, at omkvalifikation i forskellige afskygninger ofte foretages i skatteretten. Omkvalifikation udgør så at sige en standardiseret skatteretlig fravigelse fra civilretten. Det vil således ofte være tilfældet, at der for det skatteretlige retsforhold ligger retskraftige civilretlige dispositioner til grund. Dog kan det ikke i alle tilfælde udelukkes, at dele af den eksisterende skatteretspraksis i realiteten blot er et udtryk for en civilretlig prøvelse af faktum. Herved er der ikke tale om en skatteretlig omkvalifikation. Hvor der foretages en skatteretlig omkvalifikation, må det således som udgangspunkt antages, at der konkret har været tale om faktiske og retskraftige civilretlige dispositioner.

Omkvalifikation som begreb er ofte anvendt, men ses ikke særskilt behandlet i litteraturen. I stedet fokuseres naturligt nok på de enkelte konkrete udslag af omkvalifikationstankegangen. Denne tankegang går igen i mange situationer og i forskellige ikklædninger. Grundlæggende indebærer en omkvalifikation, at dispositioner korrigeres, så forholdene benævnes ved deres rette navn og rette indhold efter skatteretlig målestok¹¹⁴. Der lægges herved tilsyneladende mere vægt på økonomiske og/eller fiskale hensyn end opretholdelsen af civilretlige dispositioner og deraf følgende kongruens. Omkvalifikation kan ske med direkte hjemmel i form af bredt formulerede lovbestemmelser til bedømmelse af konkrete forhold uden specifik lov hjemmel gennem en fortolkning af

113. Alt efter smag og behag kan fænomenet benævnes: reklassifikation.

114. Sml. formentlig en noget snævrere opfattelse hos *David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen*: *Kommanditselskaber – Societas obsoleta*, 1999, s. 91 ff.

faktum¹¹⁵. Ligeledes forekommer omkvalifikation i domstolspraksis og administrativ praksis.

Der er i praksis udviklet en sondring mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner, begge som undergrupper til omkvalificeringsadgangen. Denne sondring er videreudviklet i teorien¹¹⁶.

5.2.3.2. Sondringen vilkårskorrektion-dispositionskorrektion

A) Alment

Vilkårskorrektion er udtryk for, at vilkårene i givne økonomiske dispositioner kan korrigeres af skattemyndighederne i op- eller nedgående retning, mens dispositionens retlige form må accepteres¹¹⁷. *Vilkårskorrektion* kræver udtrykkelig hjemmel¹¹⁸. Typisk omtales i forbindelse hermed korrektioner som følge af armslængdeprincippet, jf. LL § 2 eller kapitalgevinstlovgivningens særregler herom, herunder transfer pricing korrektioner og korrektioner af hovedaktionærdispositioner¹¹⁹. *Vilkårskorrektioner* involverer i princippet ikke civilretligt eller skatteretligt ulovlige dispositioner¹²⁰. Transfer pricing princippet retter sig alene mod gyldige og retskraftige aftalevilkår, som korrigeres under anvendelsen af armslængdeprincippet¹²¹. *Vilkårskorrektioner* udgør ikke blot en fravigelse fra hovedreglen om, at *civilretligt* retskraftige og dokumenterbare aftaler må og skal accepteres af skattemyndighederne,

115. Sml. *Jan Pedersen* i SR-Skat 1992, s. 102.

116. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 36 ff, samme i Skatteretten 2, 2004, s. 420 ff, samme i R&R 2000 SM 32, og for anvendelse af sondringen Skatteministerens delredegørelse af 19.10. 1995 om Rentefri og lavt forrentede lån i TfS 1996, 37, s. 8, *Aage Michelsen* i R&R 1999 SM 150 og samme i R&R 1998 SM 41. Sondringen har vundet betydelig tilslutning, jf. eksempelvis *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen* i TfS 2001, 888, *Bent Ramskov* i TfS 2000, 834 og *Lars Cort Hansen* i SU 2000, 55. Se også om sondringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner TfS 1997, 862 LSR, hvor retten indledningsvis bemærkede, at den pågældende sag ikke vedrørte spørgsmålet om anfægtelse af dispositioner, men spørgsmålet om vilkårskorrektion.

117. Sml. *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 220 f, hvor det anføres, at armslængde korrektioner i sig selv alene indebærer en ændret skattemæssig fordeling mellem selskaber og ikke en retlig omkvalifikation af ydelserne eller en forhøjelse af selskabernes samlede indkomstgrundlag.

118. Jf. *Jan Pedersen* i R&R 2000 SM 32.

119. Jf. om førstnævnte navnlig *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998 og *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, for så vidt angår sidstnævnte. Om begge typer se også *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2001.

120. Jf. *Stefan Aldén*: Om regelkonkurrens inom inkomstskatterätten, 1998, s. 111.

121. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 15 f.

men tillige en fravigelse fra princippet om, at reelle og *skatteretligt* retskraftige dispositioner skal anerkendes¹²². Problematikken vedrørende vilkårskorrekationer med udgangspunkt i armslængdeprincippet, drejer sig herved reelt om at definere, i hvilke tilfælde det er berettiget skatteretligt at fravige det civilretlige udgangspunkt, uden dog at selve den civilretlige aftale underkendes. Vilårskorrekation vil typisk indebære en *fikseringskorrekation* eller en *værdikorrekation*¹²³. Hvad angår førstnævnte ligger der heri, at den begunstigende part beskattes af den indkomst som vedkommende har givet afkald på, men aldrig har realiseret, mens den begunstigede part beskattes af sin modtagne økonomiske fordel og tildeles et fradrag for en fiktiv betaling herfor, såfremt der er tale om en i arten fradragsberettiget udgift. Parterne stilles hermed, som om de havde handlet på armslængde vilkår. En værdikorrekation kommer på tale ved aktivoverdragelser og er karakteriseret ved, at parternes værdiansættelse ændres, og den begunstigede part anses at have modtaget en formuefordel. Anskaffelsessummen for aktivet reguleres, mens den begunstigende part anses at have afstået sit aktiv til en anden pris, hvilket kan udløse skattemæssige konsekvenser under forudsætning af, at der i handlen er tale om skatter relevante aktiver. Disse typer af korrekationer er til tider blevet behandlet adskilt i teorien. Dog må det fremhæves, at der er tale om én og samme juridiske konstruktion. Faktum er, at der sker beskatning af ikke realiserede indkomster hos den begunstigende part. Derfor må værdi- og fikseringskorrekation behandles ens.

Vilkårskorrekation må imidlertid også kunne udstrækkes til også at omfatte korrekationer, der ikke omfattes af konkret armslængdelovgivning. Eksempelvis må det antages, at der også er tale om vilkårskorrekation, når der foretages korrekationer som følge af konkrete interessefællesskaber uden for armslængdelovgivningen af eksempelvis fordeling af overdragelsessum eller værdiansættelse af overdragne aktiver¹²⁴. Hermed dukker endnu en korrekationsform frem, nemlig *forde-*

122. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 16.

123. Også *Jan Pedersen* behandler fikserings- og værdikorrekationer som værende vilkårskorrekationer, jf. artiklen i TfS 2001, 284, særligt s. 1113. Se tillige *Claus Hedegaard Eriksen* i RETTID 2005, s. 4 ff (s. 6, note 7).

124. Jf. TfS 1998, 731 H *Villy Jensen* (fordeling af overdragelsessum) og TfS 1996, 496 H *Steen Sindet-Pedersen* og TfS 1996, 497 H *Harry Moselund* (værdiansættelse), TfS 1993, 236 Ø *Alfa Holding af 1984 A/S* (rentefiksering) og *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 41 ff.

*lingskorrektio*¹²⁵. Korrektionsstypen kan også benævnes omkvalificering af vederlag¹²⁶. Denne korrektionsstype antager implicit karakter af værdikorrektion, idet korrektionen indebærer en anfægtelse af den foretagne værdiansættelse af enkelte aktiver i en samlet aktivoverdragelse. Typisk hæves værdien af det skatterelevante aktiv ved sådanne korrektioner, eller værdien af ikke skatterelevante aktiver nedsættes¹²⁷. Såvel værdikorrektion som fordelingskorrektio

er altså udtryk for vilkårs-korrektion. *Dispositions*korrektio

*Dispositions*korrektio

indebærer derimod, at der foretages en skattemæssig korrektio af de indgåede dispositioner, som kan bestå i, at disse ved skatteansættelsen tillægges et andet retligt indhold, end dispositionens ydre form tilsiger¹²⁸. Eventuelt kan korrektionen bestå i, at der helt bortses fra dispositionen, men korrektionen kan tillige bestå i, at dispositionen skattemæssigt omkvalificeres. Det er navnlig blevet anført, at en korrektio foretaget på grundlag af realitetsgrundsætningen (»substance before form«) kan betegnes som en *dispositions*korrektio¹²⁹. Denne begrebsmæssige inddeling er dog ikke altid blevet anvendt¹³⁰. Med den nuværende inddeling lader det således til, at forfatteren herved fraviger sin tidligere opfattelse af realitetsgrundsætningens anvendelsesområde, således at denne nu udelukkende hjemler *dispositions*korrektioner, mens den tilsyneladende i den tidligere formulering tillige hjemlede vilkårskorrektioner¹³¹. Begrebet *dispositions*korrektio kobles dog ikke udelukkende sammen med indgrebsmuligheder efter

125. Jan Pedersen omtaler i Skatteudnyttelse, 1989, s. 419 ff, disse korrektioner. Forfatteren benævner de til grund for korrektionerne liggende situationer *koblede overdragelser*. Herved forstås en samlet afhændelse under ét af en række delaktiver med forskellig skattemæssig relevans, således at fordelingen af den samlede – markedsbestemte – overdragelsessum på delaktiverne er bestemt af skatteudnyttelsesmotiver.

126. Jf. TfS 1994, 757 SKM.

127. Som modstykke hertil ændres den anden parts anskaffelsessum tilsvarende, hvilket dermed typisk vil udgøre køberens afskrivningsgrundlag.

128. Jf. Jan Pedersen: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 37.

129. Loc.cit. Der er herved tale om en skatteretlig fortolkning af faktum, der ikke kræver udtrykkelig hjemmel.

130. Ophavsmanden til den egentlige formulering af grundsætningen, Jan Pedersen, udtrykte det således, at, »... i visse tilfælde resulterer klausulen i, at selve dispositionen underkendes, således at beskatningen foretages, som om ingen disposition var foretaget mellem samme eller andre aftaleparter. I andre tilfælde resulterer klausulen i, at selve dispositionen forlenes med andre vilkår end de umiddelbart aftalte. Klausulen indbefatter således ophævelse, ombenæv-nelse og vilkårskorrektioner ...«, jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 439.

131. Ved denne nye inddeling mister forfatterens analyser af vilkårskorrektioner i interese-fællesskab, s. 315-435, dog ikke sin betydning, idet afhandlingen generelt udgør en afdækning af skatteudnyttelse.

realitetsgrundsætningen. Således fremgår det forudsætningsvis hos *Aage Michelsen*, at forfatteren anerkender sondringen mellem dispositions- og vilkårskorrektioner¹³². Derimod anerkender forfatteren ikke eksistensen af realitetsgrundsætningen¹³³.

Som det ses, er der altså forskel på vilkårs- og dispositionskorrektioner. Denne forskel rækker ud over det blot begrebsmæssige. En dispositionskorrektion *kan* indebære, at den samlede indkomst justeres med en forøgelse til følge af den indkomst, som pålægges en beskatning. En vilkårskorrektion indebærer derimod alene en omfordeling af indkomsten mellem de implicerede parter, uden at den samlede sum af indkomster underkastes nogen kritik. Den afgørende forskel mellem en dispositionskorrektion og en vilkårskorrektion er således i teorien, at dispositionskorrektioner er indkomstskabende, mens vilkårskorrektioner er indkomstfordelende¹³⁴. Synspunktet er formentlig det, at vilkårskorrektioner indebærer en korrektion (primær og korresponderende) af samme størrelse hos transaktionens parter. En dispositionskorrektion medfører samlet en provenuskabelse¹³⁵. Det er svært i græn-

132. I R&R 1999 SM 150, og R&R 1998 SM 41. Beklageligvis anfører forfatteren ikke, om dispositionskorrektioner skal ske i henhold til læren om rette indkomstmodtager.

133. Jf. eksempelvis Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 102 ff.

134. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 38. Indkomstskabelsen knytter sig til korrektionen og ikke til skatteudnyttelsesdispositionen som sådan.

135. Dette må antages at gælde når benævnelsen af en disposition omkvalificeres fra en skattefri disposition til en skattepligtig disposition eller fra en fradragsberettiget til en ikke-fradragsberettiget udgift. Indkomstskabelsen kan dog være vanskelig at se i situationer, hvor beskatningstidspunktet blot fremrykkes gennem den skattemæssige omkvalifikation, jf. eksempelvis TfS 1999, 214 H *Allan Andersen*, hvor en person havde udstedt en køberet til en aktiepost og samtidig modtaget et lån svarende til den aftalte købesum for aktierne. Et flertal i Højesteret afgjorde, at dette i skattemæssig henseende skulle sidestilles med at aktierne allerede var overdraget på tidspunktet for udstedelsen af køberetten. Det kan dog i relation til den konkrete sag argumenteres for, at indkomstskabelsen ligger i at beskatte afståelsen, idet alternativet reelt var skattefrihed efter 7 års ejertid, men der er herved formentlig snarere tale om provenuskabelse. Også *fradragsnægtelse* kan være resultatet af en dispositionskorrektion, jf. TfS 1992, 78 H *Leif Rosendal*, hvor en købsaftale ikke i skattemæssig henseende blev anerkendt, hvorved der ikke fandtes at foreligge en pligt til at betale og indtil denne forelå, at forrente handelssummen. Følgelig blev fradrag for en årlig rente nægtet, idet skatteyderen reelt efter Højesterets vurdering ikke havde påtaget sig en gældsforpligtelse. En korrektion i form af, at der ikke til brug for SL § 6 a eller kapitalgevinstbeskatningsreglerne er tilvejebragt tilstrækkelig dokumentation for tilstedeværelsen af et fradragsberettiget tab kan dog ikke i almindelighed siges at være udtryk for enten vilkårs- eller dispositionskorrektion. Omkvalifikation af *fradragsberettigede til ikke-fradragsberettigede udgifter og tab* kan således ikke i almindelighed siges at være udtryk for dispositionskorrektioner. I visse situationer vil det dog være en dispositionskorrektion, der resulterer i en sådan

setilfælde at konstatere, om der konkret er tale om vilkårs- eller dispositionskorrektioner.

Forskellen kan illustreres ved Havnemølledommen i UfR 1960, 535 H. I sagen havde A/S Havnemøllen, der drev mølleri, udlejet sit korn-tørreri til I/S Meko. I/S Meko var oprettet af A/S Havnemøllens aktionærer. Der blev i sagen foretaget en dispositionskorrektion, idet udlejningen af korn-tørreriet ikke kunne antages at have en forretningsmæssig baggrund, ligesom der måtte henses til den nære faktiske tilknytning mellem mølleri og tørreri. Herved underkendtes udskillelsen af korn-tørreriet, hvilket resulterede i, at A/S Havnemøllen blev beskattet af I/S Meko's indvundne overskud, mens aktieselskabets aktionærer tillige blev beskattet af maskeret udbytte. Den samlede korrektion resulterede derfor i, at den samlede indkomst blev forhøjet med, hvad der svarede til I/S Meko's indtjening. Herved genetableredes den selskabsskatteretlige økonomiske dobbeltbeskatning. En vilkårs-korrektion i samme situation ville indebære, at den aftalte lejebetaling måtte forhøjes op til, hvad der tilsvarende på tidspunktet udgjorde en armslængde lejebetaling og A/S Havnemøllen beskattes heraf. I/S Meko ville i denne sammenhæng opnå et tilsvarende fradrag for den betalte leje.

omkvalifikation og tankegangen bag dette kan i et vist omfang være, at skatteyderne ikke frit kan råde over det skatteretlige kvalifikationssystem, hvorfor en realitetsfortolkning må afgøre karakteren af den afholdte udgift som værende fradragsberettiget eller ikke-fradragsberettiget. Et eksempel herpå findes i TfS 2002, 679 LSR, hvor overtagelsen af en fast ejendom i Tyskland blev betalt med en livrente, som skatteyderen anså for en fradragsberettiget løbende ydelse, der var fradragsberettiget i henhold til LL § 12, stk. 8. Landsskatteretten underkendte fradraget efter en samlet bedømmelse, idet det blev anført, at usikkerhedsmomentet vedrørende modtageren af livrenten ikke var tilstrækkeligt til at statuere at der forelå en løbende ydelse, i LL § 12, stk. 8's forstand. Retten fandt i stedet, at der var tale om afdrag på og forrentning af købesummen. Henset til en række specifikke omstændigheder, herunder at der måtte antages at være sammenfald mellem den tidsmæssige udstrækning af livrenteforpligtelsen og det aftalte antal afdrag på købesummen, fandt Landsskatteretten, at der ikke var realitet i de løbende ydelser, men at det reelt var tale om køb af ejendom på vilkår, som var gældende i den oprindelige aftale. *Tilskudsbeskatning* i henhold til SL § 4 synes ikke at være udtryk for en dispositionskorrektion eller en vilkårskorrektion. Hvad enten der er tale om egentlige eller uegentlige tilskud, må det i stedet antages, at det blot er tale om beskatning af realiserede indkomster/formuefordele hos den begunstigede part. Efter omstændighederne kan tilskudsbeskatning dog udgøre den praktiske gennemførelse af såvel en vilkårs- som en dispositionskorrektion.

B) Grænsespørgsmål

I det følgende skal det søges at redegøre nærmere for sådanne situationer, hvor det er vanskeligt at afgøre om en vilkårskorrektur eller en dispositionskorrektur konkret synes at udgøre det korrekte korrektionsinstrument. Dog skal det understreges, at sontringen er uklar, og praksis ikke klart bidrager til grænsedragningen. Grunden hertil skal formentlig søges i det forhold, at der består en glidende overgang mellem den fulde underkendelse af en samlet koncernintern omsætning og en blot underkendelse af vilkårene herfor. Der kan i denne forbindelse henvises til TfS 1997, 392 H *Mofitt Investment Ltd.*, hvor der hverken blev foretaget vilkårskorrektur eller dispositionskorrektur, selvom der havde været argumenteret for begge korrekturstyper og TfS 1999, 950 H *J. S. Ejendoms- og investeringsselskab A/S*, hvor en dispositionskorrektur blev opretholdt under dissens, der ønskede at anse sagen som et spørgsmål om en vilkårskorrektur¹³⁶. Fremhæves kan yderligere TfS 1993, 321 LSR, hvor Landsskatteretten foretog en dispositionskorrektur ved generelt at underkende en overdragelse af nogle købekontrakter til et underskudsselskab. Selskabets advokat procederede for, at der i stedet skulle foretages en vilkårskorrektur¹³⁷.

Der foretages ligeledes dispositionskorrektur i TfS 1997, 184 LSR. I sagen fandt Landsskatteretten, at et holdingselskab var rette indkomstmodtager til indtægter fra transportvirksomhed, hvorfor indtægterne i skattemæssig henseende skulle henføres til dette selskab.

Nævnes kan også TfS 1997, 862 LSR, hvor Landsskatteretten eksplicit fremhæver, at den konkrete sag ikke omhandlede spørgsmålet om anfægtelse af dispositioner, men spørgsmålet om vilkårskorrektur. Det anføres, at dispositionerne mellem moderselskabet og datterselskabet havde fornødent erhvervsmæssigt og realøkonomisk indhold.

Sontringen får oftest betydning, hvor indkomstgrundlaget overføres vilkårligt inden for forbundne foretagender. Der kan her fremhæves situationer, hvor der er foretaget indkomstoverførsler, der har involveret en arbitrær og skattemotiveret udskillelse af en del af en virksomhed til andre koncernselskaber. Forvridningen sker dog ikke her ved en skævvridning af priser og vilkår – som ved transfer pricing – med ved selve den interne strukturændring. Som udgangspunkt må også kon-

136. Se herom i detaljer straks nedenfor.

137. Afgørelsen kan tages til indtægt for det standpunkt, at vilkårlig indkomstoverførsel ikke skal respekteres, jf. herved *Ole Bjørn* i SR-Skat 1993, s. 326.

cerninterne strukturændringer accepteres som værende forretningsmæssigt begrundede¹³⁸. Visse tilfælde af strukturændringer er dog blevet tilsidesat med den følge, at de civilretligt gyldige strukturændringer ikke er tillagt skattemæssig betydning¹³⁹.

Et væsentligt kriterium ved bedømmelse af hvorvidt strukturændringen skal anerkendes, er formentlig, om såvel den udskilte del som den tilbageværende del kan leve sin egen tilværelse. Det må formentlig i denne henseende tillægges betydning, om de udskilte virksomheder har klart adskilte driftsområder, egne ansatte og driftsaktiver og er underlagt en selvstændig økonomisk risiko. Foreligger sådanne omstændigheder ikke efter strukturændringen, vil korrektion være mere nærliggende. Momenter, der peger i retning af, at omstændigheder er til stede, er, om den almindelige driftsrisiko er ophævet gennem garantistillelse, om administrationen stadig varetages af den tilbageværende del af virksomheden, om den udskilte del har ansatte, og om der udøves en egentlig fysisk aktivitet¹⁴⁰. Størst præjudikatværdi har endnu den navnkundige havnemølle-dom, refereret i UfR 1960, 535 H *Aalborg Havnemølle A/S*.

Som et nyere eksempel fra domspraksis på en dispositionskorrektion kan fremhæves dommen TfS 1999, 950 H *J. S. Ejendoms- og investeringsselskab A/S*. I denne sag blev der foretaget en dispositionskorrektion, hvormed den aftalte forretningsopdeling i det hele måtte tilsidesættes i skattemæssig henseende, idet markedsvilkårene var fraveget i så betydeligt omfang, som det var tilfældet. Mindretallet i højesteret ønskede at foretage en traditionel transfer pricing korrektion.

Såfremt det antages, at dispositionskorrektioner reelt udgør et muligt korrektionsalternativ i visse situationer, der som udgangspunkt minder om transfer pricing sager, opstår der visse uafklarede spørgsmål¹⁴¹.

138. Jf. herved også Højesterets klare udtalelse i TfS 1999, 950 H *J. S. Ejendoms- og investeringsselskab A/S*.

139. Se eksempelvis TfS 1999, 950 H *J. S. Ejendoms- og investeringsselskab A/S* og TfS 2004, 703 H *GKS 1 ApS og GKS 2 ApS*.

140. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 39.

141. De vanskelige grænsedragninger kendes også i udenlandsk ret, herunder i USA, jf. *Harold McClure* i Tax Management Transfer Pricing Report, no. 1, 2001, s. 624 ff. Tilsvarende fremgår det af en afgørelse fra 2001 fra the Court of Appeals for the Eleventh Circuit i sagen *United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo 1999-268 (1999), at grænsedragningerne er uforudsigelige og vanskelige. I sagen havde IRS underkendt en omstrukturering af United Parcel Services håndteringsprogram vedrørende mistede eller beskadigede pakker, hvorefter et Bermuda-datterselskab varetog denne funktion. Denne underkendelse skete til dels med henvisning til

Del IV – Konfrontation

I Tfs 2002, 604 LSR ses et eksempel på nogle af de vanskeligheder sondringen volder skatteydernes procederende advokater og skattemyndighederne. Sagen vedrørte et skattearrangement, hvor nogle kommanditister havde foretaget fradrag for deltagelsen heri, hvilket skattemyndighederne ikke ville anerkende. Kommanditselskabet optog forud for skatteyderens køb af anparterne et lån i en bank, som blev forrentet med 95,93 p.a. Beløbet skulle benyttes til køb af nogle Notes. Disse Notes blev solgt til Banken med en kursgevinst for kommanditselskabet. Selskabet købte herefter skatkammerbeviser, hvoraf nogle blev solgt med opnåelse af en kursgevinst. Renterne kunne herved betales. Transaktionen udgjorde et såkaldt spejlet arrangement, hvor et andet kommanditselskab samtidig købte en modsatrettet Note, hvorefter en gevinst for førstnævnte selskab automatisk vil indebære en tilsvarende gevinst for sidstnævnte og omvendt. Landsskatteretten lagde til grund, at de indgåede parallelle låneaftaler og investeringen i modsatrettede Notes måtte ses i sammenhæng. Herefter fandtes det, at banken ved indgåelsen af de to parallelle låneaftaler havde elimineret den økonomiske risiko i investeringen. Landsskatteretten lagde endvidere til grund, at parterne indgåelsen af låneaftalerne havde til hensigt, at der skulle ske gældseftergivelse til et af kommanditselskaberne, afhængig af resultatet af investeringen, idet der herved blev henset til det forhold, at banken uanset gældseftergivelsen samlet set ville opnå en fortjeneste ved arrangementet. Retten bemærkede endvidere, at der allerede på tidspunktet for indgåelsen af låneaftalen kunne konstateres, at investeringen ville medføre tab, hvorfor der ikke fandtes nogen forretningsmæssig begrundelse for investeringen. Ligeledes noterede retten sig, at investorerne først havde erhvervet anparterne, efter kursgevinsten på Noten var realiseret og efter købet og salget af skatkammerbeviserne, til dels til brug for rentebetalingen til banken. Under hensyn til ovenstående fandt retten, at der efter en samlet bedømmelse var tale om en række forud fastlagte dispositioner uden egentligt forretningsmæssigt indhold og uden reelle økonomiske risici for de implicerede parter, og at formålet med arrangementet alene havde været at opnå en

»the economic substance doctrine«. The Eleventh Circuit fandt ikke at arrangementet manglede økonomisk substans og hjemviste sagen til fornyet behandling efter skattemyndighedernes subsidiære påstand om behandling efter transfer pricing reglerne i IRC Sec. 482 og 845(a). For en omtale af sagen henvises til *Kevin Chung & Giovanni DiCenso* i *World Tax Adviser*, July/August 2001, s. 9 f.

skattebesparelse i form af rentefradrag. Af denne årsag blev klagerens deltagelse i kommanditselskabet ikke tillagt skattemæssig betydning, og dennes indkomstansættelse blev forhøjet. Herved ses det, at Landsskatteretten foretog en dispositionskorrektur. Trods dette resultat indeholder sagen tillige aspekter af vilkårskorrektur. Således ønskede Told- og Skattestyrelsen ikke at bortse fra aftalen i sin helhed, men derimod blot fra indholdet af låneaftalerne for så vidt angik den aftalte forrentning ligesom der ønskedes bortset fra de særlige vilkår i de omhandlede Notes, som udløste henholdsvis tab og gevinst. Skatteyderens advokat procederede på, at betingelserne for at anvende realitetsgrundsætningen ikke var opfyldt. Dog må det anføres, at advokaten fremhæver de betingelser, der traditionelt er blevet stillet ved vilkårskorrekturen. Der ses således at være en vis forvirring.

C) Vurdering

Sondringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektur lader umiddelbart til at være hensigtsmæssig ud fra en retssystematisk synsvinkel. Imidlertid kan der gøres visse indvindinger mod sontringen, idet flere forhold gør sontringen vanskeligt anvendelig i praksis¹⁴². Det må således antages, at det er en grundbetingelse for en hensigtsmæssig sontring, der kan danne grundlag for en konstatering af det relevante retsgrundlag, at der kan trækkes klare skillelinier mellem elementerne heri. Som ovenstående viste, og som det følgende skal vise, er dette ikke altid tilfældet.

For det første kan det anføres, at det ikke er hensigtsmæssigt at operere med sontringen vedrørende den indkomstskabende henholdsvis indkomstfordelende funktion. Dette ses eksempelvis i den tænkte situation, hvor en hovedaktionær køber en ejendom for billigt fra sit selskab. Selskabets indkomst vil blive forhøjet efter almindelig praksis med den manglende indkomst, jf. LL § 2. Hos aktionæren må statueres et maskeret udbytte, jf. LL § 16 A, men samtidig får aktionæren en ikke skatterelevant anskaffelsessum for boligen, såfremt denne benyttes til beboelse, jf. EBL § 8. Det kan forekomme kunstigt alene at kalde dette indkomstforvridende med en vilkårskorrektur til følge, idet selskabet faktisk har overført en skattefri indtægtsmulighed. Der kan således

142. Se også *Peter Dyhr*, der i SU 1999, 147 anfører, at sontringen muligvis er teoretisk rigtig, men næppe rigtig i praksis. Til dette udsagn kan føjes den konstatering, at sontringen tillige i teorien indebærer adskillige vanskeligheder.

Del IV – Konfrontation

argumenteres for, at der i realiteten har været tale om en disposition, der bedst lader sig beskrive som en indkomstskabende disposition. Følgelig kunne der argumenteres for, at korrektionen tillige burde være indkomstskabende. Den konkrete korrektion vil imidlertid traditionelt kategoriseres som værende en vilkårskorrektion, også selvom der ikke udløses en korresponderende korrektion hos hovedaktionæren.

For det andet lader anvendt korrektionsterminologi sig ikke altid indplacere i sontringen. Som omtalt ovenfor foretages der vilkårskorrektioner i form af såkaldte fordelingskorrektioner. Imidlertid kan der siges heri at ligge en omkvalificering af parternes benævnelse. Eksempelvis kan en overdragelsessum fordeles således, at skatteirrelevante aktiver udgør den overvejende del heraf. Formaliteten i form af den aftalte fordeling kan herved siges at blive erstattet af realiteten i form af den markedsmæssige fordeling. Der kan således argumenteres for, at det er dispositionen, der herved korrigeres ud fra tankegangen om demaskering af dispositionens egentlige form frem for vilkårene heri. Fordelingskorrektioner må antages at hænge nøje sammen med korrektioner af forkerte benævnelser, som utvivlsomt udgør dispositionskorrektioner. I TfS 1992, 191 tilkendegiver Skatteministeren i forbindelse med TfS 1991, 471 Ø *Boet efter Angela Rasmussen*, at omkvalifikation af vederlag (fordelingskorrektion), er udtryk for, at parterne skal kalde tingene ved deres rette navn. Sagt med andre ord: skatteyderne kan ikke råde over det skatteretlige kvalifikationssystem. Dette taler altså for, at der er tale om en dispositionskorrektion. Fordelingskorrektioner må derfor også kunne ses som en hybrid mellem vilkårs- og dispositionskorrektion. Ændres udelukkende fordelingen af et beløb på de overdragne aktiver, er der formentlig tale om vilkårskorrektion. Omkvalificeres selve benævnelsen af de handlede formuegoder, er det noget der taler for, at der herved er sket en dispositionskorrektion, hvilket dog modificeres af, at der ikke er sket en forhøjelse af den samlede indkomst i transaktionen. Således er det formentlig mest hensigtsmæssigt at opretholde indplaceringen af fordelingskorrektioner som værende udtryk for en vilkårskorrektion, idet værdien af de overdragne aktiver ændres.

Dernæst kan det anføres, at visse praktisk forekommende situationer indebærer at sontringen må modificeres, idet den ellers nedbrydes. For at forhindre dette kan der således opereres med *terminologiske hybrider mellem vilkårs- og dispositionskorrektion*. Fra lovgivningsområdet kan inddrages eksemplet vedrørende tynd kapitalisering, jf. i dansk ret SEL

§ 11. I sammenligning med traditionelle transfer pricing-problemer er spørgsmålet konkret, om der i tilfælde af tynd kapitalisering kan ske en dispositionskorrektur, således at det aftalte låneindskud betragtes eller sidestilles med et indskud af egenkapital¹⁴³. Generelt er regler om tynd kapitalisering udtryk for dispositionskorrektur, idet det er selve dispositionen vedrørende debitorselskabets kapitalstruktur, der anfægtes, derved at det aftalte låneindskud sidestilles med et indskud af egenkapital. I dansk ret har tynd kapitalisering dog den retsvirkning, at der nægtes foretaget et ellers anerkendt rentefradrag for en overskydende del af kapitalindskuddet, idet der gennem den såkaldte formodningsregel er givet objektive regler for, hvornår et kapitalindskud må anses som et skattemotiveret fremmedkapitalindskud. Det må ved denne konstatering lægges til grund, at reglerne om tynd kapitalisering udløser en vilkårskorrektur efter den præsenterede terminologi. Det erindres dog herved, at der ikke hersker absolut klarhed vedrørende spørgsmålet om, hvorledes en *fradragsnægtelse* kan indpasses i sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrekturer. Det blev således ovenfor anført, at fradragsnægtelse kan være resultatet af en dispositionskorrektur. Regler om tynd kapitalisering kan dog alligevel rummes i det almindelige armslængdebegreb. Idet det definitoriske begrebsapparat stadig er noget flydende, må det accepteres, at dispositionskorrekturer som følge af tynd kapitalisering accepteres og kan rummes inden for rammerne af armslængdeprincippet. Med andre ord kan der i denne særlige relation forekomme en dispositionskorrektur på et område, der ellers udelukkende hjemler vilkårskorrekturer¹⁴⁴.

143. Generelt er et spørgsmål herved for det tyndt kapitaliserede selskab, om en del af indskuddet kan opretholdes som fremmedkapital, eller om hele indskuddet rammes af landets værnsløvgivning. For investor opstår også et spørgsmål om, hvorvidt der skal foretages en korresponderende korrektur.

144. Standpunktet har dog ikke i international sammenhæng stået uimodsagt hen. I relation til OECD MDBO artikel 9 konkluderes det i OECD's rapport om tynd kapitalisering fra 1987, jf. OECD: Thin Capitalisation, Issues in international Taxation, no. 2, 1987, at en typisk formulering af art. 9 i en overenskomst (1) ikke forhindrer, at gæld kan omkvalificeres til egenkapital og (2) ikke forhindrer anvendelse af nationale regler om tynd kapitalisering, såfremt disse ikke medfører en korrektur, der overstiger armslængde resultatet. Resultatet heraf kan, såfremt en national regel om tynd kapitalisering medfører en korrektur, der overstiger armslængde resultatet, være at den nationale regel ikke er i overensstemmelse med den aktuelle dobbeltbeskatningsoverenskomst og måske skulle stå tilbage herfor. Med pkt. 3 under paragraph 1 i kommentaren til OECD MDBO art. 9 støttes dette standpunkt og det er hermed fastlagt, at art. 9 ikke forhindrer nationale regler om tynd kapitalisering. Som anført af Jan Pedersen i Transfer pricing – international skatteretlig belysning, 1998, s. 248 f, udvider OECD ved denne

De danske regler om tynd kapitalisering er ikke udtryk for en egentlig omkvalifikation af fremmedkapital til egenkapital, idet rentebetalinger og kurstab ikke efter dansk ret skal behandles som udbytteudlodninger¹⁴⁵. Ej heller sker der en omkvalifikation af det betalte beløb¹⁴⁶. Dog skal det understreges, at det er det betalte rentebeløb eller kurstab, der undergives en ændret behandling, ikke selve kapitalsammensætningen. Det må konstateres, at der med SEL § 11 principielt er tale om en dispositionskorrektur til hvilken, der er knyttet en retsvirkning, der medfører en vilkårskorrektur. Herved ses det, at sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner i visse situationer kan sættes under pres, og reglerne i SEL § 11 kan siges at være et eksempel på disse problemer, idet bestemmelsen herved er dualistisk i sin natur. Man kunne i den forbindelse tale om en *hybrid korrektionsform*, der befinder sig mellem de to typer af korrektur. Sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner kan således ikke på dette område opretholdes med skarpe konturer.

I denne forbindelse kan det også fremhæves, at OECD tilsyneladende generelt anerkender, at armslængdeprincippet kan indebære dispositionskorrektioner¹⁴⁷.

udvidelse, transfer pricing begrebet ud over sit principindhold, idet begrebet herved udvides til også at omfatte dispositionskorrektioner. At OECD MDBO art. 9 således finder anvendelse ved tynd kapitalisering har dog ikke stået uimodsagt hen. Således finder *Geerten M.M. Michielse* i *Thin capitalisation in het fiscale recht*, 1994, og samme i BIFD 1997, s. 565-573, at dette er tvivlsomt. Det anføres, at OECD MDBO ikke er til hinder for nationale regler om tynd kapitalisering, der begrænser rentefradragsretten hos debitorselskabet, mens bestemmelsen derimod er til hinder for regler, der medfører en egentlig omkvalificering af rentebetalinger til udbytte. Dette begrundes særligt med, at (1) OECD MDBO art. 9 udelukkende finder anvendelse på vilkår, (2) at bestemmelsen kun finder anvendelse i relation til intern prissætning og ikke ved underkapitalisering, samt (3) at omkvalificering strider mod formålet med art. 9, stk. 1. For at en omkvalificering skal være mulig, kræves det efter forfatterens opfattelse, at den interne regel mod tynd kapitalisering korresponderer med bestemmelserne om udbytte og rente i overenskomstbeskatningsretten. Ligeledes er det fastlagt, at nationale regler vedrørende tynd kapitalisering ikke må medføre en samlet korrektur, der overstiger et armslængde resultat.

145. Jf. bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101). Dette indebærer, at der ikke (hvilket i øvrigt forekommer rent teoretisk) skal indeholdes udbyttekildeskate, samt at betalinger ikke skal behandles som udbytte i relation til de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

146. I mange lande sker der dog en egentlig lovfæstet eller ulovfæstet omkvalifikation. I Danmark er det yderligere karakteristisk, at det udelukkende er rentefradragsretten hos datterselskabet, der påvirkes af reglerne.

147. Jf. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, under pkt. 1.36. Selvom afsnittet primært omhandler den samme situation

Som et andet eksempel fra lovgivningsområdet kan fremhæves transfer pricing-systematikken, som den ligger til grund for LL § 2. Det må nemlig holdes for øje, at vilkårskorrektion efter ovenstående netop ikke er indkomstskabende. Transfer pricing princippet er indkomstfordelende. Dog vil foretagelsen af de såkaldte *sekundære korrektioner* medføre, at transfer pricing korrektioner bliver indkomstskabende. Tilsvarende kan indkomstkabelsen komme på tale derved, at en yderligere omkostning ikke er udtryk for en i arten fradragsberettiget omkostning, eller at en forøget anskaffelsessum ikke er afskrivningsberettiget.

Endelig skal uddybes det forhold, der allerede er berørt, nemlig at det i praksis til tider forekommer uhyre vanskeligt at foretage de nødvendige grænsedragninger. Udfaldet er vigtigt, ikke fordi der heraf kan udledes retlige resultater, men fordi der siges noget om hvilket retsgrundlag, der er det rette til korrektionen af den konkrete skatteudnyttelse.

At sondringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektion kan være vanskelig illustreres på tydelig vis af Højesterets dom i TfS 1999, 950 H *J.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S* (tidligere Jysk Sengetøjslager A/S) (UfR 2000, 393 H). Jysk sengetøjslager A/S havde været 100 %-moderselskab for selskabet Hobby Hall A/S indtil 1990. Herefter var ejerskabet dels hos J.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S's hovedaktionær (A-aktierne) og dels hos dennes børn (B-aktierne). I 1989 udskilte J.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S selskabets indkøbsfunktion til Hobby Hall A/S. For indkomståret 1989/1990 optjente indkøbsselskabet provisioner for 21,3 mio. kr., mens selskabets udgifter alene androg 3 mio. kr. Over 9 år ville provisionsaftalen indebære, at indkøbsselskabet ville få overført provisionsindtægter på ca. 288 mio. kr., mens selskabets faktiske omkostninger i samme periode kun ville udgøre ca. 51 mio. kr. Det blev oplyst, at indkøbsfunktionen skete i J.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S's navn og for dette selskabs regning og risiko, ligesom de indkøbte varer leveredes og faktureredes direkte til J.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S, som også viderefakturerede til udenlandske datterselskaber for eventuelle leverancer.

som tynd kapitalisering må det antages, at udsagnet er så generelt formuleret, at også andre dispositionskorrektioner kunne forekomme under anvendelse af – og under behørig respekt for – armslængdeprincippet.

Endelig fremkom det, at Hobby Hall A/S overtog lejemålet til sine lokaler fra Jysk Sengetøjslager på uændrede vilkår, men således, at Jysk Sengetøjslager A/S stadig hæftede direkte over for udlejer for alle lejers forpligtelser. Dette hang sammen med, at Jysk Sengetøjslager A/S stod som garant for Hobby Hall's gæld. Det var muligt for Hobby Hall A/S gennem overskuddet at benytte et skattemæssigt underskud, der var tæt på at fortabes, fra før selskabet indtrådte i sambeskatning med moderselskabet. *Landsretten* fandt ikke, at indkøbsfunktionen kunne anses for en sædvanlig agentopgave, men derimod at denne havde karakter af løbende udførelse af indkøbsopgaver for moderselskabet. Der blev her lagt vægt på det forhold, at indkøbsfunktionen skulle varetages i moderselskabets navn og for dets regning, samt at moderselskabet hæftede for lejemålet. *Landsretten* fandt videre, at provisionsaftalen gav Hobby Hall A/S en meget betydelig sikker og løbende indtægt, som reelt ikke indebar nogen forretningsmæssig risiko. Endelig tillagdes det betydning, at interessefællesskabet havde været afgørende for ordningens tilvejebringelse, samt at det gennem ordningen ville være muligt at afvikle gælden i Hobby Hall A/S og etablere en betydelig egenkapital. På denne baggrund tiltrådte *Landsretten*, at aftalen ikke var tillagt skattemæssig virkning efter sit indhold. Dog bemærkedes det, at udskillelse af en indkøbsfunktion i sig selv kan tjene forretningsmæssige hensyn. *Landsretten* anførte derfor, som et obiter dictum, at en sådan ordning må accepteres skattemæssigt i det omfang, vilkårene svarer til sædvanlige forretningsmæssige vilkår for ydelser af den pågældende karakter. Imidlertid havde Jysk Sengetøjslager A/S ikke søgt at påvise, at et mindre vederlag end den aftalte provision ville svare til sædvanlige forretningsvilkår for ydelser af den pågældende karakter. Videre anfører retten, at det heller ikke var påvist, at vilkårene i aftalen i øvrigt svarede til sædvanlige forretningsmæssige vilkår. Derfor sluttes det, at der herefter, og som sagen var forelagt, ikke var grundlag for hjemvisning til fornyet behandling ved ligningsmyndighederne.

Højesteret stadfæstede *Landsrettens* dom. Flertallet (3 ud af 5 dommere) udtalte, at forretningsmæssige hensyn utvivlsomt i større virksomheder kan tale for en funktionsopdeling. Imidlertid fandt flertallet forskellen mellem provisionsindtægten på basis af provisionsaftalen og Hobby Hall A/S's faktiske omkostninger så graverende, at aftalen, sammenholdt med de af *Landsretten* anførte grunde, *i den grad afveg fra normale forretningsmæssigt begrundede funktionsopdelinger*, at den aftalte

ordning i det hele måtte tilsidesættes i skattemæssig henseende¹⁴⁸. Højesterets mindretal (2 dommere) lagde imidlertid til grund, at overførslen af indkøbsfunktionen også tjente forretningsmæssige hensyn og fandt derfor ikke grundlag for at se bort fra aftalen. Dog fandt mindretallet, at aftalens vilkår afveg fra markedsmæssige vilkår. Der blev herved navnlig henset til, at normale forretningsmæssige vilkår ville indebære, at der tilsiges et koncernforbundet selskabet en fortjeneste for udførelsen af indkøbsfunktioner, når det tages i betragtning, at Hobby Hall A/S's udførelse af indkøbsfunktionen kunne få betydning for indtjeningen hos Jysk Sengetøjslager A/S. Dog fandtes en provision på 5 % at overstige markedsmæssige vilkår, hvorfor mindretallet stemte for en hjemsendelse til fornyet behandling ved ligningsmyndighederne¹⁴⁹.

Sagen viser, hvor svært det er at foretage en afvejning af, om der i konkrete situationer skal foretages vilkårs- eller dispositionskorrektioner. I sagen omtales begreberne rette indkomstmodtager, realitetsgrundsætningen, tilskudsbeskatning osv. Der tages i sagen ikke hensyn til den omstændighed, at Hobby Hall A/S havde anden indkomst på omtrent 10 mio. kr. fra detailhandel. I litteraturen er dommen blevet taget til indtægt for et udslag af realitetsgrundsætningen¹⁵⁰.

Det forhold, at Højesteret anerkendte et fradrag på 3 mio. kr. for Jysk Sengetøjslagers provisionsbetaling svarende til de i Hobby Hall A/S afholdte udgifter til indkøbene, finder *Jan Pedersen* op.cit., strengt taget ikke er i overensstemmelse med Højesterets præmisser, som netop frakendte det fulde skattemæssige indhold af indkøbsaftalerne. Dette standpunkt må jeg tilslutte mig, idet en dispositionskorrektur bør indebære en fuldstændig beløbsmæssig justering, svarende til at selve dispositionen (eller en del heraf) tilsidesættes. Dette var ikke tilfældet, hvorved Højesteret ikke taget skridtet fuldt ud. Imidlertid anfører forfatteren videre, at fradraget dog svarede til de fradragsberettigede udgifter, som også J.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S ville have afholdt, såfremt hovedselskabet selv havde udført indkøbsfunktionen.

148. Samme formulering er siden anvendt i TfS 2003, 802 A ApS, B ApS, C ApS og C.

149. Det bør bemærkes, at selskabet siden har søgt om omgørelse af provisionsbetalingerne på baggrund af dagældende SD-cirk. 1986-22. Vestre Landsret tilsluttede sig dog skattemyndighedernes nægtelse heraf, idet det udtaltes, at betingelsen om god tro ikke var opfyldt, jf. TfS 2003, 324 V J. S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S.

150. Jf. *Jan Pedersen* i R&R 2000 SM 32, og *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering. 2001, s. 429.

Del IV – Konfrontation

Det konstateres herved, at fradraget svarer til det af Højesterets flertal fastslåede realindhold af de forudgående aftaler, nemlig at det indskudte mellemlid blot var en tom skattebetinget formalitet, og at beskatningen derfor skulle foretages, som om indkøbsfunktionen fortsat var sket i hovedselskabet. Det er naturligvis svært at argumentere mod dette, men spørgsmålet er, om en tilsidesættelse af en disposition rent logisk kan medføre accept af en del af det overførte beløb, med mindre der er tale om en delvis tilsidesættelse af dispositionen. Højesteret fastslog jo netop, »at den aftalte ordning i det hele måtte tilsidesættes i skattemæssig henseende«. Det må herved hævdes, at ej heller *Jan Pedersen* tager konsekvensen af dommens præmisser fuldt ud¹⁵¹.

Som det ses, kan der argumenteres for, at der, som forudsat af Højesterets mindretal, burde have været foretaget en vilkårskorrektur i stedet for en dispositionskorrektur. Noget kan da også tale for, at dette ville være blevet gjort, såfremt man havde fremskaffet dokumentation for, hvad der i den konkrete situation var armslængde vilkår. På den anden side kan det også tænkes, at Højesteret blot ville benytte armslængde vilkår til at vise, hvad Hobby Hall A/S ville have haft fradrag for, hvis det selv havde udført arbejdet. Dommen må tolkes således, at dispositionen ville være blevet anerkendt, såfremt vilkårene havde været på armslængde vilkår eller i det mindste nærmere armslængde vilkår, end det var tilfældet.

Analyserne i dette afsnit leder til at konkludere, at sontringen mellem dispositionskorrektioner på den ene side og vilkårskorrektioner på den anden, som udgangspunkt er anvendelig, men at flere forhold modificerer dette udgangspunkt¹⁵². De modificerende forhold indebærer imidlertid ikke, at sontringen bør forlades, idet den trods alt stadig giver visse holdepunkter for typeinddelingen af skattemæssige korrektioner og hermed findestedet for hjemmelsgrundlaget til korrektionen. Herved lægges der også vægt på det forhold, at det næppe er muligt at fremkomme med en sontring til erstatning for sontringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner. Sluttelig skal der dog manes til agtpågivenhed derved, at der ikke med tiden søges udledt retlige resultater

151. Se på linie hermed *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen* i JUS 2000/2. Ole Bjørn anfører i SR-Skat 2002, s. 251, at retsfølgen i grove tilfælde synes at være en vilkårskorrektur, mens retsfølgen i meget grove tilfælde synes at være dispositionskorrektur.

152. Se kritisk om brug af terminologien *Henrik Dam*: Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 2005, s. 92 ff. Forfatter forkaster sontringen, idet denne findes cirkulær og idet der er stor uklarhed vedrørende begrebsanvendelsen i teorien.

af sondringen i stedet for blot at benytte denne i fremstillingsteknisk og systematisk øjemed. Efter ovenstående er det nødvendigt nedenfor at redegøre for, hvilken betydning det har i praksis, om en disposition er foretaget udelukkende eller hovedsageligt i skattebesparelseshensigt.

5.2.3.3. *Hvilken betydning har det for den skatteretlige lovfortolkning, at transaktioner er foretaget udelukkende eller hovedsageligt i skattebesparelseshensigt – herunder omgøelses- og misbrugsbegrebernes skatteretlige betydning*

A) *Indledning*

Ofte opstår i praksis spørgsmålet om, hvilken betydning det har for den skatteretlige behandling af forskellige dispositioner, at disse udelukkende eller overvejende er båret af en skattebesparelseshensigt. Det er ikke muligt at give noget entydigt svar på dette spørgsmål. Der redegøres i dette afsnit for, hvilken rolle skatteyderens hensigt har for fortolkningen af skattelove. Nærmere er det hensigten at undersøge om, og i bekræftende fald, i hvilket omfang skatteyderens skattebesparelseshensigt kan spille ind herved¹⁵³.

B) *Udgangspunktet – skatteyderens hensigt er beskatningen uvedkommende*

Det hører i dansk skatteret til undtagelsen, at den skatteretlige subsumption er betinget af, at det kan sandsynliggøres, at skatteyderen har haft en særlig hensigt med dispositionen¹⁵⁴. Skatteyderens intentioner har som udgangspunkt udelukkende betydning i forbindelse med *speculation* efter SL § 5 a samt ved vurderingen af, om der foreligger en *gavedisposition*. En bedømmelse af skatteyderens motiv kan dog tillige siges at indgå i KGL § 15 (tidligere § 7 A) om skattepligt for gevinst på fordringer, der er erhvervet for lånte midler¹⁵⁵. Parallelt hermed findes bestemmelsen i ABL § 2 c om aktier erhvervet for lånte midler.

153. Se generelt herom *Jakob Bundgaard* i TfS 2003, 299 og TfS 2003, 316.

154. Jf. Skattepolitisk redegørelse 1994, s. 126.

155. Jf. FT 1991-1992, tillæg B, sp. 2525 ff. KGL § 7 A, er kommet til bedømmelse i TfS 2002, 460 H *Carsten Madsen og Charlotte Zeltner* og TfS 2002, 461 H *John Harpsøe*. I TfS 2002, 460 H *Carsten Madsen og Charlotte Zeltner* havde skatteyderne som deltager i et interessentskab erhvervet obligationer for lånte midler. Disse obligationer ville blive omfattet af KGL § 7 A. Tilsvarende gjorde sig gældende for interessenter i samme og

Beskatningsretten udvides således ikke af selve det forhold, at en disposition er styret af ønsket om at opnå en gunstig skattemæssig stilling. En sådan hensynstagen er helt legitim, og der er intet forkert i at anse skat som en omkostning, det gælder om at holde nede på linie med andre omkostninger. Det har herved også i Danmark gennem tiderne været den herskende opfattelse, at motivet med en given disposition ikke har betydning for den skatteretlige bedømmelse heraf¹⁵⁶. Endda er det ansvarspådragende for professionelle rådgivere i visse

i andre tilsvarende interessentskaber. For at modvirke den påregnede beskatning efter KGL § 7 A, stk. 1 byttede interessenterne i de forskellige interessentskaber andele. Byttehandlen udløste en formidlingsprovision til en bank, der svarende til 0,33% af købesummen. Hermed blev det samlede resultat for interessenterne negativt efter skat selv uden beskatning efter KGL § 7 A, stk. 1. Skatteyderne mente sig på denne baggrund berettigede til at undgå beskatningen efter KGL § 7 A, stk. 1, jf. undtagelsesbestemmelsen i KGL § 7 A, stk. 3, 2. pkt. Højesteret fandt, at den foretagne byttehandel ikke havde noget forretningsmæssigt formål, men var en følge af interessen i at opnå den gunstige skattemæssige position. Herefter fandtes der ikke grundlag for at bringe undtagelsesbestemmelsen i anvendelse, idet denne som det også er fremgået ovenfor, netop tilsigtede at undtage tilfælde, hvori der ikke indgik skattespekulation. Observationen er utvivlsomt rigtigt, men spørgsmålet er, om ikke den tilsigtede skattespekulation var af en noget anden natur end den konkrete foretagne, nemlig således at det skulle være selve den lånefinansierede obligationsspekulation, der var omfattet og herved ikke spekulation i forbindelse med omgåelse af skattepligten efter KGL § 7 A, stk. 1. Herved kan der argumenteres for, at Højesteret i realiteten har dækket en faktisk udvidende fortolkning baseret på omgælsesbetragtninger, ind under den tilsyneladende støtte i bemærkningerne for herved at undgå omgælsesbetragtninger. Læses dommens præmisser sådan, støtter dommen den tendens der nedenfor postuleres at have fundet sted i navnlig Højesterets praksis, hvorved domstolen ikke tøver med at skride ind over for skatteretsmisbrug. Tilsvarende afstod skatteyderen i TfS 2002, 461 H *John Harpsøe*, sine værdipapirer og betalte i denne forbindelse en kurtage der medførte, at undtagelsesbestemmelsen i dagældende KGL § 7 A, 3, 2. pkt. søgtes bragt i anvendelse. Med præcis de samme præmisser som i TfS 2002, 460 nægtede Højesteret (modsat Landsretten) skatteyderen at anvende undtagelsesbestemmelsen i KGL § 7 A, stk. 3, 2 pkt.

156. Jf. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 100 ff, der bemærker, at det ikke er tilstrækkeligt til at tilsidesætte en disposition i skatteretlig henseende, at den udelukkende eller hovedsageligt er foretaget i skattebesparelses- eller skatteudnyttelsesøjemed, hvis dispositionen i øvrigt er juridisk bindende og foretaget på armslængde vilkår. Se også *Aage Michelsen* i R&R 1999 SM 150 og R&R 1998 SM 41 (43) og samme i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Torsten Iversen m.fl. (red.), 2003, s. 228 ff, samme i TfS 2003, 777, samme i R&R 2004 SM, s. 2 ff, *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 298, *Henrik Gam* i International beskatning – en introduktion, 2000, s. 77 ff, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 77, *Svend Erik Holm* i R&R 2000 SM 347, *Thøger Nielsen* i J 1962, s. 28, og Skattepolitisk redegørelse 1994, s. 126 ff, samt *Hans Severin Hansen* i TfS 2004, 88, *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 68, og *Kjeld Lund Andersen* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. 89 a, 2004, s. 270. En lignende opfattelse tilkendegiver *Erik Werlauff* i Selskabsskatteret, 2004/05, s. 398, men tilsyneladende lægges det dog s. 397 til grund, at skattedikterede transaktioner kan tilsidesættes. Se endelig fra praksis eksempelvis TfS 1996, 642 H *Freddy Riisgaard*

situationer at undlade at nedbringe skattebetalingerne i overensstemmelse med de muligheder, der rummes inden for de gældende regler¹⁵⁷.

C) Omdrejningspunktet – udelukkende eller i det væsentlige skattemæssigt begrundet

Omdrejningspunktet er dog sådanne situationer, hvor dispositionerne *udelukkende eller i det væsentlige* er skattemæssigt begrundet. Her skal grænsen trækkes mellem på den ene side lovlig skattetækning og på den anden side ulovlig skatteunddragelse¹⁵⁸. Selvom Højesteret har vist sig som vogter af legalitetskravet i flere henseender, opretholdes kravet ikke nødvendigvis, hvor der er tale om illoyale skatteudnyttelser med tomme og skattebetingede dispositioner¹⁵⁹. Man bør dog indledningsvis spørge, om tilstedeværelsen af en skattebesparelseshensigt alene kan udgøre det fornødne grundlag for en skatteretlig tilsidesættelse eller korrektion af civilretligt gyldige dispositioner.

D) Praxis viser, at skattebesparelsesmotivet ikke alene er afgørende

Retspraksis viser, at det *ikke alene* kan tillægges betydning om en disposition er helt eller overvejende skattemæssigt motiveret. Det må så-

Jørgensen, hvor Højesteret fastslog, at der uanset de skattemæssige fordele ikke var fornødent grundlag for at tilsidesætte rentefriheden mellem hovedaktionæren og selskabet.

157. Jf. herom *Søren Halling-Overgaard*: Revisors erstatnings- og disciplinæransvar 2001, s. 118 ff, og *Ulrik Gorm Møller*: Skatterådgivning – metode og teknik, 1996, s. 161 ff. Dog skal det bemærkes, at domstolene i vidt omfang har været tilbageholdende med at statuere ansvar for skatterådgivning i forbindelse med fejlslagen skattetækning, uanset tilstedeværelsen af fejl hos revisor, jf. herved UfR 1988, 692 H, UfR 1990, 824 H, UfR 1997, 842 H og UfR 1999, 574 H, men modsat UfR 2000, 1322 H, alle tillige nævnt hos *Erik Werlauff* i UfR 2001 B, s. 188.

158. Jf. også *Jørgen Nørgaard* i J 2001, s. 68.

159. Højesteret har således ikke på noget tidspunkt valgt den radikale løsningsmodel, der indebærer, at man konsekvent undlader at beskatte i tilfælde, hvor en dispositions facit vel svarer til netop det økonomiske resultat, som det er meningen med en beskatningsregel at beskatte, men hvor skatteyderens disposition efter sin ydre form fremstår som ikke omfattet af vedkommende beskatningsregel, jf. *Jørgen Nørgaard* i J 2001, s. 68-69. Forfatteren henviser i denne forbindelse til omgængelsesforbeholdet i TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen* og den konkrete realitetsbedømmelse i TfS 2000, 374 H *Carsten Bo Petersen*, dog uden nærmere at omtale forskelle og ligheder mellem en omgængelsesbetragtning og en konkret realitetsvurdering. Forfatteren hverken be- eller afkræfter således i sin egenskab af Højesteretsdommer, om retsopfattelsen er således, at der kan siges at eksistere en omgængeslære, en misbrugslære samt en realitetsgrundsætning, og i givet fald hvorledes samspillet er mellem disse, eller om der er tale om ét og samme forhold. Se nedenfor om realitetsgrundsætningen, omgængelse og misbrug.

Del IV – Konfrontation

ledes anføres, at det i henhold til gældende retspraksis *ikke er tilstrækkeligt* til at frakende en disposition skattemæssig betydning, at den udelukkende eller hovedsagelig er foretaget af skattemæssige grunde mellem interesseforbundne parter¹⁶⁰. Praksis har således ikke lagt *afgørende vægt på skatteydernes (formodede) motiv*, men dette moment har indgået som ét blandt flere. Det må hertil bemærkes, at dispositioner mellem interesseforbundne parter som udgangspunkt er ligeså gyldige i skattemæssig henseende som dispositioner, der er indgået mellem parter, der ikke er interesseforbundne¹⁶¹. Dette kan siges med al tydelighed forudsætningsvis at fremgå af de mange værnsregler, der i de senere år er blevet gennemført, herunder eksempelvis SEL § 32, FBL § 12, LL § 16 A, FBL § 3 A, LL § 2 og SEL § 11. Sådanne værnsregler ville i vidt omfang være overflødige, såfremt dispositioner mellem interesseforbundne parter, der udelukkende eller hovedsagelig er foretaget i skattebesparelsesøjemed, kunne frakendes skattemæssig betydning, således at de bliver uvirksomme i skattemæssig henseende¹⁶².

Velkendt er Højesterets obiter dictum i UfR 1975, 788 H *Advokat Mogens Glistrup mod Poul Børge Nielsen*, som var en civilretlig udløber af hele Glistrup sagskomplekset. Højesteret udtalte i denne forbindelse, at »... Vel må der gives appellantens medhold i, at den omstændighed, at forretningsmæssige dispositioner udelukkende eller dog delvis har skattemæssigt sigte, ikke i almindelighed medfører deres ugyldighed ...«¹⁶³. Dette udsagn kunne antages at have almen skatteretlig gyldighed til bekræft-

160. Jf. eksempelvis Skattepolitisk redegørelse 1994, s. 139 ff. Se også Jan Pedersen i Skatteretten 1, s. 2004, s. 135.

161. Jf. Aage Michelsen, der ved flere lejligheder har argumenteret for, at udgangspunktet fortsat er, at skatteydermotiver er skatteligningen uvedkommende, jf. Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 100 f, R&R 1999 SM 150 og R&R 1998 SM 41. Forfatteren konstaterer således i R&R 1999 SM 150 (153), på baggrund af hidtidig praksis og særligt TfS 1999, 289 H *Bygge & Finans A/S*, at det er Højesterets opfattelse, at det ikke er tilstrækkeligt til at frakende en disposition skattemæssig betydning, at den udelukkende eller hovedsagelig er foretaget af skattemæssige grunde mellem interesseforbundne parter.

162. Aage Michelsen finder i R&R 1999 SM 154 og R&R 1998 SM 41 ff, at TfS 1997, 862 LSR på pædagogisk vis illustrerer skattemyndighedernes korrektionsadgang, når der foretages dispositioner mellem interesseforbundne parter udelukkende eller hovedsagelig i skattebesparelsesøjemed.

163. Med dommen fik en af Glistrups klienter medhold i, at han kunne udtræde af det af Glistrup opbyggede administrationssystem. Dette administrationssystem blev af domstolen betegnet som et kompleks af dispositioner, hvilende på posteringer i (Glistrups) bogholderi uden nogen erhvervmæssig og økonomisk realitet og med uoverskuelige og ikke klarlagte konsekvenser for klienterne. Det var alene af disse grunde, at klienten kunne udtræde, og ikke som følge af ordningens skattemæssige indhold.

telse af en antagelse om, at enhver inden for lovgivningens rammer kan indrette på den måde, der findes mest hensigtsmæssig i henseende til at nedbringe skatten¹⁶⁴. Imidlertid må Højesterets obiter dictum antages udelukkende at vedrøre den civilretlige fratrædelsesmulighed, hvormed ugyldighedshenvisningen alene må antages at referere til civilrettens ugyldighedsgrunde.

Det nok væsentligste præjudikat på området findes i TfS 1999, 289 H *Bygge & Finans A/S*, der drejede sig om et *skattesalg*¹⁶⁵. I sagen blev det ikke tillagt betydning, at parternes dispositioner udelukkende eller fortrinsvis måtte være begrundet i skattemæssige overvejelser. Selskabet havde i november 1980 overdraget nominelt 978.200 kr. aktier i Himmerlandsbanken til hovedaktionæren til kurs 165 eller 1.614.030 kr. Den 16/2 1981 tilbagesolgte hovedaktionæren aktierne til kurs 170 (overkurs). Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst havde selskabet fratrullet et tab på aktierne med 1.118.831 kr. på baggrund af en oprindelig anskaffelsessum på 2.732.861 kr. Landsskatteretten fandt ikke grundlag for at indrømme fradrag for tab på aktier, da selskabets anskaffelsessum for aktierne var opgjort for højt, nemlig til kurser, der lå over børskurserne. Landsretten fandt, at salget i november 1980 ikke kunne tillægges skattemæssig betydning. Højesteret bemærkede, at der i perioden på 2 1/2 måned fra salget til tilbagekøbet havde foreligget en reel mulighed for ændringer i kursen, som ikke ville være uden betydning for parterne, selv om disse var interesseforbundne. Der var ikke grundlag for at tilsidesætte salget, og Skatteministeriet skulle anerkende, at selskabets skattepligtige indkomst nedsættes med 813.700 kr.¹⁶⁶.

Synspunktet kommer også til udtryk i den del af praksis, der vedrører oprettelsen af selskaber i lavskattelande. Det er således almindeligt antaget, at der i vor tids globaliserede økonomiske liv intet ulovligt er i at placere indkomstgrundlag i selskaber i lande med en lavere skatteprocent¹⁶⁷. I TfS 1997, 862 LSR havde en sparekasse angiveligt i skattebesparelsesøjemed stiftet et datterselskab i lavskatteområdet i Irland. Landsskatteretten bemærkede indledningsvis, at sagen ikke vedrørte spørgsmålet om anfægtelse af dispositioner, selvom om stiftelsen

164. Jf. eksempelvis *Henrik Gam* i *International beskatning – en introduktion*, 2000, s. 79 ff.

165. Dommen er kommenteret af *Ole Bjørn* i *SR-Skat* 1999, s. 211 ff.

166. Se også TfS 1999, 558 LSR, TfS 1992, 5 LSR og TfS 2000, 430 LSR.

167. Jf. *Aage Michelsen* i *R&R* 1998 SM 42.

Del IV – Konfrontation

af selskabet i Irland var foretaget af skattemæssige grunde. Det reelle spørgsmål i sagen var, om der kunne blive tale om vilkårskorrektion med støtte i armslængde synspunkter.

Højesteret støtter med dommen refereret i TfS 1997, 506 *Tage S. Nielsen* tilsyneladende denne opfattelse¹⁶⁸. I sagen foretog en skatteyder, der i årene 1980-92 var bosiddende i Belgien, og alene var skattepligtig i Danmark af erhvervsindtægter og erhvervsformue, for 1985 fradrag for renter af lån i sin skattepligtige indkomst og for 1986 fradrag for gæld i sin skattepligtige formue som følge af et lån på 4 mio. kr. ydet af et af ham stiftet selskab på Jersey (Zartok Ltd.) til hans personligt drevne virksomhed i Danmark. Denne konstruktion sikrede skatteyderen fradrag ved opgørelsen af virksomhedens skattepligtige indkomst i Danmark, jf. KSL § 2, stk. 2 og TfS 1993, 7 H *Texaco Inc.* For Højesteret drejede sagen sig alene om, hvorvidt det lån, som skatteyderen optog i selskabet på Jersey, var ydet på markedsvilkår. Højesteret fandt, at lånoptagelsen havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition til finansiering af virksomhedens drift. Der var derfor ikke grundlag for at frakende lånet skattemæssig betydning.

TfS 1994, 710 Ø *Mohinder Nath* synes i nogen grad at være i direkte modstrid med det anførte. I sagen blev skatteyderen beskattet af indkomst, der var oppebåret af et schweizisk selskab, som skatteyderen havde stiftet. Der blev i dommen henset til det forhold, at hovedformålet med at oprette det schweiziske selskab, efter Landsrettens vurdering, havde været at opnå skattemæssige fordele, hvorved Landsretten udtalte, at de danske skattemyndigheder på denne baggrund ikke var forpligtede til at respektere det af skatteyderen valgte arrangement.

Som det seneste væsentlige præjudikat på stammen må henvises til TfS 2003, 889 H *Over-Hold ApS*. Om den konkrete skatteudnyttelse bemærkede Højesteret, at der var tale om en lovlig udnyttelse af den udtrykkelige undtagelse i LL § 15, stk. 7¹⁶⁹.

Det må konstateres, at en placering af indkomstgrundlag i lavskattelende ikke er udtryk for en sådan fravigelse fra normale forretnings-

168. Jf. også *Jørgen Nørgaard* i J 2001, s. 65 ff (s. 68).

169. Se herom *Aage Michelsen* i R&R 2004 SM, s. 2 ff, *Hans Severin Hansen* i TfS 2004, 88, *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2004, s. 50 ff, samt *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 68. Dommen tages hos alle til indtægt for det synspunkt, at skattebesparelse som motivation bag en disposition ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at tilsidesætte denne i skattemæssig henseende.

mæssige dispositioner, at hensigten medfører en skatteretlig underkendelse af dispositionen.

E) Situationer hvor skattebesparelsesmotivet i sig selv har spillet en rolle

Selvom det i almindelighed må antages, at afgørelser om skatteudnyttelse ikke alene begrundes med henvisning til skatteyderens hensigt med dispositionen, synes visse domme dog at give det indtryk, at hensigten til en vis grad indgår som et led i begrundelsen for helt eller delvist at frakende dispositioners skatteretlige virkning¹⁷⁰.

Således kan det diskuteres, om der med Højesterets dom i TfS 2001, 155 H *Einar Valdemar Simper* er tilsigtet en ændring af retstilstanden. Sagen vedrørte spørgsmålet om fordelingen af kursnedslag på overdragne aktiver mellem far og søn i forbindelse med et generationsskifte¹⁷¹. Østre Landsret anfører, at det »... må lægges til grund, at den foretagne overdragelse ikke vil være blevet aftalt som sket mellem to ikke interesseforbundne personer. Det må derfor antages, at den egentlige begrundelse for den skete opdeling har været at tilrettelægge overdragelsen således, at den ud fra et skattemæssigt synspunkt blev så gunstig som muligt for parterne. Med dette udgangspunkt er betingelserne ifølge praksis til stede for, at skattemyndighederne kan foretage korrektion af de trufne aftaler ...«. Højesterets præmisser giver imidlertid ikke Landsretten fuld støtte. Det anføres, at »... Indholdet af de aftaler, der foreligger om overdragelserne i 1980 og 1981, er på flere punkter ubestemt og uklart og har ført til selvangivelse af resultater, som må anses for usædvanlige i forhold til, hvad der ville følge af aftaler mellem uafhængige parter. Der er herefter ikke grundlag for at kritisere, at skattemyndighederne ud fra en helhedsbedømmelse af transaktionerne har foretaget skatteansættelserne... som sket ...«. Højesterets opretholdelse af en dispositionskorrektion kan skyldes manglende dokumentation fra skatteyderens side samt en vis forsigtighed med at tilsidesætte et forvaltningsretligt skøn, men næppe alene tilstedeværelsen af en skattebesparelseshensigt.

170. Jf. Skattepolitisk redegørelse 1994, s. 128 ff, med en gennemgang af relevant praksis og TfS 1999, 950 H *J. S. Ejendoms- og investeringselskab A/S*.

171. *Michael Serup* tager i *Generationsskifte – Omstrukturering*, 2004, s. 139, Landsretsdømmen (TfS 1998, 610 Ø og TfS 1988, 611 Ø) til indtægt for den regel, at kursnedslag skal fordeles forholdsmæssigt på de af en overdragelse omfattede aktiver (bortset fra likvide midler) i forhold til aktivernes samlede salgssum. Dette gælder, selvom parterne i aftalen har henført gældsbrevsberigtigelsen til et eller flere aktiver.

Del IV – Konfrontation

Der kan yderligere henvises til TfS 2002, 219 Ø ApS SPKR 4 nr. 2861, hvor Landsretten tilsidesatte en overdragelsespris på anparter mellem interesseforbundne parter. Retten tillagde det tilsyneladende vægt ved afgørelsen, at »... *det er ubetænkeligt at fastslå, at overdragelserne alene var begrundet i ønsket om at undgå beskatning af fortjenesten ved salg af anparterne til den reelle værdi ...*«. Præmissen går dog ikke igen i Højesterets stadfæstende dom i TfS 2003, 603 H.

Det kan ikke helt afvises, at skattebesparelseshensigten i sig selv har spillet en rolle for de udfaldet af de nævnte domme. Udgangspunktet sættes endvidere under pres, hvis skattebesparelseshensigten inddrages i situationer, hvor dette ikke har relevans¹⁷².

172. En sådan karakteristik giver *Svend Erik Holm* i R&R 2000 SM 347 (348) af TfS 2000, 862 V *Ejendomsselskabet af 14.11.1991 ApS*. Dommens præmisser tilsvare præmisserne i en Vestre Landsretsdom afsagt samme dag vedrørende samme koncern (Vendia-koncernen), jf. TfS 2000, 861 V. Forfatterens kritik må derfor antages at omfatte begge disse domme. I sagen købte ejendomsselskabet en byggegrund af et interesseforbundet byggeselskab (Byggeselskabet Damgårdsvej 25, Frederikshavn A/S), hvilket efter skattemyndighedernes opfattelse var sket til en for høj pris. Skattemyndighedernes ville derfor lade forskellen mellem overdragelsesprisen og markedsprisen udgøre et ikke fradragsberettiget tilskud fra ejendomsselskabet til byggeselskabet. Landsretten gav dog skatteyderen medhold, hvorfor tilskudsbeskatningen blev undgået. Det interessante i denne sammenhæng er imidlertid, at Landsretten i sin begrundelse fremhævede, at det lægges til grund, at koncernen gennem en årrække havde haft sine byggeaktiviteter opdelt, således at grundkøb foretoges i byggeselskabet og de enkelte byggerier i skiftende driftsselskaber. Selvom sagen som udgangspunkt kan siges at vedrøre et traditionelt spørgsmål om, hvorvidt en overdragelse mellem interesseforbundne parter var sket på armslængde vilkår, anførte Landsretten af største interesse, og på trods heraf, at en sådan opdeling ud fra risikoovervejelser efter det foreliggende ikke efter Landsrettens vurdering, kunne antages at være usædvanlig inden for byggebranchen. *Svend Erik Holm* anfører i R&R 2000 SM 348, at det naturligvis kan være betryggende at vide, at der er tale om en traditionel og velkendt konstruktion, men samtidig, at denne type af »hjælpeværktøjer« bør anvendes med varsomhed, da sådanne hurtigt kan give anledning til fortolkningstvív. Således anføres det, at det for afgørelsen af om de i dommen omhandlede grunde var overdraget til handelsværdien må være uden betydning, om det er sædvanligt eller ej at opdele virksomhedens aktiviteter på flere selskaber. Af denne årsag finder forfatteren ikke at der er nogen grund til at nævne forholdet i præmisserne og dermed skabe tvív om, hvorvidt resultatet ville være blevet det samme, hvis det havde været usædvanligt at foretage den pågældende opdeling af virksomheden, eller om der er grundlag for modsætnings slutninger. Med ovenstående behandling in mente syntes Landsrettens bemærkninger dog ikke uoverensstemmende med hidtidig praksis. *Anders Hultquist* advarer også i Legalitetsprincippet ved indkomstbeskatningen, 1995, s. 486, mod brugen af tests om givne dispositioners normalitet, grundet den usikkerhed der naturligt forbindes hermed.

F) Kravet om »forretningsmæssig begrundelse«

I en række sager har domstolene opereret med et kriterium om, at dispositioner skal have en *forretningsmæssig begrundelse*, hvis de skal opretholdes i skattemæssig henseende¹⁷³.

I TfS 2002, 788 H *Fyns Erhvervsrevision A/S*, anlagde Højesteret en konkret fortolkning¹⁷⁴. I sagen blev der foretaget en koncernintern overdragelse af en kontraktportefølje med undtagelse af en enkelt ubetydelig kontrakt. Samtidig overtog det hidtidige finansieringsselskab en revisionsvirksomhed. Baggrunden herfor var, at saldoen på det overdragende selskabs driftsmiddelkonto i henhold til ligningsvejledningens bemærkninger om successiv afhændelse, kunne bringes til fradrag som tab i senere indtægter fra anden virksomhed, blot ved at tilrettelægge afhændelsen af driftsmidlerne således, at afhændelsen af et enkelt driftsmiddel blev udskudt til et senere indkomstår. Højesteret skar sagen konkret til. Således fandtes det, at spørgsmålet var, om skatteyderen kunne støtte ret på ligningsvejledningens regler om successiv afhændelse. Disse regler fandt Højesteret, efter baggrunden i dagældende afskrivningslov og sammenhængen med almindelige principper for indkomstopgørelse og tabsfradrag, måtte *forudsætte en forretningsmæssig begrundelse* for den successive afhændelse. Da en sådan begrundelse uomtvisteligt ikke fandtes at have foreligget, tiltrådte Højesteret, at selskabet ikke havde været berettiget til at bringe driftsmiddelsaldoen til fradrag som sket.

Dispositionernes manglende forretningsmæssige begrundelse tillægges tilsyneladende også betydning hos Østre Landsret i TfS 2004, 882 H *Uffe Elander* og TfS 2004, 881 H *Preben Normand Madsen*. Sagerne vedrørte skattearrangementer, hvor et lån var optaget til en så høj rente, at kursen væsentligt oversteg pari. Lånet ville hermed blive udbetalt

173. Terminologisk svarer et sådant krav til den i angloamerikansk ret udviklende »business purpose doctrine«. Selvom der ikke i dansk ret direkte synes at være foretaget overvejelser ad modum norsk ret om en gradbøjning af et eventuelt skattemæssigt motiv, må tilsvarende overvejelser have betydning for dansk ret. Således gælder det i norsk ret, at der ikke gribes ind alene fordi en transaktion er skattemæssigt motiveret. Derimod gribes der ind, såfremt de skattemæssige virkninger fremstår som det overvejende element i transaktionen. Afgørelsen beror på en totalvurdering, hvor de centrale spørgsmål er, hvilken egenverdi dispositionen har ud over skattebesparelsen, og om det skatteretlige resultat ved at følge formen fremtræder som stridende mod skattereglernes baggrund, jf. herom *Håkon Løchten* i *Skatterett* 2000, s. 107 ff (117). Kravet om forretningsmæssig begrundelse anvendes fejlagtigt synonymt med »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« hos *Nikolaj Vinther*: *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 217.

174. Dommen er kommenteret af *N. Mou Jakobsen* i R&R 2002 SM 356.

med et større beløb, end det senere skulle indfries med. Den dagældende § 5 i KGL indeholdt hjemmel til at beskatte fordelen ved overkursen allerede ved lånets stiftelse, men efter bestemmelsen betragtedes en skyldners overtagelse af forpligtelserne ikke som en ny forpligtelse, der udløste beskatning, når vilkårene i øvrigt var uændrede. Ved at lade en skyldner, der ikke var omfattet af bestemmelsen optage lånet, skabte arrangementet mulighed for at opnå rentefradrag uden tilsvarende beskatning af fordelen ved den af den høje rente forårsagede overkurs. Ved lov nr. 236 af 6.4. 1995, der ændrede KGL § 5, blev der indført hjemmel til beskatning af overkursfordelen ved debitorskifte. Ændringsloven fik virkning under arrangementernes løbetid, og lånevilkårene blev ændret for at undgå de skattemæssige virkninger heraf. Omlægningen indebar en rentesækning, der reducerede kursen til pari. Rentesækningen blev kompenseret med en »strafrente«, således at omlægningen ikke havde økonomisk effekt i forholdet mellem parterne. Østre Landsret tilsidesatte i begge sager den skattemæssige effekt af de foretagne omlægninger. Landsretten lagde herved vægt på, at dispositionerne *ikke havde noget forretningsmæssigt formål*, ligesom resultatet blev nået ud fra en *helhedsvurdering*, hvorefter renteomlægningerne ikke fandtes at have frataget lånene karakteren af overkurslån. Lånene blev derfor anses for at være omfattet af ændringsloven. Begge domme blev stadfæstet in terminis ved Højesteret.

Omtales bør også TfS 2002, 390 Ø *Over-Hold ApS*. I sagen havde et selskab købt et underskudsselskab. Der blev foretaget en kapitaludvidelse i underskudsselskabet på 120. mio. DKK, der blev tilvejebragt ved et lån i selskabets svenske moderselskab. Kapitaludvidelsen blev straks videreudlånt til et andet koncernforbundet selskab, der skulle bruge det omhandlede beløb til en aktieovertagelse. Alle transaktioner fandt sted samme dag. Underskudsselskabet modtog den samme rentebetaling for lånet, som selskabet ydede for lånet til sit svenske moderselskab. Skattemyndighederne og Landsskatteretten godkendte ikke fradrag for selskabets renteudgifter, idet lånearrangementerne ikke kunne lægges til grund i skattemæssig henseende. Ej heller Landsretten anerkendte selskabets rentefradragsret. Resultatet fremkom under henvisning til den nære sammenhæng mellem selskabets låneoptagelse, kapitaludvidelsen og den efterfølgende kapitalnedsættelse. På denne baggrund fandtes det ikke godtgjort, at selskabet reelt havde fri dispositionsret over det lånte beløb, ligesom det fandtes, at underskudsselskabet ej heller havde fri dispositionsret over sin egenkapital, idet det

lånte beløb på 120 mio. DKK, efter Landsrettens opfattelse, på forhånd var bestemt til, alene at skulle anvendes til det samtidige udlån til det koncernforbundne selskab. Hertil kom, at Landsretten ikke fandt, at de koncerninterne lån var forbundet med en reel risiko for selskaberne. Da det endelig efter sagens oplysning måtte lægges til grund, at selskabet ikke havde en indtjening ved lånearrangementet, fandt Landsretten, at lånearrangementet *ikke havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition* for selskabet, hvorfor lånet måtte frakendes skattemæssig betydning. Som det ses indebærer Landsrettens argumentation *en konkret realitetsbedømmelse* af arrangementet¹⁷⁵.

Resultatet for Landsretten kunne derfor være nået ved at konstatere, at selskabet ikke reelt var debitor i lånearrangementet. En sådan tilsyneladende ligestillelse mellem en realitetsbedømmelse og en bedømmelse af dispositioners forretningsmæssig baggrund må antages at være udtryk for gældende ret¹⁷⁶.

TfS 1997, 506 H *Tage S. Nielsen* berørte også betydningen af dispositioners forretningsmæssige begrundelse, idet Højesteret fandt, at lån-optagelsen havde karakter af en *sædvanlig forretningsmæssig disposition* til finansiering af virksomhedens drift. Der var derfor ikke grundlag for at frakende lånet skattemæssig betydning. Med de citerede præmisser kan det siges, at Højesteret forudsætter, at låneforholdet kan tilsidesættes, såfremt dette *ikke* havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Dog uddybes betragtningerne ikke nærmere. En mulig forklaring kan være, at Højesteret med henvisningen til kriteriet om, at der skal foreligge en sædvanlig forretningsmæssig disposition herved, faktisk tilkendegiver, at dispositionen skal understøttes af den fornødne *realitet*.

175. Højesteret har siden tilsidesat Landsrettens dom, idet Højesteret fandt, at den anvendte fremgangsmåde var udtryk for en lovlig udnyttelse af den dagældende udtrykkelige undtagelse for finansielle underskudsselskaber i LL § 15, stk. 7, nr. 3, jf. TfS 2003, 889 H *Over-Hold ApS*.

176. Se allerede *Robert Koch-Nielsen* i SpO 1984, s. 51, hvor en forretningsmæssig disposition forstås som et krav om en erhvervsmæssig og økonomisk realitet. En sådan ligestillelse blev tilsyneladende også foretaget i TfS 2003, 93 LSR, hvor Landsskatteretten tilsidesatte en skatteydere deltagelse i et lånefinansieret investeringsarrangement, der investerede i obligationer. Begrundelsen var at Retten fandt, at der efter en *samlet bedømmelse* var tale om en række forud fastlagte dispositioner *uden egentligt forretningsmæssigt indhold og uden reelle økonomiske risici* for de implicerede parter, således at formålet med skatteprojektet efter Landsskatterettens opfattelse alene havde været at opnå skattebesparelse i form af rentefradrag.

Del IV – Konfrontation

Højesteret anvender kriteriet om forretningsmæssig begrundelse i TfS 1999, 950 H *Æ.S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S*, jf. ovenfor.

Det krav om dispositionernes *forretningsmæssige begrundelse*, der er fremhævet, indebærer dog ikke, at dispositionen bedømt før skat skal være overskudsgivende. Kravet må forstås således, at der skal foreligge en *erhvervsmæssig og økonomisk realitet*¹⁷⁷. Fraværet af sidstnævnte medfører, at dispositioner påhæftes den karakteristik, at der herved foreligger *tomme og realøkonomisk indholdsløse dispositioner*. Begge udtryk må antages at være udtryk for to sproglige formuleringer af det samme forhold. Dette krav skal derimod ikke ses som et modstykke til en *intention om skattebesparelse*. En konkret skattebesparelseshensigt kan meget vel være forretningsmæssigt begrundet, men hvor der kan foretages en tilsidesættelse af dispositionen ud fra en konkret realitetsbedømmelse, forudsættes der herved at foreligge en konkret skattebesparelseshensigt. Herved hænger kravet om forretningsmæssig begrundelse sammen med den konkrete realitetsvurdering, der kan foretages i henhold til realitetsgrundsætningen¹⁷⁸. En sådan sammenhæng forekommer ikke alene i Danmark, idet der også i andre lande ses en nær sammenhæng mellem »the business purpose test« og betragtninger om »substance over form«¹⁷⁹.

G) Skattebesparelseshensigt skærper realitetsprøvelsen og udgør samtidig en forudsætning for dispositionskorrektur

Som det er fremgået må det konstateres, at skatteyderens skattebesparelseshensigt ikke i sig selv kan udgøre et korrektionsgrundlag. Det må dog antages, at tilstedeværelsen af en konkret skattebesparelseshensigt derimod skærper skattemyndighedernes og domstolenes prøvelse af dis-

177. Jf. eksempelvis Højesterets bemærkninger i UfR 1975, 788 H *Advokat Mogens Glistrup mod Poul Børge Nielsen*.

178. Se modsat *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005 passim, der anser kriteriet om en forretningsmæssig begrundelse for at udgøre skatterettens overordnede korrektionsmulighed. Uden nærmere dokumentation antager forfatteren, at domstolene erstatter det unormale med det normale. Der gives dog ikke nærmere retningslinier for en sådan fremgangsmåde. Se tillige samme i J 2004/6, hvor kriteriet om forretningsmæssig begrundelse præsenteres som et generelt skatteretligt redskab til modvirkning af omgåelse. Forfatterens analyse af domspraksis for at opnå denne konklusion forekommer ikke overbevisende. Det kan således ikke tilsluttes, som antaget af forfatteren, at det er påvist, at det forretningsmæssige kriterium med tiden har vundet større indpas i dansk skatteret.

179. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 240.

positionens realitet¹⁸⁰. At domstolene af og til inddrager skatteydernes motiver som et led i begrundelsen, kan formentlig ses som et udslag heraf.

Det står samtidig fast, at anvendelse af realitetsgrundsætningen forudsætter, at der konkret foreligger en skattebesparelseshensigt. Herved spiller skattebesparelseshensigten og realitetsbedømmelsen sammen.

H) Skattebesparelseshensigt skaber formodning for skatteudnyttelse

Det kan endvidere anføres, at en overvejende skattebesparelseshensigt i forbindelse med visse transaktioner skaber en formodning for, at der med transaktionen er tale om skatteudnyttelse. Et eksempel herpå findes i fusionsbeskatningsdirektivets artikel 11, stk. 1, litra a og artikel 1, stk. 2 i moder-/datterselskabsdirektivet. Fusionsdirektivets artikel 11 forbeholder medlemsstaterne muligheden for at nægte en disposition den skattefrihed, som den ellers skulle have haft efter direktivet, såfremt dispositionen gennemføres i det øjemed at foretage skatteunddragelse eller skatteomgåelse¹⁸¹. Således gælder det i henhold til denne bestemmelse, at en skattebesparelseshensigt i forbindelse med en fusion, spaltning, aktieombytning eller tilførsel af aktiver skaber en formodning for, at der foreligger skatteudnyttelse som omfattet af bestemmelsen. En tilsvarende opfattelse praktiseres af landsskatteretten, der i en række sager i forbindelse med givne omstruktureringer har krævet, at disse var drevet af *forsvarlige økonomiske overvejelser*, jf. eksempelvis TfS 2002, 133 LSR og TfS 2001, 178 LSR. Af EF-domstolens afgørelse i sag C-28/95 *A. Leur-Bloem* fremgår det, at begrebet forsvarlige økonomiske betragtninger i fusionsdirektivets art. 11 skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel.

180. Jf. Skattepolitisk redegørelse 1994, s. 139 ff.

181. Den tidligere danske udgave af direktivet benyttede ordene »skattesvig eller skatteunddragelse«, men efter konsultation af de øvrige sproglige modeller, konstateres i svar på spm. 30 og 31 til L 20, at ordene »skatteunddragelse og skatteundgåelse« er en bedre formulering. Se dog kritisk hertil *Søren Næsborg Jensen*: EU-Selskabsskatteret, 1997, s. 312 f. Begreberne omfatter såvel ulovlig og strafbar skattesvig, ulovlig men ikke strafbar skatteunddragelse som lovlig skattetænkning. Det er dog i sidste instans op til EF-domstolen at fastlægge det fælleseuropæiske begrebs nærmere indhold.

I) Omgåelse – findes der en omgåelsesklausul?

En måde hvorpå skatteyderens hensigt kan tillægges betydning, er gennem omgåelsesbetragtninger. Der findes ikke nogen lovfæstet omgåelsesklausul i dansk skatteret, og der er i almindelighed enighed om, at der ikke findes en domstolsskabt omgåelsesklausul i dansk skatteret¹⁸². Dog skal det erindres, at der findes sådanne regler specifikt ved lovgivning. De eneste lovregler, hvorefter et omgåelsessynspunkt alene kan bære en skatteretlig afgørelse, er formentlig omgåelsesklausulerne i moder-/datterselskabsdirektivets (90/435/EØF) art 1, stk. 2 og fusionsbeskatningsdirektivets (90/434/EØF) art. 11, stk. 1. Disse bestemmelser er ikke som sådan implementeret i dansk ret, men navnlig klausulen i fusionsdirektivet håndhæves i Danmark gennem tilladelsespraksis til omstruktureringer, jf. just ovenfor. Der fandtes tillige i den tidligere gældende § 5 c i arve- og gaveafgiftsloven en omgåelsesklausul, hvorefter samme afgift som arv ved en persons død svarede af overdragelser, som vedkommende person havde foretaget til omgåelse af

182. Jf. Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 100 ff, samme i SpO 1984, s. 96 ff, I. A. Strobel i UfR 1976 B, s. 24 ff, Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 38 og 41, samme i TfR 1963, s. 375 ff og i TfS 1988, 402, Niels Lauesen i TfS 1988, 365 og TfS 1993, 85, Robert Koch-Nielsen i UfR 1971 B, s. 112, Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 397 ff, Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 132 ff, samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 261 og 295, samme i FSR's årsskrift 1990, s. 202 og Skattepolitisk redegørelse 1994, s. 126 ff, og endelig Jens Feilberg Jørgensen: Omgåelse af retsregler, 1966. Det synes at have været den generelle opfattelse, at en generel omgåelsesklausul ikke er ønskelig i dansk ret, jf. hertil repræsentativt Redegørelse fra skatteretsrådet, 2001, s. 33 ff, men modsat Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 173 ff. Forfatteren finder, at skatteudnyttelsesproblematikken i dansk ret løst gennem to kriterier (1) et omkvalifikationskriterium og (2) et forretningsmæssigt kriterium. Førstnævnte inddeler forfatteren i tre midler: (a) en realitetsbetragtning, der dog ikke skal forstås som andet end et samlebegreb som medfører, at skatteretten om nødvendigt kan foretage sin egen begrebsdannelse. Hjemmelen hertil består efter forfatterens vurdering i den legitimering, domstolene har forudsat de har fra lovgivningsmagten. (b) En udvidende fortolkning, hvori der efter forfatterens opfattelse ligger et krav om, at dispositionen skal være båret af andre hensyn end de rent skatteretlige. (c) En analogislutning, hvorefter man lader en disposition omfatte af en bestemmelse, trods det forhold at ordlyden klart ikke omfatter dispositionen. Sidstnævnte kriterium, som forfatteren benævner det skatteretlige forretningskriterium, udgør det vigtigste af de tre efter forfatterens vurdering, idet det herved omfatter armslængdebedømmelsen. Den svenske skatteflyktsklausul er som bekendt ændret og ophævet og atter indført flere gange. Kritikken er dog ikke forstummet. Senest finder Anders Hultquist i Festskrift til Gustaf Lindencrona, 2003, s. 193 ff, at den seneste version hverken formår at bringe sig fra af legalitetsprincippets anstrengte forhold til analogislutninger, ligesom omgåelsesproblemet ikke nødvendigvis er blevet løst effektivt.

afgiftspligten i henhold til loven. Bestemmelsen blev i praksis formentlig ofte påberåbt, men kun sjældent anvendt¹⁸³.

Samtidig er det i de seneste år blevet diskuteret, om det nævnte udgangspunktet stadig er udtryk for gældende ret, særligt i lyset af TfS 1998, 99 H *Henrik Norland* og TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*, hvorefter spørgsmålet er blevet rejst om Højesteret accepterer en generel omgåelsesklausul¹⁸⁴. I TfS 1998, 137 gengives resultatet af Skatteministeriets analyser af Højesterets praksis fra de senere år, og det konkluderes, at Højesteret har skærpet kravet til hjemmelsgrundlaget i skattesager. Heri anføres det, at »... *Hvor der ikke konkret foreligger egentlig omgåelse eller misbrug, må det antages, at domstolene vil være stærkt tilbageholdende med at acceptere fortolkninger, som myndighederne har ment var nødvendige for at undgå en – efterfølgende videregående – udnyttelse af reglen ...*«.

Omgåelsesterminologien blev anvendt i den efterhånden berømte rentefikseringssag TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*¹⁸⁵. Sagen drejede sig om spørgsmålet, om der for 1989 skulle fastsættes en fikseret rente af et tilgodehavende, som skatteyderen havde opnået ved salg af en række udlejningsejendomme til anpartsselskaber, hvis anparter tilhørte et af ham ejet aktieselskab, J.B.N. Invest. Han solgte udlejningsejendommene i 1987, og i forbindelse med handlerne opnåede han betydelige kontante tilgodehavender, som han lod henstå uforrentet. Skattemyndighederne fastsatte en fikseret rente af tilgodehavendet svarende til diskontoen + 4 pct., hvilket skete i 1992 med tilbagevir-

183. Se hertil UfR 1986, 649 H *Direktør Svend E. Drost*, (TfS 1986, 320 H), TfS 1988, 241 Ø *Thøger Anker Frederik Hansen, Vivi Gynther Christiansen og Jane Gynther Ingholt*, TfS 1992, 90 Ø *Birthe Nielsen, Leo Nielsen, Bente Leo Nielsen og Hans Jørgen Nielsen samt Jørgen Berg & Marianne Christiansen*: Lov om afgift af arv og gave med kommentarer, 1991, s. 90 f.

184. Jf. *Erik Overgaard* i TfS 1998, 207, *Bent Ramskov* i TfS 1998, 319, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 173 ff, og *Alf Bent Hermann* i TfS 1998, 661 og *Peter S. Andersen* i ET 1998, s. 177.

185. Dommen er kommenteret af advokatfirmaet *Tommy V. Christiansen* i JUS 1998, nr. 9, af *Erik Overgaard* i TfS 1998, 207, *Michael Svanholm* i TfS 1998, 249, *Bent Ramskov* i TfS 1998, 319, *Ole Bjørn* i SR-Skat 1998, s. 141 ff, og SpO 1999, s. 54 ff, *N. Mou Jakobsen* i R&R 1998 SM 121, i en redaktionel kommentar i SpO 1998, s. 110, og endelig af *Charlotte Amstrup Rasmussen* i Inspi 1999/3, s. 14 f. *Christian Homilius* søger (om end forbeholden) i SpO 2000, s. 333 ff, tillige at tage TfS 1999, 346 H *Preben Alex Christensen* til indtægt for en omgåelsesnorm. Dette kan ikke udelukkes, men klart er det, at ordet »omgåelse« ikke indgår i Landsrettens bemærkninger, som tiltrådt af Højesteret. Se om omgåelse i momsretten, herunder særligt EF-domstolens forventede praksis *Claus Kirketerp* i R&R 2005 SM 314 ff.

kende kraft fra 1989. Landsretten fandt, at skattemyndighederne havde været berettiget til at fastsætte renten som sket, og fastholdt de forholdede ansættelser. Højesteret bemærkede, at der hverken i statsskattelovens § 4, litra e, eller i skattelovgivningen i øvrigt er taget stilling til, hvorvidt og i givet fald under hvilke betingelser aftaler om rentefrihed kan tilsidesættes. Beskatning hos långiveren må forudsætte, at der med de foretagne dispositioner er tilsigtet en omgåelse af skattelovgivningen. Købesummerne blev ikke anfægtet af skattemyndighederne, og der var ikke grundlag for at fastslå, at der i købesummerne var indregnet en kapitaliseret forrentning af skatteyderens tilgodehavende. Højesteret fandt herefter ikke hjemmel til at tilsidesætte aftalen om rentefrihed, og ansættelsen for 1989 blev nedsat i overensstemmelse med skatteyderens påstand.

Der er for så vidt ikke tvivl om, hvad der ligger i omgåelsesbegrebet generelt¹⁸⁶. Imidlertid har det givet anledning til mange overvejelser, hvad Højesteret har ment i den konkrete situation, og hvad der i fremtiden vil blive lagt vægt på ved eventuelle omgåelsesbedømmelser¹⁸⁷. Der kan argumenteres for, at Højesteret med den valgte formulering har introduceret en generel omgåelsesklausul¹⁸⁸. Videre kan der argumenteres for, at dommen blot er udtryk for en helt konkret mulighed

186. Således lader der til at være enighed om, at der ved omgåelse forstås det forhold, at to eller flere parter ved indgåelse af aftale forsøger at komme uden om et i en præceptiv lov indeholdt forbud ved at lade aftalen fremtræde i en skikkelse, der ikke er omfattet af lovens ord (men vel af dens ånd).

187. Særligt er det blevet analyseret, hvad Højesteret kan have ment med omgåelse i relation til faktum i TfS 1998, 199 H, herunder betydningen af pkt. 2.2. i genoptagelsescirkulæret, jf. TS-cirk. 1998-33. Heri fastslås det, at i de tilfælde hvor skattemyndighederne har lagt til grund, at den økonomiske værdi er anset som udbytte, gælder der en formodning om at der foreligger omgåelse. Se eksempelvis *Ole Bjørn* i SpO 1999, s. 56, der konstaterer, at man med den kryptiske formulering af det nævnte pkt. 2.2. formentlig henviser til situationer, der er omfattet af LL § 16 A, hvilket kan være tilfældet med ulovlige aktionærlån, der af selskabet ydes på fordelagtige forrentningsvilkår. Se også *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 176 f, der efter at have sammenholdt højesterets præmisser med det tidligere cirkulære – TS-cirk. 1997-23 finder, at de i cirkulæret angivne momenter også i fremtiden vil blive tillagt vægt ved bedømmelsen af, om der i en konkret sag foreligger omgåelse.

188. Jf. *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 175 ff og *Peter S. Andersen* i ET 1998, s. 177. Men kritisk til opfattelsen af højesteretsdommens præjudikatværdi, *Erik Werlauff* i UfR 2000 B, s. 339, og samme i UfR 2001 B, s. 420 f.

for tilsidesættelse¹⁸⁹. Herunder kan der også argumenteres for, at Højesteret ikke har betonet andet og mere end, at situationer kan være så specielle, at resultaterne kan være påvirkede af helt specielle omstændigheder af misbrugslignende karakter, herunder navnlig situationer, hvor en indkomst er konstateret, men hvor usikkerheden består i, om man skal henføre indkomsten til den, der har selvangivet den, eller til andre interesseforbundne skattesubjekter, som har ønsket at undgå at medtage indkomster i beregningsgrundlaget¹⁹⁰. Der kan også argumenteres for, at den valgte formulering blot er udtryk for en anerkendelse af realitetsgrundsætningen. Således er der blevet argumenteret for, at præmissernes anvendelse af ordet »omgåelse« blot skal forstå således, at der må foretages en realitetsvurdering af, om det formelle (aftalt rentefrihed) er tilsidesat derved, at der reelt ydes en rentebetaling fra låntager til långiver, og såfremt dette er tilfældet, at realitetsgrundsætningen vil medføre beskatningen af långiver¹⁹¹. Der kan yderligere argumenteres for, at omgængelsesbegrebet i Højesterets dom i TfS 1998, 199 formentlig dækker over de forhold, der fremgår af bemærkningerne til

189. Jf. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 106, og samme i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Torsten Iversen m.fl. (red.), 2003, s. 235 ff og samme i TfS 2003, 777.

190. Jf. *Ole Bjørn* i SR-Skat, 1998, s. 142.

191. Jf. *Bent Ramskov* i TfS 1998, 319, og TfS 2000, 834 og samme i Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 438 samt *Jan Pedersen* i Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 48 ff, samme i SkatteOrientering Ø5, 2000, s. 20 og i TfS 2001, 284. I sidstnævnte artikel er forfatteren dog inkonsekvent i sin argumentation, idet eksistensen af en generel domstolsskabt omgængelsesklausul benægtes under henvisning til Højesterets hidtidige afvisning af at anvende terminologien. Senere i samme artikel argumenteres for, at tilhængerne af læren om rette indkomstmottager holder sig for fast til tidligere højesteretspraksis, hvorved det anføres, at Højesteret slet og ret kan have ændret holdning til spørgsmålet. Tages forfatteren på ordet turde en tilsvarende holdningsændring være mulig i relation til omgængelsesproblematikken. Se også *Carsten Palsgaard* i SpO 2000, s. 339, for samme konklusion. *Malene Kerzel* forholder sig imidlertid kritisk til denne indskrænkende fortolkning af Højesterets præmisser, jf. Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 178, idet man ved at tilsidesætte dispositioner ud fra et krav om realitet indskrænker det i øvrigt meget brede område, der ellers med støtte i TfS 1998, 199 H kunne tilsidesættes ud fra omgængelsesbetragtninger. Forfatteren finder, at det forhold, at Højesteret ikke tidligere har anvendt ordet »omgåelse« taler for, at det så meget desto mere må anses for et bevidst valg fra Højesterets side med netop denne terminologi. Videre anføres, at man ikke tidligere, hverken hos Landsretterne eller hos Højesteret, har udvist nogen tilbageholdenhed med at tilsidesætte et arrangement ud fra den betragtning, at det har savnet realitet, hvorfor det efter forfatterens opfattelse synes betænkeligt at anlægge en sådan fortolkning i en situation, hvor ordet »realitet« netop ikke indgår i Højesterets præmisser.

den nu ophævede § 12 i selskabsskatteloven¹⁹². Om en sådan slutning er mulig forekommer ikke indlysende, men henvisningen må dog ses som plausibel, dog uden herved at afklare den gældende retstilstand. De anførte bemærkninger kan ikke siges at udgøre andet en generaliteter uden nævneværdig vejledning til brug for den begrebsmæssige afklaring af omgåelsesbegrebet¹⁹³.

Det kan konstateres, at der ikke er klarhed om, hvad Højesteret har ment med omgåelse i den konkrete sag, ligesom der ikke er klarhed over, hvilken rækkevidde og betydning anvendelsen af omgåelsesbegrebet har.

Der findes således ikke nogen overordnet afgørelse i dansk praksis, der kan tages til indtægt for en generel omgåelseslære¹⁹⁴. Alene administrative afgørelser, herunder landsskatteretskendelser samt til en vis grad Landsretterne anvender omgåelsesbegrebet som selvstændig begrundelse for konkrete resultater.

Omgåelsesreglen i *norsk ret* fortjener i denne forbindelse en vis opmærksomhed grundet ligheden med dansk ret. *Magnus Aarbakke* forfattede den første teoretiske behandling af problemet i norsk skatte-

192. Heraf fremgår, jf. FT 1959/60 Tillæg A, sp. 1057, at »... Bestemmelserne i stk. 1 og 2 tilsigter at ramme forsøg på omgåelse af skattepligten i tilfælde, hvor erhvervsvirksomhed her i landet udøves af et datterselskab af et udenlandsk moderselskab eller som filialvirksomhed af en i udlandet beliggende hovedvirksomhed, og hvor det befrygtes, at man ved regnskabsmæssige manipulationer og vilkårlige kalkulationer søger at reducere datterselskabets eller filialens regnskabsmæssige overskud og dermed den her i landet skattepligtige indkomst. Bestemmelsen afgiver en udtrykkelig hjemmel for de skattelignende myndigheder til i sådanne tilfælde at tilsidesætte regnskaberne og ansætte indkomsten på grundlag af et skøn over, hvilken fortjeneste der under frie vilkår må antages at ville være opnået på grundlag af den stedfundne omsætning ...«.

193. I SpO 2000, s. 335 udleder *Christian Homilius* følgende udsagn af dommen i TfS 1998, 199 H: *Er et unormalt rentevilkår forretningsmæssigt begrundet, kan fiksering af renteindtægt kun ske, såfremt det unormale vilkår også er udtryk for omgåelse af skattelovgivningen.* Senere samme side anføres det, at et unormalt, men konkret forretningsmæssigt begrundet vilkår kun kan anfægtes, såfremt det samtidig er udtryk for omgåelse/skatteunddragelse.

194. Omgåelsesproblematikken i almindelighed er velbeskrevet i udenlandsk teori. Der foreligger flere samlende beskrivelser herom i skandinavisk teori, jf. eksempelvis tidligt *Dag Helmers*: *Kringgående av skattelag*, 1959, NSF, nr. 3: *Kringgående av skattelag*, 1975, *Jan Pedersen*: *Skatteudnyttelse*, s. 1989, s. 99 ff og *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002: *«Form and substance in tax law»* som genoptrykt i SU 2003, 111 samt *Bettina Banoun*: *Omgåelse av skattereglene*, 2003. Nogle lande har valgt at angribe problemet med generelle lovfæstede omgåelsesklausuler. Dette er eksempelvis tilfældet i tysk ret, jf. AO § 42 og den særlige Lag om skatteflykt i svensk ret. I andre lande er problemet overladt til domstolene, således at der i større eller mindre grad eksisterer ulovfæstede omgåelsesklausuler. Dette sidstnævnte er tilfældet i norsk ret.

ret¹⁹⁵. Aarbakke præsenterede hermed en loyalitetsnorm, der i sit indhold gik på, at man i retsanvendelsen skal prøve, om de skattepligtiges udnyttelse af skattelovgivningen er loyal, jf. Lov og Rett 1970, s. 24. Forfatteren søgte at påvise, at den norske Høyesterett anså det som værende illoyalt at beskrive et retsforhold udelukkende efter de formelle kendetegn og ignorere de reelle virkninger og de faktiske udslag, som transaktionen har for skatteyderen, eller for nogen som skatteyderen er i interessefællesskab med. Magnus Aarbakke mente, at retsanvenderens negative værdivurdering vil udgøre et argument for at ændre den foreløbige *faktumbeskrivelse* eller den foreløbige *lovfortolkning*. Grundet realitetsgrundsætningens fremkomst i dansk ret har en tilsvarende todeling af omgåelsesnormen i dansk ret ikke været forsøgt. Det præciseredes, at normen måtte være objektiv, således at skatteyderens subjektive motiv for at undgå skat ikke skulle tillægges vægt. Artiklen har haft en stærk indflydelse på Høyesteretts argumentationsmåde i senere omgåelsessager¹⁹⁶.

Siden har *Bettina Banoun* analyseret omgåelsesnormen i norsk retspraksis¹⁹⁷. Forfatteren konstaterer, at der for Høyesterett har foreligget adskillige sager, der har drejet sig om omgåelsesforsøg. Disse sager inddeles i kategorierne: (1) betydelige aktiesalg, (2) dobbeltransaktioner, med underkategorierne skattesalg og genkøbserklæringer, (3) salg af skattepositioner, med undergrupperne underskudsoverførsel og overførsel af betinget skattefritagelse og (4) unødvendige mellemlid, herunder salg via mellemlid og dividendestripping. Forfatterens udledninger adskiller sig fra hinanden de nævnte steder, idet forfatteren i afhandlingen tager afstand fra sin tidligere antagelse om eksistensen af et realitetsprincip i norsk skatteret, hvorved omgåelsesnormer og omgåelsessager relaterer sig til faktumfastlæggelsen¹⁹⁸. I Omgåelse av skat-

195. Jf. Lov og Rett 1970, s. 1 ff, og samme i NSFS, nr. 3, 1975, s. 137 ff.

196. Aarbakkens teori er blandt andet kritiseret af *Jan Pedersen* i Skatteudnyttelse, 1989, s. 293 ff, der finder, at teorien i virkeligheden blot udgør en norm om realitetsprøvelse og altså ikke en norm til brug for retsanvendelsen. Teorien er videreudviklet gennem Aarbakkens lovforslag til en generel omgåelsesregel efter opdrag fra det norske Finansdepartement, jf. Ot. prp. nr. 16, 1991-1992. Forslaget blev ikke vedtaget.

197. Jf. TfR 1998, s. 913 ff, og monografisk i doktorafhandlingen Omgåelse av skattereglerne – En studie av Høyesteretspraksis, 2003.

198. Jf. herved afhandlingens s. 265. I TfR artiklen konkluderes, at retssystemet mod disse omgåelsesforsøg har udviklet forskellige metoder til at tackle disse på. Således anføres det, at der i retspraksis er udviklet principper for faktumfortolkning, som gør det klart, at flere transaktioner kan ses under ét, ligesom formelle kendetegn ikke er udslagsgivende. Således anvendes (a) sammenhængsbetragtninger, hvilket indebærer en helheds-

tereglene, 2003, s. 342 f, opsummeres retstilstanden således, at hvis et forhold mangler tilstrækkelig egenverdi sammenlignet med størrelsen af den skattefordel som forholdet medfører, og skattefordelen efter en skatteretlig vurdering må anses som stridende mod skattelovgivningens regler, system og/eller formål, kan hel eller delvis gennemskæring (»gennemskjæring«) finde sted. Afgørelsen beror på en konkret helhedsbedømmelse¹⁹⁹.

Også *Håkon Løchen* har indgående analyseret omgængelsesproblemet²⁰⁰. Denne forfatter sonderer mellem tilfælde, hvor der på den ene side er tale om egentlige forretningsdispositioner, som søges givet en hensigtsmæssig skattemæssig tilpasning og på den anden side de tilfælde, hvor de forretningsforhold, som transaktionerne knytter sig til i sig selv er

anskuelse af formelt adskilte transaktioner (b) en betragtning om »realitet over form«, (c) formålsbestemt (teleologisk) lovforklaring og (d) en egenverditest, hvor der gennemføres en to-trins vurdering, hvor man først afprøver transaktionens egenverdi i form af dens økonomiske virkninger og dernæst illoyalitetsspørgsmålet. Det ses heraf, at der efter forfatterens vurdering siges at eksistere flere sideordnede omgængelsesnormer. Metoderne er overlappende, og der ses ofte en kombination af metoderne anvendt i samme afgørelse. Det anføres, at Høyesterett synes at benytte den metode, som i det konkrete tilfælde fremstår mest enkel og dermed i mindst muligt spændingsforhold til legalitetsprincippet. Dog sluttet det endelig, s. 957, at området er kendetegnet ved usikkerhed, og at der dermed består et forskningsbehov, således at de forskellige metoder kan systematiseres, og anvendelsesområdet, indhold og egnethed for samme analyseres og vurderes.

199. Forfatteren uddyber de enkelte elementer. Således udgør det relevante *forhold* en eller flere transaktioner, en eller flere transaktionsserier og et eller flere transaktionsled. Det er det forhold, der skaber skattefordelen, som er undersøgelsesobjekt i henhold til det såkaldte egenverdikrav. *Skattefordel* omfatter enhver reduktion eller udsættelse af skat, samt enhver forøgelse af indgangsværdier, refusion af skat, godtgørelse mv. Et forhold mangler tilstrækkelig *egenverdi*, såfremt de skattemæssige forhold ud fra en objektiv vurdering, i dominerende grad udgør forholdets formål og virkninger. Det modsatte er tilfældet, hvis forholdet har et væsentligt indslag af ikke-skattemæssige virkninger eller hensigter. Ved afgørelsen af *modstridskravet* tages hensyn til skattebestemmelsernes udformning, formålet bag skattebestemmelserne, lovgivers forudsætninger, forholdet mellem specielle regler og omgængelsesreglen, vurderingen af det tekniske skatteresultat, lighedshensyn, ønsket om reel og effektiv beskatning, skatteydere behov for forudberegnelighed og retssikkerhed, legalitetsprincippet og andre retsligt relevante hensyn. Konsekvensen af en hel eller delvis gennemskæring kan være, at specielle skatteregler anvendes udvidende eller indskrænkende, at transaktioner bliver omkvalificeret, ignoreret eller henført til et andet skattesubjekt, at transaktionsserier beskattes som enkeltstående transaktioner eller at transaktionsserier betragtes som en nullitet. Virkningen af en gennemskæring må fremtræde som værende mere i tråd med skattelovgivningens grundlag end den virkning som skatteyderen påberåber sig. Se også *Bettina Banoum* i BIFD 2002, s. 485 ff, og samme i *Scandinavian Studies in Law*, Volume 44, 2003, s. 21 ff.

200. Jf. Skatterett 2000, s. 107 ff.

uønskede, men vælges fordi de anses som bærere af gunstige skattemæssige positioner. Det slutes, at almindelig lovfortolkning sædvanligvis udgør løsningen i førstnævnte sagskategori, mens løsningen i sidstnævnte kategori findes med en kombination af lovfortolkning baseret på skattereglernes formål og et krav om, at der må være en vis kerne af forretningsmæssigt indhold.

J) Misbrug

En anden mulighed for, at skatteyderens hensigt kan spille ind, ses at eksistere ved anvendelse af misbrugsbegrebet.

Almenretligt kan retsmisbrug siges at betegne sådanne former for undgåelse af forpligtelser eller opnåelse af rettigheder, som gennemføres ved et misbrug af lovgivningen til egen personlig fordel og i modstrid med enten lovens ord eller den »ånd og mening«²⁰¹. Egentligt retsmisbrug kan dog formentlig mere specifikt og stringent siges at forstås ved det forhold, at en ret udøves alene eller i det væsentligste for at skade andre, i strid med dens formål, eller under omstændigheder som betyder, at der er et væsentligt misforhold mellem rettighedshaverens interesse i at udøve retten og ulemperne for den forpligtede, og hvis det i disse tilfælde er urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre retten gældende²⁰².

Retsmisbrugsproblemet relaterer sig til rettigheder (lovfæstede som ulovfæstede). Af denne årsag er der ikke sammenfald eller overlap mellem retsmisbrugsproblemet og det typeproblem, som søges løst ved hjælp af omgængelseslæren, idet omgængelsesproblemet alene relaterer sig til påbuds- og forbudsnormer i lovgivningen²⁰³. I skatteretlig henseende er det snarere begrebet institutionelt misbrug, der har relevans frem for egentligt retsmisbrug. Misbrug af privatautonomien er udtryk for in-

201. Jf. *Jan Pedersen* i *SkatteOrientering* Ø.5., 2000, s. 3.

202. Jf. *Jens Evald*: *Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 42. Forfatteren analyserer nøje de enkelte elementer af formuleringen. I J 2002, s. 137 og s. 141 f, anfører *Erik Werlauff*, at retsmisbrug som begreb i bedste fald er overflødigt og i værste fald ikke-eksisterende, eftersom begrebet er og bliver udtryk for en dyb indre selvmodsigelse. Forfatteren finder, at Jens Evalds bemærkninger op.cit. om, hvorvidt det overhovedet er meningsgivende at tale om misbrug af en ret, faktisk afsvækker retsmisbrugsbegrebet i en sådan grad at den kritiske læser må tvivle på om der herefter overhovedet er noget tilbage af begrebet. Spørgsmålet er selvsagt, om der kan siges at foreligge en ret, hvis man afskæres fra at udøve en sådan, fordi udøvelsen ville være misbrug.

203. Jf. *Jens Evald*: *Retsmisbrug i formueretten*, 2001, s. 146, der yderligere understreger denne konstatering ved at fremdrage visse forudsætninger, der skal være opfyldt, før man taler om omgængelse. For det første fremdrages, at der skal være tale om en tvingende

Del IV – Konfrontation

stitutionelt misbrug og ikke udtryk for retsmisbrug. Det må generelt antages, at misbrug (ikke retsmisbrug) er et samlebegreb, der dækker mere end proforma og omgåelse, men en konkretisering af begrebet er ikke alment kendt. Det er ikke afklaret, om misbrug kan sidestilles med omgåelse, eller hvordan disse to begreber skal afgrænses over for hinanden²⁰⁴. Det må dog fremhæves, at der er en klar sammenhæng mellem misbrugs- og omgåelsesbegrebet. Forholdet kan dog udtrykkes således, at man misbruger en ret, for at omgå eller undgå en pligt²⁰⁵. Misbrug af aftalefriheden udgør dog ikke et retsmisbrug, men i stedet et institutionelt misbrug. Dette institutionelle misbrug foretages for at undgå beskatning. Herved antager alt institutionelt misbrug i skatteretten karakter af omgåelse. Se supra afsnit 2.2. om retsmisbrug i civilretten.

Misbrugsterminologien blev i skatteretlig retspraksis introduceret ved Højesteretsdommen i TfS 1998, 99 H *Henrik Norland*²⁰⁶. Sagen omhandlede spørgsmålet, om en skatteyder, der benyttede virksomhedsordningen, kan få fradrag for renter af privat gæld ved at indskyde private gældsposter i virksomhedsordningen ved årets begyndelse og udtage gælden ved årets slutning og dermed undgå rentekorrektion. Skatteyderen var ved årets begyndelse indtrådt i virksomhedsskatteordningen med 7 anparter samt prioritetsgæld og en kassekreditsaldo, og indskudskontoen viste ved årets begyndelse en negativ saldo på 2.093,718 kr. Ved kontante indskud i årets løb samt overførsel pr. 31.12. 1988 af gæld fra virksomheden til privat regi viste ultimosaldoen en positiv saldo på 2.963 kr. Landsretten fandt, at dispositionerne på indskudskontoen ikke havde karakter af normale forretningsmæssige dispositioner, og disse måtte opfattes som et klart misbrug af virksomhedsskatteoven. Det var derfor med rette, at skattemyndigheden havde tilsidesat arrangementet og nægtet skatteyderen adgang til at medtage gældskontiene i virksomhedsskatteordningen. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom.

retsregel (påbuds- eller forbudsnorm), og at der for det andet skal være foretaget en reel disposition samt for det tredje, at den foreliggende disposition strider mod den umiddelbare og sædvanlige forståelse af påbuds- eller forbudsnormen.

204. *Christian Homilius* ligestiller omgåelsesbegrebet med misbrugsbegrebet i SpO 2000, s. 333 ff (335 f).

205. Denne begrebsanvendelse er tilsyneladende lagt til grund af Højesteret i TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen* (omgåelse), og TfS 1998, 99 H *Henrik Norland* (misbrug).

206. Dommen er kommenteret af *Ole Bjørn* i SR-Skat 1998, s. 77 ff.

Det er ikke klart, hvad der ligger i begrebet »misbrug«, idet dette ikke henviser til en fast begrebsramme²⁰⁷. Det er derfor for så vidt uhensigtsmæssigt, at der henvises til begrebet i dommen.

K) Hvilken grad af skattebesparelseshensigt skal være til stede

Efter ovenstående ligger det fast, at skattebesparelseshensigten ikke som selvstændigt kriterium har betydning for beskatningen. Dette gælder uanset, om en disposition *udelukkende* (enemotiv) eller *overvejende* (hovedmotiv) er skattemæssigt begrundet. Derimod er det straks mere vanskeligt at bedømme den eventuelle betydning af gradbøjningen af skattebesparelsesmotivet i de sager, hvor skattebesparelsesmotivet er en forudsætning for den skatteretlige tilsidesættelse af konkrete dispositioner. Dette gælder således de sager, der har medført en tilsidesættelse ud fra en konkret realitetsbedømmelse, herunder ud fra den betragtning, at dispositionen ikke har nogen forretningsmæssig begrundelse.

Selvom der ikke i dansk ret direkte synes at være foretaget overvejelser som i norsk ret om en *gradbøjning* af et eventuelt skattemæssigt motiv, må tilsvarende overvejelser have betydning for dansk ret. Således gælder det i norsk ret, jf. spura pkt. I), at der ikke gribes ind, alene fordi en transaktion er skattemæssigt motiveret. Derimod gribes der ind, såfremt de skattemæssige virkninger fremstår som det *overvejende element i transaktionen*. Afgørelsen beror på en *totalvurdering*, hvor de centrale spørgsmål er, hvilken egenverdi dispositionen har ud over skattebesparelsen, og om det skatteretlige resultat ved at følge formen fremtræder som stridende mod skattereglernes baggrund.

Tilsvarende kan det ikke udelukkes, at en højere grad af grovhed i dansk ret kan føre en situation, fra at skulle undergives en vilkårskorrektur, til at skulle undergives en dispositionskorrektur, jf. TfS 1999, 950 H *J. S. Ejendoms- og Investeringselskab A/S*.

L) Sammenfattende om udviklingen i domspraksis

Udgangspunktet i teori og praksis er, at skatteydernes skattebesparelseshensigt ikke har betydning for den skattemæssige behandling af de foretagne dispositioner. Derimod er omdrejningspunktet sådanne situ-

207. I skatteretlig henseende sidestiller *Jan Pedersen* begrebet retsmisbrug med skatteudnyttelsesbegrebet, jf. *Skatteorientering* Ø.5., 2000, s. 3.

Del IV – Konfrontation

ationer, hvor skattebesparelseshensigten fremstår som den eneste eller den overvejende begrundelse. I disse situationer skal der trækkes en linie mellem lovlig skattetænkning og ulovlig skatteunddragelse. Analysen har vist, at skattebesparelseshensigten ikke i sig selv kan udgøre det fornødne fundament for en skatteretlig korrektion eller tilsidesættelse af givne dispositioner. På baggrund af en gennemgang af navnlig nyere retspraksis er der dog sået tvivl om denne antagelse, idet det ikke kan afvises, at skattebesparelseshensigten i sig selv i visse sager alene har været afgørende. Det er blevet konstateret, at domstolene i vid udstrækning opstiller et krav om forretningsmæssig begrundelse. Kravet indebærer dog ikke, at dispositionen bedømt før skat skal være overskudsgivende. Kravet må forstås således, at der skal foreligge en *erhvervsmæssig og økonomisk realitet*. Fraværet af sidstnævnte medfører, at dispositioner påhæftes den karakteristik, at der herved foreligger *tomme og realøkonomisk indholdsløse dispositioner*. Begge udtryk må antages at være udtryk for to sproglige formuleringer af det samme forhold. Dette krav skal derimod ikke ses som et modstykke til en *intention om skattebesparelse*. En konkret skattebesparelseshensigt kan meget vel være forretningsmæssigt begrundet, men hvor der kan foretages en tilsidesættelse af dispositionen ud fra en konkret realitetsbedømmelse, forudsættes der herved at foreligge en konkret skattebesparelseshensigt. Herved hænger kravet om forretningsmæssig begrundelse sammen med den konkrete realitetsvurdering, der kan foretages i henhold til realitetsgrundsætningen.

Det blev konstateret, at skattebesparelseshensigten (skatteudnyttelseshensigten) skærper realitetsprøvelsen, ligesom den udgør en forudsætning for foretagelsen af dispositionskorrektioner. Yderligere er det konstateret, at skattebesparelseshensigten i visse situationer skaber en formodning for skatteudnyttelse.

Endelig har det ikke været muligt at konkretisere indholdet af begreberne omgåelse og misbrug i skatteretlig henseende, ligesom det ikke har været muligt at konstatere, at der i dansk skatteret gælder en generel omgåelses- henholdsvis misbrugsnorm.

Det er blevet anført, at realiteten i den retsopfattelse, særligt Højesteret tilkendegiver gennem senere domme, er at domstolen ikke anser det for at ligge inden for sine samfundsmæssige opgaver at beskytte personer eller virksomheder, der på illoyal måde udnytter skattelovgivningen, medmindre lovens ordlyd eller forarbejder tvinger dom-

stolssystemet til at godkende dispositionen²⁰⁸. Er der derimod tale om normale forretningsmæssige eller civilretlige dispositioner, der ikke er båret af en sådan hensigt, varetager Højesteret disse borgeres interesser ved at fastholde, at en korrektion må have sikker støtte i lovens tekst eller tydelige forarbejder til modvirkning af de omhandlede dispositioner²⁰⁹. Det er hertil videre anført, at *formålsfortolkning* fra myndighedernes side ikke vil blive godkendt, når det illoyale motiv (misbrug) mangler fra borgernes side²¹⁰. Situationen kan også forklares således, at fortolkningsstilen påvirkes som følge af det bagvedliggende misbrug.

Højesterets rolle kan i henhold til disse betragtninger på skatteområdet antages at indebære en varetagelse af overordnede samfundsmæssige opgaver, herunder at »henrette« syndere og »beskytte« ofre. Heri ligger også, at fortolkningsstilen har gennemgået en rimelighedspro-

208. Jf. Ole Bjørn i SR-Skat 1998, s. 78 og i samme retning Erik Werlauff i TfS 1999, 237. Sidstnævnte forfatter formulerer dog forholdet således, at så længe der fra skattemyndighedernes side tages udgangspunkt i en »Let us pretend«-fiktion, vil det gå skattemyndighederne lige så ilde som i de senere års nederlag i Højesteret. Forfatteren finder, at årsagen hertil er den enkle, at udgangspunktet er forkert, idet det bestemte ikke er umuligt at opnå en skatteretlig kvalifikation, som afviger fra den civilretlige, men udgangspunktet skal efter forfatteren vurdering være det modsatte. Videre anføres det, at »... Skattemyndighederne påtager sig en nærmest uløftelig byrde, når de vil flytte forholdet fra én lovlig civilretlig kategorisering til en anden. Der savnes ganske enkelt hjemmel dertil ...«. Og senere samme side hedder det, at »... hvis udgangspunktet var det modsatte, ville sagen se ganske anderledes ud. Hvis det nu var skatteyderen, der bad om at få medhold i udsagnet »Let us pretend«, ville det være langt nemmere og naturligere at nægte ham denne ret. Der går en lige linie fra disse betragtninger til Højesterets omgængelsesbemærkninger i rentefikseringssagerne. »Omgængelse« er imidlertid et så værdiladet og diffust begreb, at det her er bedre at beskrive forholdet som sket her: Skattemyndighederne har pæne chancer for at få medhold, hvis det er dem, der blot fastholder et naturligt og lovligt civilretligt udgangspunkt, og skatteyderen, der i stedet prøver at argumentere sig væk fra dette ved at bede om medhold i udsagnet »Let us pretend ...«. Se også Redegørelse fra Skatteretsrådet, 2001, s. 34.

209. Ole Bjørn anfører i SR-Skat 1998, s. 132, at der er grund til at forvente – og håbe – at fortolkningsstilen vil være noget anderledes og lempeligere for myndighederne, når man står over for tilfælde, hvor der foreligger en situation, der er kendetegnet ved, at det ikke er systemet mod borgeren, men borgeren mod systemet. Videre anføres, at den normale fortolkningsstil, som Højesteret forlanger myndighederne skal følge, kan ansues med det forbehold, at foreligger der klare misbrugs- eller omgængelsessituationer, vendes grundbetragtningen, at usikkerheden skal komme borgeren til gode, om, således at usikkerheden kommer borgeren til skade. Se også Jan Pedersen i Skatteretten 1, 2004, s. 125, der anfører, at Højesterets praksis er udtryk for, at domstolene ikke vil anerkende, at hverken de skattepligtige eller myndighederne »bøjer skattelovgivningen« til egen fordel.

210. Jf. Ole Bjørn op.cit. og Skatteministeriets Vejledning om legalitetskravet på skatte- og afgiftsområdet, 14. januar 1998, s. 2.

ces²¹¹. I Skatteministeriets Vejledning om legalitetsprincippet på skatte- og afgiftsområdet, 14. januar 1998 sammenfattes tendensen i domstolspraksis således²¹²: *at skærpende bestemmelser ikke kan fortolkes ud over lovens tekst eller klare lovmotiver, at lempende bestemmelser skal fortolkes udvidende, når det er i overensstemmelse med deres formål, at selv relativ klar og fastslået praksis skal fraviges i atypiske situationer, idet der altid skal foretages et konkret skøn, at forbehold i lempende bestemmelser for særlige situationer kun kan tillægges betydning i tilfælde af misbrug mv., samt at det altid nøje må overvejes, om det resultat sædvanlig fortolkning vil føre til, i den konkrete situation, forekommer rimeligt og i overensstemmelse med sund fornuft.*

Såfremt disse bemærkninger (herunder navnlig de først anførte) er udtryk for Højesterets opfattelse, må det antages, at der er tale om et principskifte i forhold til den hidtil herskende opfattelse. Det kan ikke på ovenstående grundlag helt afvises, at der netop er sket et principskifte i Højesterets praksis, selvom håndfaste konklusioner ikke lader sig drage. Selvom det ikke er muligt at fremkomme med entydige og klare konklusioner, står det vel fast, at de skattemæssige konsekvenser af forretningsmæssigt begrundede transaktioner, er sikrere end konsekvenserne af skattemæssigt begrundede transaktioner. Forretningsmæssigt begrundede transaktioner vil i denne sammenhæng sige transaktioner, der ikke primært har skattebesparelse som formål.

5.2.4. Præsentation af »Læren om rette indkomstmodtager«

Når emnet er skatteretsmisbrug i almindelighed, herunder omkvalifikation, forekommer en omtale af læren om rette indkomstmodtager nødvendig og selvfølgelig.

Det har i længere tid været fast antaget, at dansk ret i statsskattelovens §§ 4-6 indeholder hjemmel til læren om rette indkomstmodtager. Denne læresætning har været hyppigt påkaldt i den skatteretlige praksis og teori gennem de seneste omtrent 40 år. Selvom læren om rette indkomstmodtager i de senere år har mødt en vis modstand, vil det efter

211. Se eksempelvis TfS 1996, 210 H *Peter Olivarius*, hvor en skatteyder blev tilladt fradrag for arbejdsværelse i hjemmet formentlig som en konsekvens af en fornufts- og rimelighedsbetonet formålsfortolkning. Dommen er kommenteret af *Ole Bjørn* i SR-Skat 1998, s. 12 ff.

212. Dog påpeges det i Vejledningen, at det ikke er muligt hverken med sikkerhed eller udfyldende at angive retningslinier for hjemmelsfortolkning. Vejledningen er udarbejdet på baggrund af Notat om de tabte højesteretsdomme i 1996, af 6. januar 1998.

min opfattelse være en stor fejl at frakende teorien praktisk betydning. En simpel søgning på ordene i en afgørelsesdatabase viser, hvor hyppigt disse fortsat indgår i domstolenes præmisser og parternes procedure. Der er dog kun foretaget en sporadisk beskrivelse i den skatteretlige teori af indholdet i læren om rette indkomstmodtager²¹³. Det præcise anvendelsesområde er derfor uklart, ligesom læren kan resultere i forskellige retsvirkninger. I forbindelse med sin introduktion af læren om rette indkomstmodtager hentede *Thøger Nielsen* med afhandlingen »Beregningsgrundlag og ligningsgrundlag«, i TfR 1963, s. 383 ff, inspiration i amerikansk skatteret. Således blev problemstillingen illustreret med metaforet om træet og frugterne, som fremkom i en ældre amerikansk dom fra Supreme Court²¹⁴. Skatteyderen i sagen, som var advokat, havde indgået en kontrakt med sin hjemmegående hustru om deling af nogle honorarer, som han havde indtjent gennem et interessentskabslignende forhold. Ægtefællernes aftale blev ikke opretholdt i skattemæssig henseende, hvorved advokaten beskattedes af sine advokatindkomster. Billedet om »træerne og frugterne« følger af dommer *Oliver Wendell Holmes* udtalelse i sagen. Han udtalte: »... *This case is not to be decided by attenuated subtleties. It turns in the import and the construction of the taxing act. There is no doubt that the statute could tax salaries to those who earned them, and provide that the tax could not be escaped by anticipatory arrangements and contracts however skillfully devised to prevent the salary when paid from vesting even for a second in the man who earned it. That seems to us them import of the statute before us and we think that no distinction can be taken according to the motives leading to the arrangement by which the fruits are attributed to a different tree from that on which they grew ...*«²¹⁵.

213. Dette udsagn er nu retshistorisk, idet *Henrik Dam* har disputeret med værket *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, 2005. I forudgående teori er Læren om rette indkomstmodtager beskrevet og har fundet tilslutning hos *Thøger Nielsen* i TfR 1963, s. 383 ff, samme med artiklen »Den evige udfordring«, i festskrift i anledning af Dansk Skattevidenskabelig Forenings jubilæum, 1990, s. 58 f, *J.O. Engholm Jacobsen*: *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 220 ff, *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 587 ff, *Ria Falk*: *Transfer pricing*, 1997, s. 29, og *Erik Werlauff*: *Selskabsskatteret*, 2004/05, s. 403, samme i *Koncernretten*, 1996, s. 281, og samme i UfR 2000 B, s. 339, og UfR 2001 B, s. 420 ff.

214. Jf. *Lucas v. Earl* 281 United States Reports (U.S.) 111 (1930).

215. Citeret efter *Thøger Nielsen* op.cit. *Jan Pedersen* udlægger i TfS 2001, 284 dommen således, at den på bedste vis illustrerer hovedkravet om indkomstens realisering. Dette begrundes med, at advokaten havde rådet over den faktisk eksisterende indkomst ved overgivelsen til hustruen og herved i skatteretlig henseende havde realiseret indkom-

Heraf følger således tankegangen om, at indkomster skal henføres og beskattes hos den skatteyder, som har den (civilret)retlige adkomst til indkomstgrundlaget. Det gælder f.eks., at ejeren af en post aktier, eller den der udfører en arbejdsindsats, også må være den rette indkomstmottager til afkastet af aktierne eller vederlaget for det udførte arbejde²¹⁶.

Som nævnt er læren om rette indkomstmottager ikke beskrevet i detaljer i den skatteretlige teori²¹⁷. En repræsentativ gengivelse er formentlig, at det af SL §§ 4-6 følger, at ethvert skattesubjekt på den ene side kun skal beskattes af egne indkomster, og på den anden side skal beskattes af alle sine indkomster, hvorefter skattemyndighederne beløbsmæssigt kan korrigere visse vilkår ved samhandel mellem to skattesubjekter, hvis vilkårene er udtryk for utilbørlig indkomstforvriddning²¹⁸. Resultatet antages videre at følge af en fortolkning af ordlyden af SL § 4, hvor der i udtrykket »den skattepligtiges samlede årsindtægter«, indlæses at det er denne skatteyder og ikke andre skatteydere, der skal være skattepligtige af de indtægter, der må anses som hans²¹⁹. I henhold til denne fortolkning kan såvel det begunstigende som det begunstigede skattesubjekts indkomster korrigeres. Interesséfællesskabet udgør en betingelse for denne hævdede indgrebsmulighed. Det kan anføres, at reglerne om lovhjemlet indkomstdeling i LL §§ 10, 11 og 12 er baseret

sten. Det anføres, at der i dommen forelå et *indkomstaftkald*, der efter dansk skatteret ikke skal anerkendes, selv om afkaldet gives inden retserhvervelsen, når afkaldet sker til fordel for en anden person. Forfatteren henviser herved til *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2000, s. 582 for dette standpunkt, hvilket imidlertid ikke er en korrekt gengivelse af *Michelsens* ytringer. *Aage Michelsen* tilkendegiver netop, at et blankt indkomstaftkald før erhvervelsestidspunktet i henhold til praksis ikke medfører beskatning af overdrageren.

216. Denne tankegang vandt siden genklang i en række andre afgørelser.

217. I sin meget kritiske artikel om læren om rette indkomstmottager anfører *Jan Pedersen* i TfS 2001, 284, at det ikke er så sært, at der ikke foreligger en samlet teoretisk beskrivelse af principindholdet i læren om rette indkomstmottager. Det anføres, at problemerne relaterer sig til en lang række meget forskellige og komplicerede tilfælde, hvor indkomsten ved manipulationer eller på anden måde direkte eller indirekte overføres til optjening hos en anden skatteyder. Aftalefriheden anføres som den basale forudsætning herfor. Grundet disse forhold finder forfatteren, at behandlingen af problemerne om rette indkomstmottager bedst sker ved en systematisering af den foreliggende domspraksis. Læren om rette indkomstmottager er senest behandlet af *Nikolaj Vinther*: *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 85 ff.

218. Jf. bemærkningerne til LL § 2 (lov nr. 432 af 26.6. 1998 – L 101) og *J.O. Engholm Jacobsen*: *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 220 ff, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 587 ff, og *Erik Werlauff*: *Koncernretten* 1996, s. 281.

219. Jf. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 588.

på en klar forudsætning om, at en skatteyder ikke frit ved sine dispositioner kan overføre en indkomst eller en udgift til en anden skatte-yders beregningsgrundlag²²⁰. Herved ses det således direkte at fremgå af lovgivningen, at princippet om rette indkomstmodtager skal respekteres. Læren om rette indkomstmodtager forudsætter ikke en omgåselses-, en skattebesparelses- eller en skatteudnyttelseshensigt²²¹. En sådan hensigt vil imidlertid formentlig ofte være tilstedeværende i de af læren omfattede situationer.

Princippet blev benyttet af *Thøger Nielsen* til at foretage en systematisering og forklaring af foreliggende dansk praksis. Forfatteren inddelte herefter praksis omhandlende bestemmelsen af rette indkomstmodtager i (1) indkomstdelingstilfælde, (2) afgrænsning af særindkomst for personer, der har nært interessefællesskab med andre personer, (3) overførelse af indkomstmuligheder, herunder (a) indsættelse af en anden som berettiget til rentenydelse eller til oppebørsel af royalty-indtægter eller løbende ydelser, (b) afkald på enkeltstående ydelser eller fordele til fordel for en anden, (c) overdragelse af aktiver med latente udnyttelsesmuligheder. *Thøger Nielsen* anfører om forholdet, at det er karakteristisk, at det ofte, grundet vilkårlige dispositioner som følge af interessefællesskab, kan være overordentlig tvivlsomt at afgøre, hvem der i en given situation skal anses for rette indkomstmodtager og således henføre en given indkomstbevægelse til sit beregningsgrundlag²²². *Age Michelsen* inddeler praksis i henhold til læren om rette indkomstmodtager i kategorierne: (1) indtægter, (2) udgifter og tilsyneladende også (3) overdragelse af formuegoder med latente indkomstmuligheder, (4) overførsel af indkomstgrundlaget, (5) overførsel af retten til løbende indkomst, (6) forvridning af indkomstgrundlaget og (7) tripelbeskatning²²³.

For så vidt angår *indtægtspørgsmålet* anføres, at kriteriet for hvilken skatteyder en given indtægtspost skal henføres til, som hovedregel må være, hvem der på det normale indkomstrealisations tidspunkt har den retlige adkomst til indkomsten²²⁴. Hermed følger indkomstfordelingen de *obligationsretlige regler*. Da kriteriet imidlertid ikke giver megen vej-

220. Loc.cit.

221. Loc.cit.

222. Op.cit., s. 384.

223. Jf. Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 587 ff.

224. Se TfS 2004, 181 Ø *Hans T. Magnusson* som et nyere eksempel herpå. Skatteyderen overførte honorarindtægter fra et projekt vedrørende filmrettigheder til sin søn. Da det

ledning i de tilfælde, hvor der forud for indkomstrealisationstidspunktet er foretaget en eller anden form for påvirkning af rette til indkomsten, suppleres kriteriet med et andet vejledende kriterium²²⁵. Hvad angår *udgiftsspørgsmålet*, kan det på tilsvarende vis være tvivl om, hvem en retlig forpligtelse påhviler. Dette må naturligvis afklares, forinden det skatteretligt kan afgøres, hvem der skal være berettiget til at foretage et til forpligtelsen svarende fradrag²²⁶.

Overfører en skatteyder ikke blot indtægterne, men *selve indkomstgrundlaget*, f.eks. en virksomhed, en post aktier eller en fast ejendom, vil modtageren heraf for fremtiden være skattepligtig af de indtægter, som indkomstgrundlaget afkaster. De skattemæssige konsekvenser for overdrageren er i almindelighed udtømt med, at den ved overdragelsen realiserede avance vil være skattepligtig hos ham²²⁷. Sådan overdragelse af indkomstgrundlaget må respekteres af skattemyndighederne, også selvom overdragelsen sker til et skattesubjekt med nært interessefællesskab til overdrageren²²⁸.

En *overførsel af retten til løbende indkomst* uden samtidig overdragelse af det aktiv, der afkaster indtægten, behandles efter læren om rette indkomstmodtager således, at ejeren af aktivet fortsat vil blive anset som rette indkomstmodtager, således at han vil blive skattepligtig af indtægten. Modtageren gavebeskattes af den modtagne formuefordel. Selv om ejeren rent faktisk ikke har oppebåret indtægten, siges denne at have passeret hans økonomi, hvilket anføres som værende tilstræk-

ikke kunne bevises, at sønnen havde deltaget i arbejdet i væsentlig grad eller havde udført arbejde i projektet, fandtes skatteyderen at måtte være rette indkomstmodtager af honorarbeløbet.

225. Det vejledende kriterium anføres som hos *Thøger Nielsen* at være, at indkomsten i tvivlstilfælde må henføres til den, der har præsteret vederlaget eller indsatsen for opnåelsen af ydelsen. Ved eventuel tvivl om, hvem der har den retlige adgang til selve indkomstgrundlaget, er det selvsagt tilsvarende vanskeligt at udpege en indkomstmodtager i skatteretlig henseende.

226. Der kan dog ikke hentes nogen yderligere vejledning vedrørende bedømmelsen af udgiftsspørgsmålet i almindelighed ud fra nævnte fremstilling.

227. Det anføres, at den værditilvækst, der har fundet sted, mens overdrageren var ejer af formuegoderne, også kommer til beskatning hos ham som rette indkomstmodtager.

228. Den tidligere praksis vedrørende substitutionsgrundsætningen blev forud for Højesterets endegyldige tilsidesættelse heraf med Aage Haugland-dommen i TfS 1998, 485 H tillige henført til denne kategori. Læren om rette indkomstmodtager har dog fortsat relevans i forbindelse med fastlæggelsen af, om det rent faktisk er personen eller personerne bag selskabet, der har skabt indkomsten, idet man ikke vilkårligt kan placere en indkomst til lavere beskatning i et selskab. Se også LV 2005 S.C.1.1.1.

keligt til at konstituere skattepligt i henhold til SL § 4²²⁹. Afkald på en indtægt, efter af indtægten er erhvervet, vil ej heller efter tankegangen fritage for beskatning²³⁰.

Som en særlig del af læren om rette indkomstmodtager nævnes problemerne vedrørende tilsidesættelse af dispositioner motiveret af parternes skatteretlige interessefællesskab. Der tales i denne henseende om *forvridning af indkomstgrundlaget*. Grundet parternes åbenbare fælles interesse i at placere indtægter på en sådan måde, at den samlede skat bliver mindst mulig, anerkendes i vidt omfang korrektioner til modvirkning heraf, idet omfang dispositionerne savner forretningsmæssig baggrund. Det anføres, at den generelle korrektionshjemmel i disse situationer findes i SL §§ 4-6. Dette hjemmelgrundlag suppleres af den spredte værnslovgivning, herunder navnlig LL § 2 i hovedaktionær- og koncernforhold.

Tilhængere af realitetsgrundsætningen anerkender eksistensen af en rette indkomstmodtager²³¹.

Læren om rette indkomstmodtager er udelukkende et *fremstillings-teknisk hjælpebegreb*. Man kan således ikke udlede retlige resultater af begrebet i sig selv, idet princippet ikke i sig selv er rets- eller pligtskabende. Denne udlægning synes at svare til det oprindeligt tænkte i forbindelse med lanceringen af princippet. Den senere udvikling har nok i et vist omfang medført, at læren om rette indkomstmodtager benyttes som »hjemmel« til beskatning af ikke-realiserede indkomster, der ikke i sig selv er hjemlede i SL § 4. Det skal dog hertil bemærkes, at diskussionen på dette punkt reelt drejer sig om at fastslå, hvornår en indtægt er realiseret. Tilhængerne af læren om rette indkomstmodtager har ikke på noget tidspunkt forfægtet et standpunkt om, at ikke realiserede indkomster skulle beskattes i henhold til SL § 4, men blot at de omdiskuterede indtægter faktisk er realiserede, og dermed i medfør af SL § 4 og læren om rette indkomstmodtager er skattepligtige.

Det er ikke muligt generelt at anføre hvilken korrektionstype, der kan foretages i henhold til læren om rette indkomstmodtager. En mu-

229. Jf. Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 601.

230. Det modsatte gør sig imidlertid efter forfatterens opfattelse gældende, såfremt afkaldet sker, før indkomsten er erhvervet under forudsætning af, at afkaldet er blankt.

231. Således anfører Jan Pedersen i Skatteretten 2, 2004, s. 334, at »... Skattelovgivningens almindelige regler om bestemmelse af rette indkomstmodtager medfører, at selskabet skal medregne de indtægter, som selskabet har retlig adgang til, samt de udgifter, som selskabet har retlig pligt til at bære ...«.

lighed er naturligvis at anføre, at korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager udgør en korrektionstype sui generis. Denne udlægning er imidlertid for unuanceret. I stedet må sondringen mellem vilkårs- og dispositionskorrektioner opretholdes som den grundlæggende sondring i det skatteretlige korrektionsapparat, og korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager bør følgelig søges indplaceret i denne sondring. Læren om rette indkomstmodtager har utvivlsomt betydning i henseende til såvel vilkårskorrektioner som til dispositionskorrektioner.

5.2.5. *Vilkårskorrektioner de lege lata*

5.2.5.1. *Indledning*

I det følgende afdækkes hjemmelsgrundlaget vedrørende vilkårskorrektioner i dansk ret. Afsnittet indeholder en generel stillingtagen til hjemmelsspørgsmålet. Hertil kommer, at anvendelsesområdet for de relevante bestemmelser skitseres, ligesom der foretages en generel præsentation af det bærende princip bag vilkårskorrektioner – armlængdeprincippet. På baggrund heraf foretages der en vurdering af retstilstanden med udgangspunkt i koordinationstankegangen.

5.2.5.2. *Armlængdeprincippet*

Til brug for den skattemæssige bedømmelse af dispositioner mellem interesseforbundne parter har armlængdeprincippet set dagens lys navnlig med udgangspunkt i udviklingen i USA siden 1917²³². Det er af største betydning for skattemyndighederne, at det er muligt at kunne konstatere, om der sker en forvridning af indkomstgrundlaget, når der er tale om transaktioner foretaget i interessefællesskaber²³³. Disse transaktioner er nemlig ikke resultatet af to modsatrettede interesser, der kommer frem til en for begge parter acceptabel overenskomst, hvorfor køberens og sælgerens bidrag ikke nødvendigvis ækvivalerer. Denne mangel på incitament for parterne til at opnå den bedst mulige aftale,

232. Litteraturen om udviklingen i armlængdeprincippet er omfattende. Af nyere oversigter kan nævnes *Lorrain Eden* i TNI 2000, s. 673 ff, og *Diane Hay, Francis Horner & Jeffrey Owens*, i *Intertax* 1994, s. 423 ff.

233. Se generelt herom Betænkning nr. 1388, Transaktioner mellem nærtstående parter, Delbetænkning IV afgivet af Justitsministeriets udvalg om økonomisk kriminalitet og datakriminalitet, 2000. Betænkningen behandler selskabsretlige, regnskabsretlige, fondsretlige, momsretlige, finansretlige, børsretlige og skatteretlige aspekter af problemstillingen.

set fra deres eget synspunkt, kan således være erstattet af et ønske om at skabe det bedste resultat for helheden af de to. For at kunne komme denne indkomstforvridning til livs, er der opstillet »The arms length principle«²³⁴. Heri ligger, at interesseforbundne parter skal fastsætte deres interne afregningspriser i overensstemmelse med de betingelser, som uafhængige parter må formodes at ville have aftalt. Helt konkret kan princippet udtrykkes som en standard, der fastlægger, hvorvidt der er aftalt eller fastsat vilkår vedrørende kommercielle eller finansielle forbindelser, der afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige parter. Der kan dog næppe siges at være én pris, der er den rigtige. Princippets opgave er snarere at opstille en nedre og øvre grænse for, hvad der kan rummes inden for markedsmæssige vilkår. Hermed er der indført en skatteretlig fiktion om, hvorledes ikke-interesseforbundne parter ville agere. Når givne transaktioner mellem interesseforbundne parter ikke har fundet sted på markedsmæssige vilkår, melder der sig spørgsmålet om skattemæssige korrektioner af vilkårene i parternes transaktioner. Armslængdeprincippet er udformet med henblik på at forhindre misbrug samt at sikre, at skatteydere foretager en korrekt indkomstopgørelse. Hermed tilgodeses evneprincippet, ligesom lighedsprincippet og neutralitetsprincippet tilsikres med princippet. Ligeledes tilsikrer armslængdeprincippet lighed og neutralitet.

Armslængdeprincippet udgør et vigtigt princip i dansk og international skatteret. Den objektiverede misbrugsstandard, der etableres med introduktionen af armslængdeprincippet, indebærer en generel skatteretlig fravigelse fra privatautonomien²³⁵. De heraf udspringende

234. Armslængdeprincippet og herunder transfer pricing problematikken er gennem tiderne behandlet yderst indgående i den skatteretlige litteratur. I nordisk ret kan endda henvises til flere monografier om emnet, jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, *Ria Falk*: Transfer pricing, 1997, *Jakob Bundgaard & Jens Wittenborff*: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2001, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, *Bertil Wiman*: Prissättning inom multinationella koncerner, 1987, *Richard Arvidsson*: Dolda vinstöverföringar – En skatterettslig studie av internprissättningen i multinationella koncerner, 1990, *Olli Ryyänen*: Fortäckt dividend i beskattningen, 1996 og *Joachim Bjerke*: Internprissetning – Skattemessig prising av transaksjoner mellom tilknyttede parter – en historisk og komparativ fremstilling, 1997.

235. Udsagnet kan lede til misforståelser. Det er således rigtigt når *Henrik Dam* i *Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering*, 2005, s. 78 anfører, at grundlaget for en korrektion er en forudsætning om, at den underliggende aftale er civilretligt gyldig og

teoretiske problemstillinger i forhold til afhandlingens grundbetragtninger behandles nærmere nedenfor.

5.2.5.3. Vilkårskorrektionshjemmel og rækkevidde

A) Indledning

Der findes flere bestemmelser i dansk skattelovgivning, der indeholder hjemmel til at korrigere indkomstansættelsen hos interesseforbundne skattesubjekter. Desværre er en del af området præget af teoretisk uenighed om hvilke bestemmelser, der hjemler vilkårskorrekationer samt rækkevidden af det eksisterende hjemmelsgrundlag, hvilket – emnets karakter taget i betragtning – er yderst uheldigt²³⁶. Den manglende klarhed på området medfører risiko for arbitrær beskatning og uensartet ligning. Den følgende afdækning af hjemmelsspørgsmålene tager udgangspunkt i sontringen mellem generelle og konkrete interessefællesskaber.

B) Generelle interessefællesskaber

i) Almindelige betragtninger om anvendelsesområdet for LL § 2

Ligningslovens § 2 udgør den primære bestemmelse om armslængdeprincippet i dansk skatteret og dermed det primære grundlag til at gennemføre vilkårskorrekationer²³⁷. Det fremkommer af dette retsgrundlag, at de danske regler om armslængdeprincippet er baseret på en forudsætning om de jure kontrol, altså hvor lovgivningens objektive betingelser er opfyldt. Derimod er der ikke taget hensyn til sådanne situationer, hvor der foreligger de facto kontrol. Dette gjaldt tidligere efter SEL § 12, hvor der var mulighed for at medtage situationer, hvor

at indkomstfiksering i skattemæssig henseende derfor alene vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den indkomst der er fremkaldt og oppebåret, kan lægges til grund ved skatteansættelsen.

236. Denne usikkerhed synes ligeledes uheldig i lyset af, at LL § 2 blev introduceret for at fjerne den bestående usikkerhed.

237. Generelt om forståelsen af LL § 2 kan der henvises bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101), *Jan Pedersen*: Transfer pricing – international skatteretlig belysning, 1998, samme i *Skatteretten* 2, 2002, s. 435 ff, *Henrik Peytz & Mette Klingsten*: Ligningsloven med kommentarer, 2000, s. 69 ff, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning, 2000, *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2001, s. 74 ff, *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 407 ff, *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 624 ff, *Søren Rasmussen* i *SR-Skat* 1998, s. 252 ff, *Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen* i *TfS* 2001, 888, *Bent Ramskov* i *R&R* 2003/1, s. 16 ff, *Jakob Bundgaard* i *SR-Skat* 2003, s. 43 ff og *Karin Skov Nilausen* i *TfS* 2005, 573.

der forelå de facto kontrol under lovgivningens anvendelsesområde. Herved ses en af særegenhederne i dansk transfer pricing lovgivning. Derimod synes der i praksis efter LL § 16 A at blive opereret med et de facto kontrolbegreb²³⁸.

LL § 2 omfatter alene skattesubjekter, der er undergivet fuld eller begrænset skattepligt til Danmark. LL § 2 omfatter både nationale og internationale transaktioner. Udenlandske selskabers omsætning med andre udenlandske selskaber er derfor ikke omfattet, uanset om disse undergives dansk sambeskatning.

LL § 2 omfatter endvidere skattepligtige, der har *fast driftssted i udlandet* eller en udenlandsk fysisk eller juridisk person med *fast driftssted i Danmark*²³⁹.

Den saglige udstrækning af LL § 2, afgrænses af udsagnet om »*handelsmæssige eller økonomiske transaktioner*« mellem de omfattede juridiske og fysiske personer. Dette ordvalg kan antages at omfatte enhver *aftalebetinget privatretligt disposition*. Herunder kan nævnes almindeligt varesalg, omsætning af tjenesteydelser, immaterielle værdier, långivning og finansiering osv. Det må antages, at både overdragelser til eje og overdragelser til brug er omfattet, herunder leje, leasing, forpagtning, arbejdsudleje etc. LL § 2, stk. 1, må siges at omfatte de omtalte *vilkårskorrektioner*, men omfatter derimod ikke de såkaldte *dispositions-korrektioner*²⁴⁰. Da LL § 2 som nævnt alene omfatter aftalebetingede privatretlige dispositioner, må det antages at eksempelvis *selskabsretlige beslutninger* vedrørende størrelsen af deklareret udbytte, kapitalforhøjelser og tilsvarende beslutninger ikke kan anfægtes efter bestemmel-

238. Jf. herom Jakob Bundgaard i Armlængdeprincippet & Transfer pricing, 2001, s. 346 ff.

239. Det kan i det hele taget diskuteres, om LL § 2 finder fuldstændig anvendelse for faste driftssteder. Baggrunden for dette spørgsmål er, at det i almindelighed antages, at der gælder en begrænset selvstændighedsfiktion for faste driftssteder, og at LL § 2 synes at indebære en fravigelse fra denne antagelse. På den anden side står bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) sammenholdt med bemærkningerne til den tidligere gældende SEL § 12, stk. 2, hvoraf det må udledes, at alene de transaktioner, som efter reglerne om opgørelsen af et fast driftssteds indkomst skal ske på armlængdevilkår, er omfattet af LL § 2. Se om dette spørgsmål Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst – indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 345 f, og modsat Jan Pedersen i UfR 2000 B, s. 510 ff. I LV 2005 S.I.1.4. anføres det imidlertid, at for så vidt angår transaktioner mellem et fast driftssted i Danmark og et hovedkontor i udlandet eller et fast driftssted i udlandet og et dansk hovedkontor, vil alene de transaktioner, som efter reglerne om opgørelsen af et fast driftssteds indkomst skal ske på armlængdevilkår være omfattet af reglerne.

240. De i henhold til bestemmelsen hjemlede pris- og vilkårskorrektioner kan samlet rummes inden for begrebet vilkårskorrektion.

Del IV – Konfrontation

sen²⁴¹. Derimod kan for lave udbytteudlodninger fortsat korrigeres efter principperne om maskeret udbytte i LL § 16 A, såfremt der på anden vis er tilgået aktionæren økonomiske fordele.

Bestemmelsen bidrager til en afgrænsning af, hvad der efter gældende ret må opfattes som vilkårskorrektioner, og hvad der falder udenfor. Det angives, at kontrollerende og kontrollerede skatteydere ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, skal anvende armslængde »priser og vilkår« for »handelsmæssige eller økonomiske« kontrollerede »transaktioner«. Bestemmelsen har givet anledning til en vis fortolkningsaktivitet derved, at de kursiverede ord og bemærkningerne til LL § 2 ikke i sig selv giver nævneværdig vejledning i forståelsen heraf. Navnlig har bestemmelsen i praksis givet anledning til afgrænsningsvanskeligheder ved ensidige dispositioner, som ikke hviler på et aftalegrundlag mellem yderen og modtageren, eller dog ikke er betinget af eller forudsætter en modydelse²⁴².

Det er nærliggende at konsultere den offentliggjorte praksis vedrørende LL § 2. Denne praksis er således principiel derved, at den er udtryk for den første offentliggjorte praksis vedrørende fortolkningen af LL § 2, stk. 1²⁴³. Det skal dog bemærkes, at den foreliggende praksis overvejende har medført en negativ afgrænsning af anvendelsesområdet, men dog at der tillige i et vist omfang har fundet en positiv afgrænsning sted.

For det første stilles der krav til den gennemførte transaktion. Således kræves en modydelse, før transaktionen omfattes af LL § 2, stk. 1. Denne betingelse udspringer af det bagvedliggende krav, at transaktionen skal være et led i en gensidigt bebyrdende retshandel²⁴⁴. En modydelse finder ikke sted ved vilkårlige omfordelinger af indkomst fra rette indkomstmodtager eller rette omkostningsbærer. Den anlagte fortolkning af LL § 2, stk. 1 forekommer umiddelbart rigtig efter en ordlydsfortolkning af bestemmelsen. En almindelig sproglig forståelse af

241. Dels kan det anføres at sådanne dispositioner i vidt udstrækning undergives skattemæssig behandling i henhold til skattelovgivningens almindelige regler, dels kan det hævdes at der ikke er tale om handelsmæssige og økonomiske transaktioner.

242. Sml. Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen i TfS 2001, 888 og Jakob Bundgaard i SR-Skat 2003, s. 43 ff.

243. Jf. TfS 2001, 176 LSR, TfS 2001, 770 LSR, TfS 2001, 807 LSR, TfS 2001, 769 LSR, TfS 2001, 829 LSR, TfS 2001, 771 LSR, TfS 2002, 494 LSR, og endelig TfS 2002, 824 LSR. Denne praksis er blandt andet behandlet af N. Mou Jakobsen i R&R 2001 SM 336 ff, og af Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen i TfS 2001, 888.

244. Jf. også Mikkel Falkenberg & Anders Endicott Pedersen i TfS 2001, 888.

ordene »priser og vilkår« samt »handelsmæssige eller økonomiske transaktioner« synes at medføre et sådant krav om modydelse ved en transaktion. For at fastsætte en pris må der logisk være noget at relatere prisen til, og fastsættelse af vilkår må ligeledes forudsætte, at der er noget at knytte vilkåret til. Betydningen kan dog ikke udstrækkes til et krav om en egentlig vederlæggelse, hvorved også tjenesteydelser mv. opfylder kravet om modydelse. Praxis synes at vise, at en manglende modydelse, eller manglende beviser for en modydelse kan medføre, at sagen behandles som en sag om rette indkomstmodtager frem for en sag om korrektion af priser og vilkår²⁴⁵.

Det er ikke muligt at give et endeligt og entydigt svar på, hvilken fortolkning af LL § 2 der er den rigtige. Personligt hælder jeg mest til at tillægge ordlyden forrang, hvorved det resultat, der på nuværende tidspunkt praktiseres af Landsskatteretten, må opretholdes. Dette resultat understøttes da også af navnlig af det forhold, at det om de omtalte rentefikseringssituationer kan anføres, at der faktisk foreligger et gensidigt bebyrdende retsforhold, selvom modydelsen er nul. Det ses da også at netop rentefikseringssituationerne af Landsskatteretten anses for at være omfattet af LL § 2, jf. TfS 2002, 824 LSR. På en sådan baggrund er et historisk tilbageblik ikke meget bevendt i retskildemæssig henseende. Det må dog medgives, at resultatet ikke er naturligt, og at domstolsprøvelse har været påtrængende²⁴⁶.

Dette er for første gang sket med Østre Landsrets dom i TfS 2004, 97 Ø TT *Meditrade ApS*, hvor LL § 2 fandtes anvendelig i en situation, hvor et sommerhus blev formodet stillet vederlagsfrit til rådighed for en hovedanpartshaver hele året. Konsekvensen var, at der hos selskabet blev fikseret en lejeindtægt, men samtidig at sagen hjemvistes til fornyet ligning. Det bør nævnes, at den eneste faktiske gensidigt bebyrdende aftale der fandtes, drejede sig om hovedanpartshaverens leje af som-

245. Et andet men nærliggende spørgsmål er i denne forbindelse, om det er *hensigtsmæssigt*, at der er forskel på den skattemæssige behandling af på den ene side tilfælde, hvor der ikke er noget rimeligt forhold mellem den erlagte ydelse og betalingen herfor, og på den anden side den rene indkomstoverførsel uden modydelse, jf. herom *Advokatfirmaet Tommy V. Christiansen* i JUS 2001/44.

246. *Henrik Dam*: Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 2005, s. 596 ff, er kritisk over for fortolkningen. Forfatteren finder det afgørende om en ydelse har 1) pengeværdi, 2) hvilken pengeværdi i bekræftende fald, 3) om ydelsen kan være indkomstskabende og 4) om vederlaget eller det manglende vederlag for ydelsen er aftalt på armslængde-priser eller vilkår.

merhuset i to uger, hvilket der faktisk var sket lejebetaling for²⁴⁷. Med andre ord fandt Landsretten, at LL § 2 finder anvendelse trods den omstændighed, at der er tale om vederlagsfri rådighedsstillelse. Det blev lagt til grund, at der var tale om et »låneforhold«, og at sådanne låneforhold udtrykkeligt var nævnt i forarbejderne til LL § 2. Hermed er der skabt en vis afklaring af forholdet. For Højesteret var det ubestridt, at LL § 2 fandt anvendelse, hvorfor sagen her alene drejede sig om at udfinde den rigtige markedsleje for sommerhuset, jf. TfS 2004, 903 H *TT Meditrade ApS*. Højesteret henviser dog direkte i sine præmisser til LL § 2, hvorfor det formentlig må antages, at Højesteret tillige finder, at bestemmelsen finder anvendelse i et tilfælde som det omhandlede.

For det andet stilles der krav til den gennemførte korrektion. LL § 2 omfatter alene vilkårskorrektioner. Praksis har således udelukket visse korrektionstyper fra anvendelsesområdet af LL § 2, stk. 1. Der er herved tale om den rene tilskudsbeskatning i henhold til SL § 4 og nægtelsen af fradrag i henhold til SL § 6 a, samt korrektioner i henhold til princippet om rette indkomstmodtager og dispositionskorrektioner. Der er hermed også givet retningslinier for, hvorledes fremtidige korrektioner skal gennemføres. Der skal herefter som udgangspunkt gennemføres tilskudsbeskatning, såfremt der ikke betales en modydelse²⁴⁸. Administrativ praksis ses herved også at hænge nøje sammen med spørgsmålet om transfer pricing korrektionssystematik²⁴⁹. Såfremt denne systematik ikke er fulgt, er der ikke tale om en korrektion omfattet af LL § 2, stk. 1, med den typisk afledte virkning, at der ikke kan finde betalingskorrektion sted i henhold til LL § 2, stk. 4²⁵⁰. Ligeledes må det antages, at sekundære korrektioner udelukkende består som en følgevirkning af de øvrige korrektionsmuligheder. Som det fremgår af bemærkningerne til LL § 2, stk. 4, blev tidligere praksis, der tillige indebar sekundære korrektioner, kodificeret med LL § 2. Denne fortolkning må fastholdes, selvom sekundære korrektioner som udgangs-

247. Skatteministeriet påpegede under proceduren, at man er enig i, at LL § 2 ikke finder anvendelse ved rent ensidige dispositioner i form af ensidige pengeoverførsler.

248. Med mindre LL § 2 antages at være udtømmende, jf. *Jan Pedersen* i R&R 2000 SM 284 (286). Det må dog antages, at SL § 4 fortsat indeholder hjemmel til tilskudsbeskatning, hvor realiserede indkomster danner grundlag herfor.

249. Se generelt herom *Jakob Bundgaard* i TfS 2000, 736 og samme i *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, 2001, s. 87 ff.

250. Dette kan udledes af landsskatteretskendelsen i TfS 2000, 253 og de øvrige kendelser, der er nævnt ovenfor.

punkt ikke er en del af transfer pricing-princippet. Dog er det anerkendt, at sekundære korrektioner i visse situationer kan accepteres, og det må antages, at der består en generel adgang til at foretage sekundære korrektioner i dansk ret²⁵¹.

Den konkret foretagne type af korrektion i form af tilskudsbeskatning i TfS 2000, 253 LSR og TfS 2000, 686 LSR, med hjemmel i SL § 4, må særligt for fremtiden aktualiseres i transaktioner, der ikke omfattes af LL § 2, herunder hvor kontrolkravet ikke opfyldes i LL § 2. Det er formentlig hensigtsmæssigt, såfremt terminologien *sekundære korrektioner* ikke benyttes om denne type af korrektioner.

ii) Korrektionshjemmel uden for LL § 2

SL §§ 4-6 som hjemmelsgrundlag, herunder om fikseringsmodellen og værdikorrektioner

Tilblivelseshistorien for LL § 2 er noget særegen. LL § 2 blev indført ved lov nr. 432 af 26.6.1998, fordi der blev skabt tvivl om hjemmelsgrundlaget for håndhævelse af et almindeligt armlængdeprincip ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst. Hidtil havde det været antaget, at det af de almindelige principper i SL §§ 4-6 fulgte, at alle skattesubjekter skal beskattes af alle deres indtægter, men kun disse, og har fradrag for deres udgifter, men kun disse. Tvivlen opstod navnlig på baggrund af Højesterets dom i TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*²⁵². Sagen vedrørte spørgsmålet, om der kunne fastsættes en

251. Jan Pedersen finder, at sekundære korrektioner udelukkende kan foretages med hjemmel i SL § 4, og at disse udelukkende skal finde sted, når der er tale om skatteudnyttelse, jf. Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 286. Se generelt om sekundære korrektioner, IFA's rapport fra 1994: Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections.

252. Det kan diskuteres om hjemmelsspørgsmålet i realiteten allerede blev afklaret med TfS 1996, 642 H *Freddy Riisgaard Jørgensen*. Et sådant standpunkt forfægtes af Erik Werlauff i TfS 1999, 237, samme i UfR 2000 B, s. 338 f, og samme i UfR 2001, B. s. 420 f, samt Jens Petri i TfS 1996, 851 og Bent Ramkov i TfS 1998, 319. Sagen vedrørte spørgsmålet om fiksering af en renteindtægt som følge af en hovedanpartshavers uforrentede stiftertilgodehavende mod sit selskab. En sådan opfattelse udgør efter min vurdering en forkert udlægning af dommen. Skatteyderen havde ikke fremsat påstand om manglende hjemmel til rentefiksering. I stedet blev argumentationen rettet mod de af administrativ praksis udledte betingelser herfor. Højesteret bemærkede dog i generelle vendinger, at »... Spørgsmålet om den skattemæssige behandling af rentefri og lavt forrentede lån fra hovedaktionærer har – som det fremgår af en delredegørelse af 19.10. 1995 fra Skatteministeriets retssikkerhedsudvalg – givet anledning til betydelig tvivl såvel med hensyn til hjemmelsgrundlaget som den nærmere gennemførelse af beskatningen. I mangel af særlig lovregulering kan tilsidesættelse af rentefriheden for Freddy Riisgaard Jørgensens tilgodeha-

fikseret rente af et tilgodehavende, som en skatteyder havde opnået ved salg af en række udlejningsejendomme til anpartsselskaber, hvis anparter tilhørte et af skatteyderen ejet aktieselskab. Da tilgodehavenderne var uforrentede, havde skattemyndighederne efter praksis fikseret en renteindtægt, idet parterne var interesseforbundne, og den manglende forrentning ikke ansås for at være på sædvanlige markedsvilkår. Højesteret udtalte imidlertid, at der hverken i statsskattelovens § 4, litra e, eller i skattelovgivningen i øvrigt var taget stilling til, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder aftaler om rentefrihed skattemæssigt kan tilsidesættes i en situation som den foreliggende. Beskatning hos långiveren af en fikseret renteindtægt måtte herefter forudsætte, at der med de foretagne dispositioner var tilsigtet en *omgåelse* af skattelovgivningen. I den foreliggende sag var der herefter ikke grundlag for at tilsidesætte aftalen om rentefrihed²⁵³.

Hvad der nærmere ligger i ordet *omgåelse*, som Højesteret benyttede i TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*, er uklart. Formentlig dækker begrebet konkret over den situation, hvor et rentefrit lån vederlægges med maskeret modydelse. I sådanne situationer vil der jo faktisk også være tale om realiserede indtægter, blot ikke renteindtægter. Et eksempel herpå kunne muligvis være den situation, hvor selskabsaktionærer (med mindst 25% aktiebesiddelse i debitorselskabet) yder et selskab rentefri lån og efterfølgende hjemtager skattefrie udbytter. Imidlertid må også andre forhold kunne indebære en *omgåelse*²⁵⁴.

vende hos Rederianpartsselskabet FRf for indkomstårene 1989-91 ikke ske i videre omfang end angivet i de administrativt fastsatte retningslinier, som gjaldt for de pågældende indkomstår». Idet betingelserne i disse retningslinier, jf. Ligningsdirektoratets cirkulære af 5.11. 1975 og LV 1987-1991, konkret ikke var opfyldt, fandt Højesteret, at der – uanset de skattemæssige fordele der kunne være forbundet med ordningen – ikke var fornødent grundlag for at tilsidesætte rentefriheden mellem hovedanpartshaveren og selskabet. På denne baggrund er det min opfattelse, at Højesteretsdommen ikke tager endeligt stilling til hjemmelgrundlaget for rentefikseringsmodellen, men i stedet snarere medførte en accept af de administrativt fastsatte retningslinier om spørgsmålet. Dommen er i øvrigt tillige kommenteret af Niels Hansen i R&R 1996 SM 429.

253. Denne dom blev i TfS 1998, 238 H *Stiholt A/S* fulgt op af et retsforlig, for så vidt angik rentefiksering i koncernforhold. Det er blevet hævdet, at der i koncernforhold var hjemmel i dagældende SEL § 12 eller dennes analogi, og at retskildeværdien af det omtalte retsforlig derfor skulle være beskeden.

254. Jf. herved forudsætningsvis TfS 2000, 524 Ø *Henning Hagerup*, om en hovedaktionær, der overtog et selskabs forrentede bankgæld, uden at der skete forretning af aktionærens indestående på beløbet i selskabet. I sagen indgik navnlig baggrunden for låneoptagelse (den subjektive hensigt) i omgælsesprøvelsen.

Der er med TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen* udelukkende taget stilling til rentefikseringsproblematikken. Imidlertid må dommens præjudikatværdi udstrækkes til generelt at vedrøre fikseringstilfælde, og ikke kun rentefiksering. Baggrunden herfor er, at der ikke kan konstateres sådanne materielle forskelle ved de forskellige typer af vederlagsfiksering, at dette kan antages at medføre forskellig skatteretlig behandling. Synspunktet må videre antages at gælde, hvad enten der som i TfS 1998, 199 H, var tale om undladt opkrævning af vederlag, eller om der er tale om et for højt eller lavt vederlag.

Det må antages ved TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen* endeligt at være afklaret, at der ikke i statsskattelovens § 4 er hjemmel til beskatning af ikke-realiserede indtægter – såkaldte fikserede indtægter eller vederlag. Tilsvarende er der ikke fradrag for ikke-endeligt forpligtende udgifter i henhold til SL § 6. At det forholder sig således må være en naturlig følge af samspillet mellem SL § 4 og SL § 5, hvoraf det forudsætningsvis må kunne udledes, at kun realiserede indkomster er skattepligtige, idet principindholdet af SL § 5 netop er, at ikke realiserede indtægter i form af formueforøgelser er skattefrie. Allerede *Thøger Nielsen* konstaterede, at »... Det kan vistnok med sikkerhed siges, at der ikke har foresvævet statsskattelovens fædre noget om, at man skulle kunne tage ikke-oppebårne indtægter i betragtning blot ud fra det synspunkt, at skatteyderen har haft mulighed for at erhverve dem ...»²⁵⁵.

Det efterfølgende naturlige spørgsmål er, hvorvidt det kan antages, at LL § 2 alene har tilvejebragt fikseringshjemmel, og at det alene er fikseringsmetodikken i hidtidig praksis, der er blevet undsagt som ulovhjemlet²⁵⁶. Det er således blevet hævdet, at højesteretsdommen ikke har betydning for de såkaldte værdikorrektionssager. Lad det være sagt med det samme, at striden i vidt omfang drejer sig om fortolkningen af

255. Jf. UfR 1972 B, s. 201 f. Spørgsmålet om beskatning af fikserede vederlag er indgående behandlet af *Ole Bjørn* i R&R 1975, s. 277 ff, og s. 301 ff. Forfatteren gjorde sig i artiklen til talsmand for, at der i synspunktet om forvridning af indkomstgrundlaget fandtes hjemmel til beskatning af fikserede vederlag i visse situationer. Se også *Bent Ramskov* i Juridiske fragmenter, 2001, s. 223 ff, om fiksering af vederlag.

256. Analysen af spørgsmålet har jeg med visse nuanceforskelle tillige gennemført i bogen *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, 2001, s. 28 ff. At der ikke er hjemmel til rentefiksering uden for LL § 2, antages blandt andet i TfS 2005, 913 LSR, hvor kontrolkravet ikke var opfyldt.

det grundlæggende krav om indkomsters realisering i SL § 4 og udgifters realisering i SL § 6²⁵⁷.

På den ene side kan det anføres, at det forhold, at der ikke er hjemmel i SL § 4 til at beskatte urealiserede indtægter er et afgørende argument for at anse alle andre korrektionsmuligheder ud fra armslængdeprincippet for uddøde. Herved skulle LL § 2 suppleret med kapitalgevinstbeskatningslovene udtømmende gøre op med beskatningsmulighederne ved vilkårskorrektioner²⁵⁸.

På den anden side kan det anføres, at LL § 2 ikke er udtømmende, og at der fortsat uden for anvendelsesområdet af denne bestemmelse er mulighed for at korrigere i overensstemmelse med armslængdeprincippet²⁵⁹. Ud fra den sidstnævnte synsvinkel kan der argumenteres for, at der fortsat kan foretages værdikorrektioner²⁶⁰. Ved værdikorrektion forstås korrektioner ved overdragelse af aktiver mellem interesseforbundne parter. Det springende punkt må være, hvorvidt der er hjemmel til at beskatte den skatteyder, der begunstiger den anden interes-

257. Se eksempelvis om denne diskussion *Jakob Bundgaard* i *Armslængdeprincippet & Transfer pricing*, 2001, s. 30 ff.

258. En sådan opfattelse forfægtes primært af *Jan Pedersen* i *Transfer pricing – international skatteretlig belysning*, 1998, s. 46 ff, og samme i TfS 1995, 81, TfS 2001, 284 og R&R 2000 SM 284 ff. Forfatteren antager, at der som følge heraf blandt andet ikke er hjemmel til at beskatte avancer ved overdragelse af næringsaktiver, der ikke er reguleret af kapitalgevinstbeskatningslovgivningen, hvilket herefter eksempelvis gælder ved overdragelse af varelager og næringsejendomme. Se for et tilsvarende synspunkt *Malene Kerzel*: *Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning*, 1999, s. 79 ff, *Carsten Palsgaard* i SpO 2000, s. 339 ff, *Bent Ramskov*: *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 399 ff, og *Aage Spang-Hanssen & Jan Steen Hansen* i TfS 2003, 399.

259. En sådan opfattelse er forfægtet af *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 603 ff, samme i *International skatteret*, 2003, s. 364 ff, *Ole Bjørn* i SpO 1999, s. 55, *Erik Werlauff* i UfR 2000 B, s. 338 f samme i UfR 2001 B, s. 420 ff og *Christian Homilius* i SpO 2000, s. 333 ff. Sidstnævnte forfatter baserer sin opfattelse på, at TfS 1998, 199 H alene er udtryk for, at skattemyndighederne som udgangspunkt ikke kan foretage korrektion af et unormalt vilkår, der er forretningsmæssigt begrundet. Således finder forfatteren, at rentefrihedsvilkåret i TfS 1998, 199 H meget vel kunne være etableret mellem uafhængige parter, hvorfor der ikke med vilkåret var tale om en afvigelse fra armslængdeprincippet. Der ville således efter forfatterens opfattelse heller ikke kunne foretages korrektion i den samme situation efter LL § 2. Den tidligere herskende opfattelse i teorien om anvendeligheden af SL §§ 4-6 ved armslængde korrektioner, herunder læren om rette indkomstmodtager kan tillige i et vist omfang tages til indtægt for dette standpunkt, jf. eksempelvis *J.O. Engholm Jacobsen*: *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 220, *Aage Michelsen*: *International skatteret*, 1996, s. 305, *Erik Werlauff*: *Koncernretten*, 1996, s. 281, *I. A. Strobel* i TfS 1988, 314, *Sv. Allan Jensen & Erna Christensen* i SU 1992, 73 samt *Jens Christiansen & Ole Kjær* i NSFS, 1988, s. 19.

260. Det erkendes dog efter denne synsvinkel, at der ikke kan gennemføres korrektioner ved brug af fikseringsmetodikken.

seforbundne part. Som det allerede er anført, er der ikke hjemmel til at beskatte urealiserede indkomster. Dette har således betydning, hvor der ikke opkræves eller opkræves et for lille vederlag for en given ydelse, hvorefter der ikke kan foretages vederlagsfiksering hos den ydende part. Spørgsmålet er følgelig, hvorvidt der ved overdragelse af aktiver til over- eller underpris er tale om en herfra så forskellig situation, at der ved dispositionerne er tale om realiserede indtægter, der berettiger armslængdekorrektur i henhold til SL §§ 4-6. Der er for så vidt ikke tvivl om, at der fortsat er hjemmel til at beskatte den økonomiske fordel, som tilgår overdrageren ved overdragelse til overpris, samt den fordel der tilgår erhververen ved overdragelse til underpris. Den begunstigede realiserer en fordel, der må behandles som gave, tilskud eller udbytte med hjemmel i SL § 4²⁶¹. En generel forkastelse af et armslængdeprincip uden for LL § 2 vil derfor ikke resultere i, at de værdier, der vitterligt tilføres erhververen eller overdrageren, ikke bliver beskattet, idet det herved bemærkes, at der ikke ved singulære indkomstkonstateringer kan stilles krav om, at en bestemt korrektionssystematik skal følges²⁶². De reale hensyn, der kunne fremhæves til støtte for en antagelse om et fortsat gældende armslængdeprincip ved siden af LL § 2, synes dermed i visse situationer at bortfalde, idet der vel næppe kan opnås de store fordele ved ikke at handle på markedsmæssige vilkår parterne imellem, når fordelene beskattes hos modtageren, såfremt denne er hjemmehørende i Danmark samt i øvrigt er skattepligtig.

Højesteret var meget klar i sin stillingtagen til fikseringsmodellen i TfS 1998, 199, men kun fikseringsmodellen. Det særlige ved fiksering er, at den begunstigende part aldrig har realiseret nogen indkomst og aldrig har haft et retligt krav på en indtægt. Ved overdragelse af et skatterelevant aktiv fra et skattesubjekt til et andet, kunne det dog anføres, at der er meget, der taler for, at lovgiver har forudsat, at denne overdragelse skal ske til handelsværdi²⁶³.

Det har i domstolspraksis længe været antaget, at overdragelse af formuegoder mellem interesseforbundne parter skal ske til den objek-

261. Dette resultat lægges også til grund af Jan Pedersen i *Transfer pricing – international skatteretlig belysning*, 1998, s. 52.

262. Se for en modsat opfattelse Ole Bjørn i SpO 1999, s. 55.

263. Således anfører Aage Michelsen, at det klart er forudsat i lovgivningen, at der skal ske beskatning, hvis et skatterelevant aktiv – også uden for de direkte lovregulerede gave- og arveafgiftstilfælde – overdrages fra et skattesubjekt til et andet, jf. Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 603.

tive handelsværdi. Som udtryk for dette standpunkt fremhæver *Aage Michelsen*, UfR 1969, 412 H *Malermester Alb. Hansen* og den enslydende UfR 1969, 419 H *Store Taffelbay*²⁶⁴. Det må fremhæves, at den omtalte højesteretspraksis ikke direkte vedrører spørgsmålet om vilkårskorrekationer. Sagerne vedrører i stedet spørgsmålet om forøget dokumentationspligt i interessefællesskaber.

Derimod må det fremhæves, at Højesteret med dommen i TfS 2003, 603 H *ApS SPKR 4 nr. 2861*, har anerkendt en værdikorrektion²⁶⁵. I sagen var en fysisk person (Svend Petersen) hovedanpartshaver i ApS SPKR 4 nr. 2861 (selskabet) samt hovedaktionær i et andet selskab (Setco A/S). Svend Petersens hustru var hovedanpartshaver i et tredje selskab (Gamle Ege Ejendomsselskabs ApS). Selskabet overdrog en minoritetsanpartspost på 20% i et ejendomsanpartsselskab Setco A/S for 610.000 kr. Setco A/S overdrog anparterne til Gamle Ege APS for 1,9 mio. kr. Herefter overdrog Gamle Ege ApS anparterne til et uafhængigt selskab (Murersvendenes Aktieselskab) for 2 mio. kr. Dette selskab besad i forvejen 80% af anparterne i ejendomsselskabet, og var efter overdragelsen således eneanpartshaver. Skattemyndighederne hævdede selskabets afståelsessum med differencen mellem 2 mio. kr. og 610.000 kr., idet overdragelsessummen blev tilsidesat i skattemæssig henseende. Landsskatteretten stadfæstede forhøjelsen under henvisning til, at overdragelsesprisen til tredjemand måtte være udtryk for anparternes reelle handelsværdi. Også Landsretten og Højesteret stadfæstede resultatet men med andre præmisser. Det anføres således indledningsvis, at der er enighed om, at overdragelsen af anparterne skete mellem interesseforbundne selskaber, og at det afgørende i denne forbindelse er anparternes handelsværdi på overdragelsestidspunktet. Højesteret forkaster skatteyderens forklaring om, at anparterne forud for salget var blevet tilbudt til Muresvendenes Aktieselskab til samme pris. Der var i øvrigt oplyst forhold som kunne begrunde, at anparterne var væsentligt mindre værd i januar 1994 end i juni 1994. Det måtte derfor lægges til

264. Loc.cit.

265. Se også TfS 2003, 646 H *Kim Toxen-Worm*. I sagen anerkendtes en værdikorrektion ved overdragelse af fast ejendom mellem to brødre. Overdragelsen blev af skattemyndighederne anset som indeholdende et gaveelement. Sagen kan ses som værende løst ud fra EBL § 3 eller dennes analogi, hvorefter afståelsessummen ved overdragelser i gavemiljø fastsættes til den værdi der anvendes ved gaveafgiftberegningen, hvilket ville sige ejendommens offentlige vurdering +/- 15%. Dommen kan dermed ikke tages til indtægt for en generel anerkendelse af adgangen til at foretage værdikorrekationer i henhold til SL § 4.

grund, at salgssummen var væsentligt lavere end anparternes handelsværdi. Herefter fandtes der ikke grundlag for at tilsidesætte skattemyndighedernes skøn over anparternes reelle værdi. Som det ses, gennemføres der i sagen en *værdikorrektion*. Imidlertid indgår der ikke hjemmelmæssige overvejelser i sagen. Ingen af parterne anfører eller anfægter et hjemmelsgrundlag, og såvel landsskatteretten som Landsretten og Højesteret forudsætter tilsyneladende tilstedeværelsen af et sådant uden nærmere henvisninger.

Såfremt omgåelsesterminologien ikke ønskes påhæftet dommen, kan den måske læses i lyset af den ovennævnte tendens i retning af en afsvækkelse af hjemmelkravet for domstolene ved illoyale skattemotiverede transaktioner. Også herved synes dommen i overensstemmelse med hidtidig højesteretspraksis. Erkendes må det imidlertid, at dommen taler for eksistensen af en generel adgang til at foretage værdikorrektioner i interessefællesskaber med hjemmel i SL § 4²⁶⁶.

På tilsvarende vis har Østre Landsret i TfS 2002, 437 Ø *Laila Havndrup Hoffmann*, tilkendegivet, at lovgivningen indeholder hjemmel til værdikorrektion. Således må tabsfradrag snægtelsen i sagen ses som en værdikorrektion. I sagen havde skatteyderen overdraget nogle langtidsanparter til et kommanditselskab, hvori dennes fader var komplementar og dennes fire søskende var kommanditister til DKK 1. Skatteyderen havde erhvervet anparterne for 486.000 kr., og selvangav folgelig et tab på 485.999 kr., jf. ABL § 4, stk. 4. Skattemyndighederne, landsskatteretten og Østre Landsret fandt, at anparterne ikke var overdraget til disses handelsmæssige værdi, hvorfor det selvangivne tab ikke kunne anerkendes. I sagen indgår der ikke hjemmelmæssige overvejelser, idet parterne tilsyneladende er enige om, at anparterne skulle overdrages til markedsværdien, men blot var uenige om, hvorledes denne markedsværdi skulle opgøres. Landsretten fandt, at skattemyndighederne havde været berettigede til at fastsætte anparternes værdi efter et skøn, idet overdragelsen skete mellem interesseforbundne parter. Spørgsmålet var derfor efter Landsretten opfattelse alene, om der var grundlag for at tilsidesætte det udførte skøn. I denne henseende lagde retten regnskabet angivelse af egenkapital til grund for udfindelsen af anparternes reelle værdi på overdragelsestidspunktet.

Endelig må det erkendes, at Vestre Landsret i TfS 2004, 140 V *Tårs*

266. En sådan konklusion når også *Aage Michelsen* i R&R 2005 SM 260 ff, hvor TfS 2005, 620 V kommenteres. Sidstnævnte dom støtter tillige standpunktet.

Del IV – Konfrontation

Rørteknik ApS foretager en værdikorrektion ved en overdragelse af en fast ejendom fra et anpartsselskab til hovedanpartshaverens søn. Sagen vedrørte tiden før LL § 2 og der er klart, at der ikke er hjemmel i LL § 2 til en sådan korrektion. Der indgår ikke hjemmelsmæssige overvejelser i parternes procedure eller dommens præmisser, hvor alene værdiansættelsesspørgsmålet er overvejet. Resultatet må enten siges at være fremkommet ved anvendelse af SL § 4 eller ved en analog anvendelse af EBL § 3. Sidstnævnte er dog ikke utænkeligt, idet der netop var tale om en overdragelse fra faderens anpartsselskab til sønnen, hvorved der normalt vil siges at være tale om en gave fra far til søn og maskeret udbytte fra selskab til faderen²⁶⁷.

At der faktisk har været benyttet forskellige argumenter og tankekonstruktioner til at løse den skattemæssige problemstilling gennem værdi- og fikseringskorrektioner ændrer ikke ved, at der er tale om identiske forhold. Den eneste konstaterbare forskel er, at lovgivningsmagten formentlig i flere henseender har forudsat, at overdragelse af aktiver mellem interesseforbundne parter skal ske til handelsværdi²⁶⁸. Om dette i sig selv er tilstrækkeligt til at anse værdikorrektion for lovhemlet er tvivlsomt.

På baggrund af ovenstående må det *sammenfattende* fastslås, at der ikke er hjemmel til at foretage værdikorrektioner hos den begunstigende part i skatteretlige interessefællesskaber²⁶⁹. LL § 2 gør derfor i sammenhæng med kapitalgevinstbeskatningslovens særregler udtømmende op med fikserings- og værdikorrektioner i dansk skatteret. Et andet spørgsmål i denne forbindelse er, om der i skattepolitisk henseende er behov for en udvidelse af hjemmelsgrundlaget.

Er man derfor uden for den kreds, der er omfattet af LL § 2, vil den retsopfattelse, der er givet udtryk for i TfS 1998, 199 H *Bagenkop*

267. Endvidere kan det nævnes, at adgang til værdikorrektion synes forudsat af Østre Landsret i TfS 2002, 821 Ø *Hans Lystrup A/S*, selvom der konkret ikke fandtes anledning til at korrigere.

268. Se for en tilsvarende konklusion *Jan Pedersen* i TfS 2001, 284, der konstaterer, at der ikke er forskel på, om vilkårene relaterer sig til lån, arbejdsvederlag, leje, forpagtning, overdragelse af aktiver etc.

269. Denne konklusion understøttes i et vist omfang af konklusionen vedrørende indkomstflytning og transfer pricing i Rapport fra Kulbrintebeskatningsudvalget, oktober 2001, kapitel 6.4.5., hvor det anbefales, at værnsreglerne for kulbrintevirksomheder skal udvides i forhold til LL § 2. Denne udvidelse havde ikke været nødvendig, såfremt SL §§ 4-6 indeholdt den fornødne korrektionshjemmel uden for anvendelsesområdet af LL § 2. Se tillige TfS 2004, 714 Ø *Jan Ganick Invest ApS*, hvor der vedrørende tiden forud for LL § 2 ikke fandtes hjemmel til lejefiksering uden for området for SL § 4 b.

Gullestrup Nielsen, fortsat have betydning. Det vil formentlig sige, at der bortset fra visse omgåelsestilfælde – og formentlig også lejefiksering – ikke vil være hjemmel til beskatning af fikserede indkomster i bred forstand.

Imidlertid er det vanskeligt at forestille sig, at den årelange praksis om maskeret udbytte, og herunder korrektion af begge parter i sagerne, skulle blive underkendt. En pragmatisk vurdering er derfor, at værdikorrektioner fortsat lader sig gennemføre i overensstemmelse med hidtidig praksis. Nyere retspraksis som referet ovenfor synes at bekræfte denne antagelse. Der er således i dette lys ikke grundlag for generelt at frakende statsskattelovens regler fortsat betydning i sager om værdikorrektion, trods manglende hjemmel.

Særligt om fiksering af lejeindtægter i henhold til SL § 4, litra b

En særlig omtale af fiksering af vederlag i henseende til husleje forekommer berettiget. Kravet om indkomstens realisering gælder naturligvis også som udgangspunkt for husleje, men der har gennem tiderne i såvel teori som praksis været usikkerhed og uenighed om, hvorvidt særlige forhold gør sig gældende for lejesituationen.

Hovedparten af generelle interessefællesskaber er omfattet af LL § 2, der også omfatter lejebetaling af enhver art. Derimod omfattes ikke familieforhold og andre de facto interessefællesskaber, ligesom kontrolbetingelsen i LL § 2 fordrer aktiebesiddelse på mindst 50%. Hermed omfattes ej heller storaktionærer med aktiebesiddelser mindre end 50%. Praksis om lejefiksering forudsætter tilsyneladende tilstedeværelsen af et interessefællesskab, herunder særligt i gaveafgiftskredsen²⁷⁰. Strengt taget indeholder SL § 4, litra b ingen holdepunkter for en sontring mellem lejefiksering i og uden for interessefællesskaber, idet bestemmelsen, såfremt denne antages at hjemle en adgang til lejefiksering, må antages at hjemle en *generel* fikseringsadgang²⁷¹.

På baggrund af ovenstående generelle analyser af fikseringsproblematikken, må det antages, at SL § 4 ikke generelt kan udgøre hjemmel til beskatning af urealiserede indkomster²⁷². Hjemmelsgrundlaget må således søges i den særlige bestemmelse i SL § 4, litra b om leje²⁷³.

270. Jf. LV 2005 E.K.1.3.

271. Se også Henrik Poulsen i TfS 2001, 991, mod anvendelse af en sontring med udgangspunkt i gaveafgiftskredsen.

272. Cf. Age Michelsen, der i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 608, anfører, at der f.eks.

Bestemmelsens første pkt. normerer beskatning af realiserede lejeindkomster og beskatning af vederlagsfri benyttelse af andres rørlige og urørlige gods²⁷⁴. Af større interesse er bestemmelsens 2. og 3. pkt., disse eventuelt læst i sammenhæng med 1. pkt. SL § 4, litra b, 2. pkt. hjemler beskatning af en fiktiv indkomst, nemlig lejeværdi af egen bolig. Lejeværdi af bolig beregnes som indtægt for ejeren, hvad enten han har gjort brug af den eller ej, og værdien ansættes til det beløb, der ved udleje kunne opnås i leje. Heri, eventuelt i kombination med 1. pkt., kunne der siges at ligge en hjemmel til lejefiksering for så vidt angår fysiske personers boligejendomme. Efter denne fortolkning er det derimod mere tvivlsomt, om der er fikseringshjemmel ved udleje af erhvervsbygninger, jordarealer mv., samt når der er tale om beboelses-ejendomme ejet af juridiske personer²⁷⁵. I disse situationer kan der argumenteres for, at man er bundet op af de principielle udledninger fra TfS 1998, 199 H *Bagenkop Gullestrup Nielsen*. I såvel teori som praksis findes støtte for såvel et synspunkt om, at der i disse dele af bestemmelsen er hjemlet en adgang til at fikse husleje hos udlejeren, i situationer, hvor der ikke er opkrævet husleje, eller er opkrævet for lav en husleje²⁷⁶. Samtidig findes der i såvel teori som praksis støtte for et modsatte synspunkt²⁷⁷.

vedrørende selskabers udlejning af faste ejendomme til aktionærer ikke har været tvivl om, at der i SL § 4 er hjemmel til fiksering af den manglende leje. Forfatteren finder, at standpunktet har støtte i TfS 1984, 272 H *A/S Fortunahus og direktør Per Oscar Tuff*. Hjemmelsspørgsmålet indgår dog overhovedet ikke i denne dom, hvorfor retskildeværdien på dette punkt må anses som værende ubetydelig.

273. Fikseringsproblematikken har i relation til SL § 4, litra b, ud over lejesituationen tillige betydning i forbindelse med spørgsmålet om beskatning af for lav boligafgift for medlemmer i andelsboligforeninger, jf. herom TfS 2000, 193 LSR, som kommenteret af *Ole Bjørn* i SR-Skat 2001, s. 388 ff, *Claes Balle* i TfS 2000, 435, *Hanne Østergaard & Mette Neville* i TfS 2000, 961. I sagen fandt Landsskatterettens flertal, at SL § 4, litra b, 1. pkt., 2. komma, ikke indeholder hjemmel til beskatning af noget beløb ud over det, der rent faktisk er betalt.
274. Ordene »vederlagsfri benyttelse« indikerer, at det er modtageren, som får stillet godet til rådighed vederlagsfrit, der kan beskattes.
275. Juridiske personer kan ikke antages at besidde en »bolig«.
276. For eksistensen af en lejefikseringshjemmel i SL § 4, litra b, kan fremhæves standpunktet i LV 2005 E.K.1.3., hvor det anføres, at SL § 4, litra b finder anvendelse ved udlejning mellem nærtstående personer, således at udlejeren beskattes af den betalte leje, såvel som af den ikke-betalte leje, der udgør forskellen op til den objektive udlejningsværdi. Senere samme afsnit anføres, at de samme regler gælder for et aktieselskabs udlejning til aktionærerne. Der angives ikke i Ligningsvejledningen nærmere, hvilket led at SL § 4, litra b, der antages at udgøre fikseringshjemmelen. Se tillige daværende skatteministers svar på spørgsmål 137 fra Folketingets Skatteudvalg (alm.

Der findes en righoldig praksis, der konkret vedrører, og hvoraf flere afgørelser statuerer lejefiksering²⁷⁸. Det er dog kendetegnende herfor, at der ikke foreligger klare præjudikater, der tager specifikt stilling til hjemmelsproblematikken, hvilket må afsvække retskildeværdien af denne praksis. Højesteret har endelig taget stilling til problemstillingen med TfS 2002, 967 H (UfR 2003, 150 H) *Liselotte Brinkmann*²⁷⁹. I sagen ejede skatteyderen en lejlighed sammen med sin søster. Denne lejlighed blev udlejet til skatteyderens datter til en leje under markedsværdi. Skattemyndighederne fikserede en yderligere lejeindtægt hos moderen. Landsretten underkendte under dissens (2-1) den stedfundne beskatning af moderen, idet der navnlig hensås til, at skatteyderens søster ikke var blevet beskattet af en fikseret leje²⁸⁰, at differencen mellem aftalte

Del – bilag 11 af 8.10. 1993), refereret i TfS 1993, 539 og svar på spm. nr. S 875 og S 876, begge af 15.8. 1991, sp. 8054-8057, refereret i TfS 1991, 481. Det fremgår af sidstnævnte, at »... Ved at acceptere ingen eller en lav husleje oppebærer ejeren i realiteten et beløb, som straks tilbagegives til modtageren som en gave. Det fremgår klart af statsskattelovens § 6, stk. 2, at gaver ydes af beskattede midler, og at man kan således ikke frigøre sig for beskatning ved at forære en indtægt væk ...«. Følges dette synspunkt, udtrykker lejefiksering blot en beskatning af realiserede indkomster, hvorefter der ikke nødvendigvis er særlig lovhjemmel til beskatning af fiktive indtægter. Synsvinklen har dog formentlig ikke været lagt til grund i domspraksis. Se videre *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 608, *Thøger Nielsen* i UfR 1972 B, s. 204 og mere forsigtig men ikke afvisende er *Svend Erik Holm* i R&R 2001 SM 372. Problemstillingen omtales kortfattet hos *Rasmus Kristian Feldthusen* i TfS 2001, 499 og *Michael Wallin* i TfS 2001, 239, men disse forfattere tager dog ikke nærmere stilling til forholdet.

277. Mod eksistensen af en lejefikseringshjemmel i SL § 4, litra b, kan fremhæves standpunkterne hos *Henrik Poulsen* i TfS 1999, 909 samme i TfS 2001, 991, *Carsten Palsgaard* i SpO 2000, s. 342, *Bent Ramskov* i TfS 2000, 834, og samme i Skatteretlig respons, 2001, s. 56 ff, og i brede vendinger *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 48, og samme i R&R 2000 SM 32, med note 5 og samme i TfS 2001, 184, samt formentlig *I. A. Strobel* i SpO 1979, s. 322.

278. Jf. herom UfR 1968, 183 Ø *Civilingeniør Ingvar Christensen*, UfR 1983, 16 H *Kydanco ApS*, TfS 1984, 51 V *Fodermester Eivind Nielsen*, TfS 1985, 642 *Overlærer Henry Larsen*, TfS 1997, 613 V *Sonja K. Christensen*, TfS 1997, 644 LSR, TfS 2000, 936 V A, TfS 2000, 511 LSR, TfS 2001, 886 LSR og TfS 2002, 162 LSR.

279. Landsretsdommen er kommenteret af *Henrik Poulsen* i TfS 2001, 991 og *Svend Erik Holm* i R&R 2001 SM, s. 372 ff. Se yderligere for en kort omtale af dommen *advokatfirmaet Tommy V. Christiansen* i JUS 2001/42, der ser dommen som udtryk for en lempelse af hidtidig praksis. Højesteretsdommen er kommenteret af *Ole Bjørn* i SR-Skat 2002, s. 349 ff, *Jane Bolander* i SpO 2002, s. 395 ff, *Aage Michelsen* i R&R 2003 SM, s. 2 ff og *Bent Ramskov* i SR-Skat 2003, s. 220 ff, der alle foretager en sammenfatning af retstilstanden vedrørende beskatning af fikserede vederlag. Endelig giver skatteministeriet sit bud på en fortolkning af dommen i SkaF, april 2003, s. 7 ff.

280. I TfS 2001, 991 anfører *Henrik Poulsen*, at dette argument kan ses som udtryk for, at der ikke er hjemmel til fiksering, hvis udlejningen foretages til en person uden for familie-kredsen, og at det ikke på dette grundlag er rimeligt at beskatte moderen. Forfatteren

leje og markedslejen udgjorde et beløb af ret begrænset størrelse (1.300 kr. pr. måned), samt at praksis om beskatning af fikseret leje måtte ses i lyset af højesterets dom refereret i TfS 1998, 199. Herefter, og idet der ikke var grundlag for beskatning ud fra et omgåelsessynspunkt, stadfæstede Landsretten Landsskatterettens kendelse²⁸¹. Landsrettens flertal anfører dog indledningsvis, at det i retspraksis er antaget, at der i SL § 4, litra b, er hjemmel til at foretage beskatning hos ejeren af en ejendom, som udlånes eller lejes ud for en husleje, der ligger under markedslejen. Hermed tager flertallet således ikke direkte afstand fra tidligere fikseringspraksis²⁸². Mindretallet fandt, at den fornødne hjemmel til fiksering i SL § 4, litra b, 2. pkt. sammenholdt med 1. pkt. fortsat var til stede også i den konkrete sag. Dommen blev indbragt for Højesteret, der ganske kontant skrev det afsluttende kapitel i historien om lejefiksering²⁸³. Således blev det fastlagt, at bestemmelsen i SL § 4, litra b, 1. pkt. sammenholdt med 2. pkt., indeholder tilstrækkelig hjemmel for, at den ejer af en beboelsesejendom, der vederlagsfrit eller for en leje, der er ikke uvæsentligt lavere end markedslejen, har overladt benyttelsen af ejendommen til en slægtning eller en anden nærtstående person, anses for skattepligtig af en skønnet lejeværdi. I den konkrete

finder dog ikke at det er juridisk holdbart at sondre mellem om den pågældende person henhører under gaveafgiftskredsen eller ej, når lovens ordlyd ikke danner grundlag for en sådan sondring.

281. I en redaktionel kommentar af tvivlsom rigtighed i TfS 2001, 828 anføres, at højesterets dom om rentefiksering (TfS 1998, 199) efter Landsrettens præmisser må give anledning til en revurdering af praksis i lejefikseringssager. Det anføres, at Landsretten fastslår, at der i SL § 4, litra b, generelt er hjemmel til at foretage beskatning af en fikseret lejeindtægt, men at retten konkret fandt, at der ikke var grundlag for en beskatning i den givne situation.
282. En modsat udlægning af dommens præmisser på dette punkt kan dog også forsvares.
283. Skatteministeriet tilkendegiver som baggrund herfor i sin pressemeddelelse om indbringelsen de samme tvivlsspørgsmål som nævnt ovenfor. I pressemeddelelsen anfører ministeriet, at man er af den opfattelse, at praksis om lejefiksering – i modsætning til den underkendte praksis om rentefiksering – er støttet på positive lovbestemmelser, idet muligheden ud over SL § 4, litra b, også har været forudsat af lovgiver, bl.a. i forbindelse med gennemførelsen af LL § 12 A. Dette sidstnævnte kan dog ikke antages at udgøre et holdbart argument, sml. ovenfor om det tilsvarende argument ved værdikorrektioner. *Henrik Poulsen* tager ligeledes afstand fra argumentet i TfS 2001, 991 idet det anføres, at spørgsmålet om hvorvidt der i SL § 4, litra b findes lejefikseringshjemmel må bedømmes på baggrund af bestemmelsens ordlyd og forarbejder. Lovgiver har sandsynligvis ikke ved introduktionen af nævnte regler gennemført en tilbundsående analyse af hjemmelsspørgsmålet, men formentlig blot uden videre lagt praksis om lejefiksering til grund og fundet denne rimelig. Forfatteren anfører, at en forkert fortolkning med andre ord ikke bliver mere rigtig af, at man indfører en særregel, som i visse situationer afhjælper en forkert fortolkning.

sag fandtes forskellen mellem den opkrævede leje og markedslejen ikke at kunne anses for uvæsentlig, hvorfor skatteministeriet blev frifundet.

Med TfS 2005, 851 H *Jan Ganick Invest ApS*, er det siden fastslået, at SL § 4 b ikke omfatter juridiske personer, og at der ikke generelt er hjemmel til lejefiksering i SL § 4²⁸⁴. Sagen drejede sig om, hvorvidt der for indkomståret 1997 – før indførslen af ligningslovens § 2 – var hjemmel til at beskatte selskabet af en skønsmæssigt fastsat lejeindtægt som følge af 1) at selskabet havde stillet en lejlighed til rådighed for eneanpartshaveren og som følge af 2) at eneanpartshaveren havde ladet sin datter bebo lejligheden en del året. Højesteret fandt, at der ikke var hjemmel til at beskatte selskabet alene på grundlag af, at det havde stillet lejligheden til rådighed for eneanpartshaveren, da hjemmelen til beskatning af lejeværdi af boliger jf. statsskattelovens § 4 b, 2. pkt. i medfør af selskabsskattelovens § 8, stk. 1 ikke omfatter selskaber. Herimod fandt Højesteret, at der kunne ske beskatning efter statsskattelovens § 4 b, 1. pkt. for den periode, hvor lejligheden havde været benyttet af datteren.

Sammenfattende kan anføres, at SL § 4, litra b ikke generelt hjemler lejefiksering. Derimod gælder det modsatte i forhold til fysiske persons udlejning af boligejendomme, idet Højesteret med klare præmisser har fundet en sådan hjemmel eksisterende.

Andre lovbestemmelser som hjemmelsgrundlag for vilkårskorrektioner

Som supplement til LL § 2 og SL § 4 er også LL § 16 A, stk. 1 af stor vigtighed. LL § 16 A, stk. 1, præciserer, hvad der skal anses som udbytte i skatteretlig henseende. Såfremt der er tale om indkomstoverførsler mellem hovedaktionærer og disses selskaber, opstår der et samspil mellem LL § 16 A og LL § 2. LL § 2 må opfattes som den overordnede retlige ramme for bedømmelse af armslængdemæssigheden af transaktioner mellem selskab og hovedaktionær²⁸⁵. I det omfang der ikke er tale om armslængdevilkår, foretages der en primær korrektion og en korresponderende korrektion. Såfremt indkomstoverførslen er sket til fordel for aktionæren, hvilket indebærer, at den primære kor-

284. Se om Landsretsdommen *Malene Kerzel* i TfS 2004, 852. I TfS 2004, 637 LSR, blev der i medfør af SL § 4 b ansat en objektiv udlejningsværdi ved udlejning af forretningslokaler til en samlever.

285. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 478 ff.

Del IV – Konfrontation

rektion sker hos denne, foreskriver LL § 16 A, at forhøjelsen må anses som et maskeret udbytte. LL § 2 har alene betydning for vilkårsbedømmelsen og finder tillige kun anvendelse, når de legale betingelser herfor er opfyldt. Området for maskeret udbytte omfatter imidlertid en række andre begunstigelser af aktionærer samt situationer, der ikke kan benævnes hovedaktionærdispositioner omfattet af LL § 2. I sådanne tilfælde foretages den retlige vurdering af aktionærdispositionerne alene på grundlag af LL § 16 A, hvilket indebærer, at der kun kan ske beskatning af aktionæren og ikke af selskabet.

Videre skal nævnes de særlige regler i kapitalgevinstbeskatningslovgivningen. Der henvises i denne forbindelse til EBL § 3 om afståelse af fast ejendom, ABL § 9 om afståelse af aktier, KGL § 34 om kursgevinster ved afståelse og indfrielse af fordringer. Disse bestemmelser indeholder *dels* en angivelse af, at ydelse af gaver og arvefors kud mv. udgør en afståelse, *dels* en angivelse af, at beskatningen af sådanne afståelser foretages med udgangspunkt i den værdi, der er lagt til grund ved beregningen af gaveafgift eller indkomstskat, hvilket vil sige værdien i handel og vandel. Også hvis aktiver ikke har udløst gaveafgift eller indkomstskat, benyttes værdien i handel og vandel. Sidstnævnte normeres tillige af AL § 40, stk. 6, om nærmere opregnede immaterielle aktiver²⁸⁶. Med disse bestemmelser etableres der et armslængdeprincip for overdrageren og erhververen af givne aktiver²⁸⁷. Bestemmelserne sigter på situationer, hvor der er ydet gave eller arvefors kud, hvilket således omfatter familieforhold, bekendtskaber eller øvrige gavemiljøer. Der kan argumenteres for, at de nævnte bestemmelser kan undergives en udvidende fortolkning, således at principperne gælder for samtlige former for retlige og faktiske interessefællesskaber, herunder også koncernforbundne selskaber, såfremt der foretages overdragelser af de af kapitalgevinstbeskatningslovene omfattede aktiver²⁸⁸. Følgen heraf skulle således være, at der ved sådanne overdragelser udløstes en avancebeskatning svarende til den, som kunne være opnået ved et normalt

286. De nævnte bestemmelser om kapitalgevinster suppleres af den tilsvarende regel i AL § 49 om beskatning af genvundne afskrivninger ved afståelser inden for interessefællesskaber.

287. Resultatet i TfS 2002, 521 Ø *Kim Toxen-Worm*, kan ses som udtryk for en analog anvendelse af EBL § 3. Landsrettens præmisser indeholder ikke hjemmelsmæssige overvejelser.

288. Jf. herved navnlig *Jan Pedersen*: Transfer pricing – international skatteretlig belysning, 1998, s. 42 ff, og *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 532 f, om overdragelse af aktier til underpris.

salg²⁸⁹. Argumentet er for så vidt en følge af, at der ikke er hjemmel til værdikorrektioner i SL §§ 4-6. Der er dog, så vidt ses, ikke retskildemæssigt belæg for en sådan udvidende fortolkning af de omtalte bestemmelser i kapitalgevinstbeskatningslovene. Der kan derfor ikke foretages vilkårskorrektioner ved handel med de nævnte kapitalaktiver uden for LL § 2 og gave/arvekredsen²⁹⁰. Der skal hertil yderligere bemærkes, at der i flere situationer rent logisk ej heller er tale om gaveoverdragelser, idet der rent faktisk ydes et vederlag, f.eks. i form af aktier eller en fordring mod et selskab ved indskud af skatterrelevante aktiver i et selskab uden brug af lov om skattefri virksomhedsomdannelse.

Der forudsættes tillige en fordelings- og værdikorrektionshjemmel i EBL § 4, stk. 5-7, og AFL § 45, stk. 2-4. Således skal køber og sælger ved handel med fast ejendom i købsaftale, skøde eller på anden skriftlig måde foretage en fordeling af den samlede kontantomregnede afståelsessum på grund, bygninger og ejerbolig. Såvel afståelsessummen som den fordeling på aktiver, som parterne herefter har aftalt, er undergivet skattemyndighedernes prøvelse, men det forudsættes tilsyneladende, at der kun kan ske korrektion, såfremt den aftalte fordeling og pris åbenbart afviger fra handelsværdien²⁹¹.

Sammenfatning

Sammenfattende må det anføres, at det mønster, der viser sig vedrørende vilkårskorrektioner, ikke besidder den fornødne sammenhæng. Udelukkende ved hjælp af fortolkningsmæssige kunstgreb opnås en sammenhæng, men dette endda under betydelig usikkerhed og teoretisk uenighed.

iii) Læren om rette indkomstmodtager og vilkårskorrektioner – kritik og kontekstuel reformulering

Det er blevet hævdet, at der af læren om rette indkomstmodtager, som denne følger af SL §§ 4-6, kan udledes en generel vilkårskorrektions-

289. Jf. *Thøger Nielsen* i UfR 1972, B, s. 201.

290. Sml. *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 591.

291. Se om bestemmelserne *Bent Ramskov* i TfS 2004, 889. Se yderligere boafgiftslovens § 27, hvorefter en gaves værdi fastsættes til dens handelsværdi på tidspunktet for modtagelsen. I henhold til bestemmelsens stk. 2, kan told- og skatteregionerne ændre værdiansættelsen af en gave, såfremt myndigheden finder, at værdiansættelsen ikke svarer til handelsværdien på tidspunktet for gavens modtagelse.

Del IV – Konfrontation

hjemmel. Som det imidlertid er påvist just ovenfor, kan det ikke antages, at der af SL §§ 4-6 kan udledes en sådan generel hjemmel. Idet der ikke af læren om rette indkomstmodtager i sig selv kan udledes retlige resultater, må standpunktet om den manglende hjemmel således fastholdes. Rette indkomstmodtager terminologien bør efter min opfattelse udelukkende anvendes i sådanne situationer, hvor der findes den fornødne hjemmel til gennemførelsen af vilkårskorrekationer. Disse udsagn udgør således også essensen af den i senere tid formulerede kritik af læren om rette indkomstmodtager²⁹². Den fremførte kritik retter sig således udelukkende mod det forhold, at der af læren om rette indkomstmodtager skulle kunne udledes en egentlig hjemmel til at beskattede ikke-realiserede indkomster. Således anfører *Jan Pedersen* op.cit. ingen principindvendinger mod teorien, men behandler i stedet den eksisterende domspraksis. Dog gøres den indvending, at princippet i sig selv tilsyneladende er retsskabende. Af ovennævnte kategori om indkomstforvridning fremgår, at sådanne utilbørlige indkomstforvridninger kan tilsidesættes i henhold til SL §§ 4-6. Der sigtes hermed til transfer pricing forhold og forhold mellem aktionærer og disses selskaber og andre udslag af det skatteretlige interessefællesskab. Dette resultat kan anføres udelukkende at bygge på den forudsætning, at særlige skatteretlige resultater kan begrundes alene ud fra den omstændighed, at der foreligger indkomstforvridning²⁹³. Det anføres, at en sådan opfattelse forekommer udokumenteret. Kritikken vedrører endvidere anvendelse af termen »indkomstforvridning«. *Jan Pedersen* ser hellere denne term reserveret til sådanne indkomstmanipulationer, som ændrer indkomstens umiddelbare retlige fremtrædelsesform²⁹⁴. Det anføres, at det underliggende skatteretlige spørgsmål herefter er bestemmelsen af indkomstens rette benævnelse, som i givet fald kan foretages gennem en dispositionskorrektur. Armslængde problematikken omfatter indkomstfordelingen mellem de disponerende parter, således som den bestemmes gennem overdragelsesvederlagets størrelse. Sådanne ind-

292. Jf. *Jan Pedersen* i TfS 2001, 284, og samme Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 46 ff.

293. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 47.

294. Jf. herom *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 39 ff, Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 47, samme i SkatteOrientering Ø.5, 2000, s. 6 ff. Denne type af skatteudnyttelse tilsigter at udnytte den almindelige strukturforskel i skattesystemet, der indebærer en differentieret beskatning af forskellige former for indkomster.

komstmanipulationer ser forfatteren hellere betegnet som »indkomstoverførsler«²⁹⁵. Eventuelt kan termen »indkomstflytninger« anvendes, såfremt manipulationen tillige tager sigte på at overføre indkomsten til et skattesubjekt i en fremmed jurisdiktion²⁹⁶. Det underliggende spørgsmål ved bedømmelsen af indkomstoverførsler eller indkomstflytninger er bestemmelsen af rette indkomstmodtager, som i givet fald kan foretages gennem en vilkårskorrektur²⁹⁷. På denne baggrund præciserer *Jan Pedersen*, at udtryk som indkomstforvridninger, indkomstoverførsler etc. ikke i sig selv udgør eller indeholder særlige retsregler, som udløser retlige resultater. Udtrykkene indeholder alene en betegnelse af karakteren af de skatteudnyttelsesdispositioner, som er foretaget, hvorimod den skatteretlige vurdering af indkomstdelingen må foretages på et specifikt retligt grundlag.

Som opsamling på sin gennemgang anfører *Jan Pedersen*, at læren om rette indkomstmodtager må begrænses til teorien om træet og frugterne, der i sit principindhold blot bekræfter kravet om indkomstens realisering. Det anføres, at teorien om træet og frugterne forudsætter, at indkomstmodtageren har rådet over en faktisk eksisterende indkomst. I andre tilfælde af indkomstoverførsel kan en beskatning af ikke-eksisterende indkomster alene ske ved udtrykkelig hjemmel, som efter forfatterens og min opfattelse ikke kan udledes af SL §§ 4-6. Det anføres, at læren om rette indkomstmodtager ikke er til meget støtte ved visse dispositioner inden for interessefællesskaber, der ikke er omfattet af realitetsgrundsætningen eller armslængde lovgivningen. I malende vendinger anfører forfatteren følgende betragtninger, at såfremt terminologien vedrørende rette indkomstmodtager skal fastholdes: »... kan det konstateres, at træet slet ikke har båret nogen frugt. At så et nærliggende andet træ har båret frugt, og dette måske skyldes, at det andet

295. Denne type af skatteudnyttelse tilsigter at udnytte den almindelige strukturforskel i skattesystemet, der indebærer en differentieret beskatning af ligeartede indkomster hos forskellige former for skattesubjekter.

296. Denne type af skatteudnyttelse tilsigter at udnytte den almindelige strukturforskel i skattesystemet, der indebærer en differentieret beskatning af ligeartede indtægter mv. hos ligeartede skattesubjekter i forskellige kommuner og stater og i forskellige indkomstår. Se for en anvendelse af indkomstflytningsbegrebet kapitel 6.4. i Kulbrintebeskatningsudvalgets rapport, oktober 2001.

297. Jf. *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 47. Forfatteren anvender dog begrebet vilkårsdisposition, hvilket antageligvis dog er en fejl og rettelig bør være vilkårskorrektur.

Del IV – Konfrontation

træ i modsætning til det første er gødet og passet og plejet, gør ingen forskel. Der må da også foretages en beskatning hos dette andet træ ...».

Den således fremførte kritik af læren om rette indkomstmodtager ses på denne baggrund alene at rette sig mod beskatningen af ikke realiserede indkomster. Således er der ikke anledning til at frakende princippet betydning, hvor der foreligger den fornødne fikseringshjemmel samt i situationer, hvor der korrigeres uden herved at gennemføre en beskatning af ikke realiserede indkomster.

Et af de vanskelige spørgsmål, som læren om rette indkomstmodtager giver anledning til, er hvorvidt korrektioner i overensstemmelse hermed, er udtryk for vilkårskorrektioner²⁹⁸. I praksis anses korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager tilsyneladende som værende væsensforskellige fra vilkårskorrektioner. Dette er kommet til udtryk derved, at LL § 2 ikke finder anvendelse på korrektioner i overensstemmelse med læren om rette indkomstmodtager.

Der er dog ikke herved taget stilling til, om der i stedet foreligger dispositionskorrektioner, og dermed om korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager i administrativ praksis per definition udgør dispositionskorrektioner.

Kendelsen i TfS 2001, 176 LSR kan antages at være udtryk for en skattemæssig korrektion i henhold til læren om rette indkomstmodtager. Det blev lagt til grund, at det ikke var det klagende selskab, men hovedaktionæren der var rette indkomstmodtager af honorarindtægten. Korrektionen heraf indebar en tilskudsbeskatning af det klagende selskab og en lønbeskatning for hovedaktionæren. Som nævnt fandt Landsskatteretten, at disse korrektioner som følge af læren om rette indkomstmodtager ikke kunne rummes inden for armslængdeprincippet i LL § 2, stk. 1²⁹⁹. Der er dog ikke herved taget stilling til, hvorvidt den konkrete korrektion var udtryk for en dispositionskorrektion. Det er herved vigtigt at gøre sig det klart, at dispositionen reelt indebar en indkomstoverførsel ved indtægtsafkald og ikke en pengeoverførsel som

298. Se dog *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 86, der vil se armslængdeprincippet og læren om rette indkomstmodtager som vidt forskellige forhold. Det kunne dog modsat dette antages at der i stedet var tale om to sider af samme mønt, idet problematikken blandt andet er at fastslå, hvilken indkomst – herunder hvor meget af indkomsten – der tilkommer hvilket skattesubjekt. Principperne må således supplere hinanden i et eller andet omfang.

299. Som det også anføres ovenfor, kan kendelsen videre tages til indtægt for det forhold, at der for transaktioner omfattet af LL § 2, stk. 1, tilsyneladende forudsættes en modydelse.

procederet. Noget taler for, at korrektionen konkret var en dispositionskorrektion. Således resulterede korrektionen i en samlet indkomstforhøjelse, idet nettovirkningen for det klagende selskab var 0, men hovedaktionæren skulle indtægtsføre yderligere 90.000 kr. En ren transfer pricing korrektion ville indebære en samlet nettovirkning på 0. Ligeledes må korrektionen anses således, at den civilretlige aftale om at henføre et honorar til det klagende selskab i skattemæssig henseende ophæves og erstattes af et nyt forhold, nemlig en betaling direkte fra honoraryder til hovedaktionæren. Der er således holdepunkter for at anse korrektionen som en dispositionskorrektion i henhold til læren om rette indkomstmodtager. En realitetsfortolkning af sagens faktum ville dog antageligvis føre til samme resultat, nemlig, at hovedaktionæren reelt havde udført arbejdet og dermed var berettiget til honoraret³⁰⁰.

I TfS 2001, 770 LSR havde et helejet datterselskab afholdt advokat- og revisoromkostninger i forbindelse med stiftelsen af et holdingselskab. Datterselskabet fandtes ikke at have fradrag for de afholdte udgifter, jf. LL § 8 J, ligesom moderselskabet blev tilskudsbeskattet. I forbindelse med spørgsmålet om betalingskorrektion i henhold til LL § 2, stk. 4, bemærkede Landsskatteretten, at forholdet, hvorefter datterselskabet ikke ansås for rette indkomstbærer, ikke kunne anses for omfattet af LL § 2, stk. 1. Det blev i denne forbindelse henvist til TfS 2001, 176 LSR, som retten herved tilsyneladende selv finder er afgjort efter læren om rette indkomstmodtager. Retten gør sig dog ikke betragtninger om, hvorvidt der herved var tale om en dispositionskorrektion. Noget taler dog herfor, idet aftalen om hvem der skulle bære de omhandlede omkostningerne tilsidesættes, hvorved udgiften i stedet henføres til det rette selskab. Samtidig indebærer korrektionen en nettoindkomstforøgelse på 20.000 kr.³⁰¹.

Også TfS 2001, 807 LSR berører grænsedragningen mellem vilkårs-korrektioner i henhold til LL § 2, stk. 1 og korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager. Det klagende selskab (A ApS) var ejet 50/50 af fader (B) og søn (C). B ejede samtidig et selskab D ApS.

300. Kendelsen svarer i et vist omfang til praksis om direktørselskaber, hvorefter Højesteret i flere tilfælde har foretaget en realitetsprøvelse af hele konstruktionen og set bort fra et konsulentselskabs selvangivne indkomst. I stedet er indkomsten henført til beskattning hos den fysiske person, der har udført den faktiske ledelse, jf. herom *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, 342 ff, og eksempelvis TfS 1999, 376 H *John Kristensen*.

301. Et tal der i henhold til sagsoplysningerne dog rettelig burde være 10.000 kr., idet der ikke er beskatningsgrundlag af tilskud ydet til et moderselskab.

Driften af D blev overdraget til A. Ved denne overdragelse blev værdien af igangværende arbejder ansat til ca. 1,4 mio. kr. Skattemyndighederne hævdede D's indkomst med den manglende indkomst, idet man fandt, at parterne havde værdiansat de igangværende arbejder for lavt, idet blandt andet ufakturerede men afsluttede arbejder ikke var medtaget. Samtidig tilskudsbeskattedes A. Endelig forhøjedes B's indkomst, idet denne fandtes at have begunstiget sønnen med 50% af den forøgede værdi af de igangværende arbejder. Told- og Skattestyrelsen indstillede de påklagede afgørelser stadfæstet men ændrede på bemærkelsesværdig vis argumentation. Det anføres således, at der på trods af myndighedernes kvalificering af forholdet som en korrektion af værdiansættelsen af de igangværende arbejder i stedet var tale om et spørgsmål om, hvilket selskab der var rette indkomstmodtager af de pågældende indtægter. Det anførtes i denne forbindelse, at det, der reelt var sket, var, at overdragerselskabet for længst havde erhvervet ret til de pågældende indtægter, men at man havde ladet køberselskabet udfakturere tilgodehavenderne for at få flyttet midler over i dette selskab, hvor sønnen havde en ejerandel. Told- og skattestyrelsen var således af den opfattelse, at der skulle ske beskatning hos overdragerselskabet, idet dette selskab var rette indkomstmodtager af disse indtægter. Når der således ikke var tale om en værdikorrektion kunne LL § 2, stk. 1 og dermed LL § 2, stk. 4 ikke finde anvendelse. Dette skift i argumentation kan efter min opfattelse bedst ses som udtryk for en erkendelse af, at Landsskatteretten med TfS 2001, 176 tilkendegav, at LL § 2 ikke omfatter korrektioner efter rette indkomstmodtager-tankegangen. Samtidig må det dog erkendes, at der formentlig ikke før vedtagelsen af LL § 2 var hjemmel til at foretage værdikorrektioner, og sagen vedrørte netop tiden før ikrafttrædelsen af LL § 2. Det savner i dette lys mening at undersøge, om dispositionen var omfattet af LL § 2 med henblik på at vurdere, om LL § 2, stk. 4 finder anvendelse. En sekundær korrektion kunne ikke komme på tale, idet der ikke var hjemmel til at gennemføre en primær (værdi)korrektion. Landsskatteretten fandt dog, at myndighederne ved ansættelserne havde ændret vilkårene for den økonomiske transaktion mellem to interesseforbundne parter – virksomhedsoverdragelsen – idet det køvende selskab måtte anses at have betalt ca. 1,1 mio. kr. for lidt for posten »igangværende arbejder«. På denne baggrund fandt Landsskatteretten forholdet omfattet af LL § 2, stk. 4 og dermed implicit LL § 2, stk. 1. Kendelsen viser, at grænsedragningen

mellem de forskellige til rådighed værende korrektionsmuligheder er vanskelig.

I TfS 2001, 829 LSR havde skattemyndighederne forhøjet indkomsten for et selskab (A A/S) med en del af et administrationsvederlag, ligesom der blev nægtet betalingskorrektion. A A/S var et produktionsselskab. A A/S var ejet af et holdingselskab C ApS, der var ejet af den fysiske person B, som også var direktør i A. B var tillige direktør i selskabet D ApS, som primært var ejet af B's børn, dog således at B selv besad 2,5% af aktierne, men alle stemmerettighederne. D drev et agenturvirksomhed for blandt andre A. B's direktørgage fra A blev faktureret af D, hvorved B ikke modtog vederlag for sit virke som direktør i A. Gagen udgjorde i 1997-1999 beløb i størrelsesordenen 375.000 kr. til 440.000 kr. A betalte samtidig et årligt administrationsvederlag til D på 600.000 kr. Yderligere betalte A en salgsprovision til D på 6% af det salg, som ikke gik gennem de danske sælgere eller udenlandske agenturer. Landsskatteretten fandt, i overensstemmelse med den stedlige selskabsbeskatning, at der ved den valgte konstruktion overførtes et beløb – benævnt administrationsvederlag – der oversteg de udgifter, D havde ved den såkaldte administration. Dette fandtes ikke forretningsmæssigt begrundet. Retten fandt, at administrationen i det væsentligste bestod i afholdelse af direktørens lønudgifter, hvorefter det blev lagt til grund, at aftalen i det væsentligste havde til formål at overføre midler til D. På denne baggrund frakendte Landsskatteretten aftalen om administrationsvederlagets skattemæssig betydning³⁰². Med andre ord blev der på dette punkt foretaget en dispositionskorrektion med indkomstskabelse til følge. Fradragsnægtelsen for differencebeløbene – idet det beløb, der svarede til lønudgifterne til direktøren måtte anerkendes som sådan – blev herved stadfæstet, idet disse ikke opfyldte betingelserne i SL § 6 a. Ligeledes opretholdtes tilskudsbeskatningen af D med et tilsvarende beløb, jf. SL § 4. Endelig fandt Landsskatteretten, at der ikke kunne foretages betalingskorrektion i henhold til LL § 2, stk. 4. Baggrunden herfor var, at nægtelsen af fradrag for A og den hermed forbundne tilskudsbeskatning ikke fandtes at kunne karakteriseres som en korrektion af priser og vilkår for handelsmæssige eller økonomiske transaktioner mellem interesseforbundne parter. Retten henså i denne forbindelse til, at der var foretaget en dispositionskorrektion, således at

302. Tilsyneladende er det udelukkende aftalens skattemæssige formål, der medfører resultatet.

Del IV – Konfrontation

aftalen om administrationsvederlaget ikke var tillagt skattemæssig betydning, idet der efter rettens vurdering ikke var udført nogen administration for A. Således var der i princippet ikke tale om en prismæssig korrektion af et administrationsvederlag til armslængdevilkår. Landsskatteretten tilslutter sig argumentationen fra den stedlige selskabsbeskatning. Disse havde baseret deres argumentation på, at konstruktionen indebar en sikker og løbende indtægt til agenturet, hvorved der var sket en vilkårlig indkomstoverførsel fra A til D i strid med SL §§ 4-6. Argumentationen minder i betydelig grad om havnemølledommen, UfR 1960, 535 H. Idet der henvises til SL §§ 4-6, må det antages, at der herved var tilsigtet en henvisning til læren om rette indkomstmodtager. Landsskatteretten anfører dog ikke et hjemmelgrundlag for den del af korrektionen, der indebærer, at administrationsaftalen kunne tilsidesættes. En realitetsfortolkning af sagens faktum fører da også til det samme, nemlig, at der ikke var udført nogen administration, og at der overførtes D en sikker og løbende indtægt³⁰³.

Det kan således konstateres, at det er Landsskatterettens praksis, at betaling til og indtægtsførsel hos et andet skattesubjekt end det, der har rådighed over indkomstgrundlaget eller det skattesubjekt, der har præsteret den indkomstskabende ydelse i tilfælde som de beskrevne, ikke er omfattet af LL § 2.

Sammenfattende må det konstateres, at rette indkomstmodtager terminologien anvendes og med rette kan anvendes også i henseende til vilkårskorrektioner. Dog bør terminologien i denne henseende reserveres til de særligt hjemlede forhold. SL § 4 kan således udelukkende medføre beskatning af den begunstigede part, hvilken typiske i tilfælde af skatteudnyttelse ikke er rette indkomstmodtager.

Baggrunden for standpunktet er, at korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager også kan indebære en korrektion af vilkår i givne dispositioner. Hermed svarer denne del af læren om rette indkomstmodtager i sit principindhold til tankegangen bag vilkårskorrektioner, hvorfor standpunktet må opretholdes, uanset at LL § 2, stk. 1, i praksis har vist sig ikke at være anvendelig, når der er tale om korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager. Spørgsmålet har ikke materiel men alene terminologisk betydning. Således er det min opfattelse, at ordinære korrektioner i overensstemmelse med arms-

303. Også denne kendelse svarer i et vist omfang praksis om direktørselskaber.

længde princippet er udtryk for læren om rette indkomstmodtager, hvorved der ikke er nogen materiel uoverensstemmelse mellem det her advokerede og administrativ praksis. Hermed kan det antages, at læren om rette indkomstmodtager fortsat har betydning i henseende til gennemførelsen af vilkårskorrektioner, men at denne betydning altså ikke udstrækker sig til den traditionelle udlægning af SL §§ 4-6. Læren om rette indkomstmodtager dækker således til dels over vilkårskorrektioner³⁰⁴. I det omfang vilkårene for en disposition ændres, føres den manglende indtægt over til den rette indkomstmodtager, ligesom indkomsten som følge heraf nedsættes hos den faktiske modtager og eventuelt hæves tilsvarende hos samme med neutral nettovirkning til følge. Den fortsatte anvendelse af læren om rette indkomstmodtager i retspraksis udgør ikke et herfra afvigende forhold, idet denne praksis netop er kendetegnet ved en råden over realiserede indkomster og en efterfølgende korrektion heraf³⁰⁵.

C) Konkrete interessefællesskaber

Skatteretlige interessefællesskaber er ikke altid generelle, som tilfældet er i de ovenfor behandlede situationer. Dette skyldes, at det skatteretlige begreb »interessefællesskab« er et relationsbegreb, hvis indhold ikke kan fastlægges generelt. Generelt interessefællesskab kan siges at foreligge ved overdragelser i gavemiljø, eller hvor der er fælles økonomiske interesser, f.eks. hovedaktionær/selskab. Der forekommer ligeledes situationer, hvor der kan konstateres konkrete interessefællesskaber med henblik på at minimere det samlede skattetilsvær, og som alene knytter sig til den konkrete disposition. I disse situationer foreligger der således som udgangspunkt ikke øvrige sammenfaldende, familiemæssige eller økonomiske interesser. Et konkret interessefællesskab vil typisk opstå som følge af de gældende skatteregler. Udtrykt anderledes kan der også siges at bestå situationer, hvor der konkret ikke foreligger et interessemodsnævningsforhold. Interessensammenfald kan endelig siges at foreligge, hvor kun den ene part har skattemæssig interesse i fordelingen af

304. Læren om rette indkomstmodtager rækker imidlertid videre end til kun at omfatte vilkårskorrektioner. Også dispositionskorrektioner kan foretages under etiketten. Ligeledes findes der praksis om rette indkomstmodtager, der ikke lader sig indplacere som værende en skatteretlig omkvalifikation i form af vilkårs- eller dispositionskorrektioner.

305. *Nikolaj Vinther*: *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 123, bemærker, at obligationsretten som tungtvejende udgangspunkt er styrende i henseende til princippet om rette indkomstmodtager.

en købesum³⁰⁶. Det konkrete interessefællesskab skal ikke forveksles med de facto kontrol situationen.

Spørgsmålet om korrektion i konkrete interessefællesskaber har relevans i forbindelse med samlede overdragelser af aktiver mellem parter. Udgangspunktet er i disse situationer i praksis, at ligningsmyndighederne kan skride korrigerende ind, hvor der foreligger interessefællesskab mellem køber og sælger. Korrektionen kan bestå i en tilsidesættelse af den aftalte fordeling af en overdragelsessum (fordelingskorrektion), men også en tilsidesættelse af størrelsen af den samlede overdragelsesvederlag, såfremt dette er ansat til et åbenbart for højt eller for lavt beløb³⁰⁷ (værdikorrektion). Foreligger der ikke noget interessefællesskab mellem parterne, men må disses aftale anses som et udslag af reelt modstridende interesser, er det lige så selvfølgelig, at ligningsmyndighederne ikke kan gribe korrigerende ind over for størrelsen af det samlede vederlag, der er aftalt mellem parterne.

Fordelingen af afståelsesprisen for fast ejendom mellem grund og bygninger var før indførelsen af EBL § 4, stk. 5-7 og AFL § 45, stk. 2-4, fremme i UfR 1980, 414 H *Konsul A*. I sagen afhændede skatteyderen et klitareal, men betingede sig, at et sommerhus indgik i handlen til en pris af 1 mio. kr. Sommerhuset kunne afhændes skattefrit, mens klitarealet udløste særlig indkomstskat. Højesterets flertal fandt, at prisen for sommerhuset stod i afgørende misforhold til dets værdi. Skattemyndighederne fandtes derfor ikke at være bundet af den aftalte pris og kunne derfor henføre mérprisen som en yderligere del af afhændelsesvederlaget for klitarealerne. Det konkrete interessefællesskab bestod i sagen i, at køberen kun var interesseret i den samlede købesum, men ikke i fordelingen af denne.

I UfR 1968, 859 Ø *O. Y. Olofsson* solgte skatteyderen et hotel til F.D.B., der ønskede at rive hotellet ned og efterfølgende bygge et varehus. Der blev ikke aftalt, at en del af vederlaget på 1,4 mio. kr. skulle udgøre betaling for goodwill. Østre Landsret stadfæstede den af

306. Se om skattemæssig korrektion i konkrete interessefællesskaber: *Ole Bjørn* i FSR's årsskrift 1990, Skatteret, s. 33 ff og *Michael Serup* R&R 1990/7, s. 29 ff, samme i TfS 1991, 298, særligt s. 666 ff, *Jan Pedersen* i R&R 1996 SM 329 ff, *H. Schaumburg* i UfR 1969 B, s. 238 ff, *Ole Bjørn* i SR-Skat 1992, s. 11 f, *Michael Amstrup* i TfS 1991, 534 og samme i SpO 1989, s. 297 ff, *Alex Dalgaard* i TfS 1991, 159, *Niels Lauesen* i SpO 1989, s. 341, *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 41 ff, og *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing, 2001, s. 384 ff samt LV 2005 E.I.4.1.3.

307. Jf. LV 2005 E.I.4.1.3.1.

skattemyndighederne foretagne omfordeling af det samlede vederlag, således at en del heraf nu udgjorde betaling for (beliggenheds)goodwill.

I UfR 1969, 319 H *Svend W. T. Christensen*, solgte en skatteyder en ejendom til en sparekasse. Der aftaltes ikke, at en del af vederlaget på ca. 365.000 kr. skulle udgøre betaling for goodwill. Højesteret gav skattemyndighederne medhold, hvorefter en forhøjelse af sælgerens skattepligtige indkomst blev anerkendt som følge af en omfordeling af vederlaget til for en dels vedkommende at udgøre betaling for goodwill. Begrundelsen var enslydende i de to sager, idet fordelingskorrektionen skete under henvisning til såvel sælgers som købers *manglende interesse* i en fastlæggelse af et særligt vederlag for goodwill. Hvorefter den manglende interesse nærmere består, fremgår der intet om i sagernes referater. Sælgers interesse i at undgå beskatning er dog åbenbar. For køber var erhvervet goodwill afskrivningsberettiget og skattepligtigt ved salg. Sparekassen der i UfR 1969, 319 H var køber, og F.D.B. i UfR 1968, 859 Ø var undergivet de dagældende regler om kooperationsbeskatning, hvorfor der for så vidt angår fordelingen på dette punkt ikke var modstridende interesser, idet køber herefter ikke havde afskrivningsret på den erhvervede goodwill³⁰⁸. I begge sager havde køber til hensigt at nedrive de erhvervede bygninger, hvorfor disse ikke repræsenterede et fremtidigt afskrivningsgrundlag. De to sager kan derfor siges at være udtryk for korrektion i tilfælde af et interessefællesskab, der konkret indebar, at parterne manglede interesse i at kvalificere en del af vederlaget som betaling for goodwill. Sagerne kan dog også tages til indtægt i en situation, hvor den ene part er uden interesse i, hvordan kvalifikationen sker, jf. herom nedenfor. I en kommentar til højesteretsdommen anfører højesteretsdommer *H. Schaumburg* i UfR 1969 B, s. 239 om korrektionsadgangen, at det er almindeligt antaget, at skattemyndighederne i situationer som de foreliggende kan skønne over, om der reelt er tale om et vederlag for goodwill, og derved afvige omgælder af beskatningsreglerne.

Sale and lease back-arrangementer har tillige i praksis givet anledning til prøvelse om korrektion uden for generelle interessefællesskaber. Korrektion i disse tilfælde er foretaget som værdikorrektioner. Se hertil navnlig TfS 1996, 496 H *Steen Sindet-Pedersen* og TfS 1996, 497 H *Harry Moselund Christensen*, hvor der blev foretaget værdikorrekti-

308. Jf. *Michael Serup* i R&R 1990/7, s. 45 med note 40.

oner mellem parterne i et sale and lease back-arrangement. Faktum i de to sager er nærmest identisk, hvorfor de følgende bemærkninger gælder begge domme. Sagerne blev af skattemyndighederne ført mod to skatteydere, der var interessenter i hver sit leasinginteressentskab. Disse leasinginteressentskaber var etableret og udbudt af Jyske Bank. Interessentskaberne i begge sager havde købt en række driftsmidler af et andelsselskab og i forbindelse hermed tilbageleaset disse til andelsselskabet. Interessentskaberne havde tegnet garanti hos Jyske Garanti A/S, hvorved dette selskab fik en køberet til driftsmidlerne ved leasingperiodens udløb. Samtidig blev der ydet et lån til interessentskabet fra A/S Jyske Bank. Driftsmidlerne blev i TfS 1996, 496 H værdiansat til 60%/40% af nyværdien, uagtet at driftsmidlerne var ca. 20 år gamle. Samtidig fremgik det af aftalegrundlaget, at Jyske Garanti A/S efter leasingperiodens udløb (8 år) kunne overtage de leasede genstande til 10% af købesummen. I TfS 1996, 497 H blev driftsmidlerne ansat til nyværdien. Efter 8½ år kunne garantiselskabet købe driftsmidlerne til 15% af den oprindelige købssum. Værdiansættelsen af driftsmidlerne blev kritiseret af skattemyndighederne, idet der fandtes at være tale om urealistiske handelspriser. Følgelig blev priserne i henhold til et skøn nedsat til omtrent halvdelen af overdragelsesprisen. I arrangementet indgik tre parter: Køber, sælger og det selskab, der afgav garanti for arrangementet. Højesteret tilsluttede sig Skatteministeriets argumentation om, at aftaleparterne i sale and lease back-arrangementet havde haft en fælles interesse i en høj værdiansættelse af driftsmidlerne, hvorved skattemyndighederne var berettigede til at tilsidesætte værdiansættelsen og ansætte den efter et samlet rimeligt skøn. Det konkrete interessefællesskab bestod i, at andelsselskabet var kooperativt beskattet, hvorved dets nettoindtægter ikke undergives direkte beskatning, ligesom salget af de nedskrevne driftsaktiver til værdier langt over de bogførte værdier ikke udløste beskatning på anden måde end gennem beskatningen af formuen i selskabet³⁰⁹. Investorerne i projektet havde en interesse i en høj pris, idet der herved skabtes et højt afskrivningsgrundlag, et højt investeringsfradrag samt en høj pristalsregulering. Endnu tydeligere fremkommer interessefællesskabet dog ved, at overdragelsesprisen og leasingydelsen var afpasset hinanden, således at arrangementet gav et

309. Det er formentlig heller ikke uden skattemæssig begrundelse, at samtlige tilsvarende leasingarrangementer indeholdt en overtagelse af driftsaktiver fra netop andelsselskaber.

tilfredsstillende resultat efter skat. Garantiselskabet havde ligeledes en interesse i en høj pris, idet denne medførte en høj garantiprovision, samtidig med at der herved ikke skabtes en forøget risiko, idet andelselskabet afdragsfrit gav henstand med halvdelen af købesummen indtil leasingperiodens udløb. Værdikorrektionen medførte konsekvenser dels for andelsselskabets skatteansættelser gennem ændret formuegrundlag for beregning af indkomst, dels for investorerne gennem ændrede indkomstopgørelser ved påvirkning af afskrivningsgrundlag, investeringsfradrag, leasing- og renteydelser, ligesom der blev foretaget efterbeskatning i relation til investeringsfondsloven og etableringskontoloven.

I disse nævnte situationer har der ikke været tvivl om tilstedeværelsen af et konkret skattemæssigt interessefællesskab, og korrektionsadgangen har aldrig været betvivlet, hverken hvad angår værdi- eller fordelingskorrektioner, ligesom hjemlen hertil ikke har været diskuteret. Behovet for korrektion er til stede i disse situationer, idet fiscus så at sige mister den beskatning, som en gennemførelse af salget på normal og sædvanlig vis ville have udløst³¹⁰. Spørgsmålet er imidlertid, om skattemyndighederne kan gribe korrigerende ind over for den *fordeling* af et vederlag, der er sket mellem uafhængige parter (fordelingskorrektion) ved overdragelse af flere aktiver³¹¹. Overdrages der kun ét aktiv, er der ikke noget korrektionsgrundlag³¹².

På den ene side kan der argumenteres for, at en sådan indgriben i aftalefriheden er utilstedelig og aldrig bør kunne finde sted, idet en sådan korrektionsadgang kan få uoverstigelige konsekvenser for blandt andet virksomhedsoverdragelser. Ligeledes kan det mod en sådan korrektionsadgang anføres, at begrebet økonomisk uafhængige parter netop indebærer, at der ikke undrages fiscus provenu. Dette understøttes af, at sælgers skattefrihed modsvares af købers manglende afskrivningsret, hvorfor der intet opnås ved en omfordeling ud over at forrykke balancen mellem aftalens parter, idet sælgers provenu formindskes, og køberen tilsvarende begunstiget i forhold til de til grund

310. Jf. *Jan Pedersen* i R&R 1996 SM, s. 3, om rationalet bag korrektion af såkaldte skattealg.

311. Jf. *Michael Amstrup* i SpO 1989, s. 297 ff, og TfS 1991, 534, *Michael Serup* i R&R 1990/7, s. 42 f, og samme i TfS 1991, 298, *Niels Lauesen* i SpO 1989, s. 341 ff, og *Ole Bjørn* i FSR's årsskrift, skatteret, 1990, s. 33 ff.

312. Se eksempelvis om spørgsmålet *Jakob Bundgaard* i Armslængdeprincippet & Transfer pricing, 2001, s. 384 ff.

Del IV – Konfrontation

for aftalen liggende forudsætninger. Afgørende for argumentationen mod korrektionsadgangen har endelig været en vægtning af skatteyderens retssikkerhed højere end hensynet til en strikt opgørelse af ligningsgrundlaget.

Af den foreliggende domspraksis på området kan det udledes, at aftaleparter, uanset deres interessemodsætningsforhold, ikke kan disponere over det skatteretlige kvalifikationssystem³¹³. Skattemyndighedernes korrektion går ikke på at ændre de aftaler, der er indgået mellem parter med reelt interessemodsætningsforhold, men alene at foretage en skatteretlig omkvalifikation af den benævnelse, som parterne har valgt at give deres aftale. Er den af parterne valgte betegnelse klart urigtig, må skattemyndighederne formentlig også i den situation være berettigede til at sætte den rette kvalifikation på det, der er det reelle i aftalen. Skattemyndighederne skal i disse situationer føre et uomtvisteligt bevis for rigtigheden af en sådan ændret kvalifikation³¹⁴.

Endelig prøvelse i Højesteret fik spørgsmålet ved TfS 1998, 731 H *Villy Jensen*. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en del af vederlaget for overdragelse af 4 rutebiler tilhørende kontraktkørsel for et

313. Jf. også LV 2005 E.I.4.1.3.1.

314. Første helt rene tilfælde, hvor domstolene har haft lejlighed til at tage stilling til, om ligningsmyndighederne har ret til at omkvalificere uafhængige parter fordeling af vederlag, er TfS 1991, 471 Ø *Boet efter Angela Rasmussen*. Sagen drejede sig om afgrænsning af goodwill i forhold til afståelse af retten ifølge lejemål. Østre Landsret støttede imidlertid skattemyndighedernes standpunkt om, at der var sket så markante afvigelser mellem de aftalte værdier og de reelle værdier, at en omkvalifikation (fordelingskorrektion) blev opretholdt. Landsretten fastslog herved formentlig også, at såfremt skattemyndighederne kan dokumentere, at der reelt er overført et aktiv til køber, som ikke selvstændigt er kvalificeret og værdiansat i aftalen, kan et kontrolskøn udøves af myndighederne, når parternes aftale utvivlsomt overfører det pågældende aktiv, og aktivet rummer en ikke uvæsentlig værdi for erhververen, jf. herved *Ole Bjørn* i SR-Skat 1992, s. 12. Dommen blev efterfølgende anket til Højesteret, men Skatteministeriet tog siden bekræftende til genmæle, jf. TfS 1994, 755 H. Af Skatteministeriets kommentar i TfS 1994, 757 fremgår imidlertid, at udfaldet alene skyldtes en syns- og skønssag, hvorefter værdien af goodwill skønnedes at udgøre 700.000 kr. Det anføres, at retsforliget dog ikke er udtryk for, at Skatteministeriet i tilsvarende sager vil frafalde synspunktet om omkvalificering af vederlag aftalt mellem parter med et reelt modsætningsforhold, hvis fordelingen af vederlag ikke anses for at modsvare de underliggende, faktiske forhold. Tilsvarende resultat ses i TfS 1993, 32 V *Åge Frølund ApS*. Sagen vedrørte afgrænsningen mellem goodwill og opgivelse af retten ifølge lejekontrakt og er så vidt ses den første sag, hvor det fra skatteyderens side blev bestridt, at der bestod en korrektionsadgang i aftaler mellem parter med modstridende interesser. Dommen er kommenteret af *Michael Serup* i TfS 1993, 37. Praksis er opretholdt i TfS 1995, 549 V, og TfS 1995, 550 V, begge vedrørende *Frede Møller*. I TfS 1992, 56 LSR blev der ikke fundet anledning til at tillade korrektion.

regionalt trafikselskab kunne kvalificeres som personlig goodwill for sælgeren. Faktum i sagen var en vognmand, der havde kontrakt med et regionalt trafikselskab om rutekørsel med busser. Vognmanden solgte 4 busser til et privat selskab, som efter aftale med trafikselskabet overtog den pågældende rutekørsel. Parterne havde fordelt den aftalte købssum således, at vederlaget for vognparken udgjorde 5 mio. kr., mens goodwill var aftalt til 500.000 kr. Skattemyndighederne fandt, at de 500.000 kr. ikke vedrørte goodwill, men var en af dagældende lov om særlig indkomstskat § 2, nr. 5, omfattet rettighed. Højesteret lagde til grund, at køber og sælger ikke havde sammenfaldende skattemæssige interesser i forbindelse med overdragelsen af busvirksomheden med tilhørende kontraktkørsel. Højesteret nåede dog frem til, at skattemyndighederne uanset dette, ikke ved den skattemæssige behandling er bundet af den benævnelse, parterne har valgt at give et aktiv, som er omfattet af overdragelsen, såfremt aktivet i virkeligheden har en anden karakter end den, der fremgår af parternes benævnelse. Højesteret tiltrådte derfor efter karakteren af den overdragne virksomhed og indholdet af kontrakten med trafikselskabet, at der ikke ved overdragelsen var sket en afståelse af goodwill, hvorfor afhændelse af kontraktrettighederne var skattepligtige efter dagældende lov om særlig indkomstskat § 2, nr. 5, om blandt andet forpagtningskontrakter³¹⁵.

På denne baggrund må det antages, at ligningsmyndighederne i en række tilfælde kan korrigere *fordelingen af vederlaget*, fordi det kan konstateres, at én af parterne i større eller mindre grad er uden konkret interesse i fordelingen³¹⁶. Området for sådanne korrektioner vedrø-

315. Efterfølgende praksis med dommen i TfS 1998, 459 V *Claus Vinter Poulsen* er i overensstemmelse hermed. Et tilsvarende resultat fremkom i TfS 1995, 280 V *Skovs Bageri A/S*, hvor en fraflytningsgodtgørelse omkvalificeredes fra goodwill til betaling af opgivelse af lejemål, dog uden at der herved fremkom principielle overvejelser i Landsrettens bemærkninger.

316. Tilsvarende ses af Østre Landsrets domme der ligger til grund for TfS 2001, 231 H *Handelsselskaber af 21.01. 1983* og TfS 2002, 563 H *Køkken Interior ApS*. Sagerne vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt betalinger til eneforhandlere ved ophør af eneforhandlingsaftalerne kunne anses som betaling for goodwill. Landsretten fandt i begge sager, at parternes kvalifikation og behandling af beløbene som goodwill ikke var bindende for skattemyndighederne, og der blev dermed foretaget en fordelingskorrektion derved at beløbene i stedet for en skattefri goodwillbetaling blev anset som godtgørelse i anledning af opgivelse af agentur eller lignende, jf. dagældende lov om særlig indkomst § 2, nr. 9. Højesteret fandt derimod, at kundekredsen måtte antages at tilhøre producenten, hvorfor der følgelig ikke kunne blive tale om betaling for goodwill til eneforhandlerne. Se tillige TfS 2002, 288 H *Bakemark Danmark A/S*. Dommene er omtalt hos Ole Bjørn i SR-Skat 2003, s. 174 ff.

rende goodwill må antages at være indsnævret de seneste år, idet goodwillbeskatning i 1993 blev genindført, ligesom der med overførslen af immaterialretsbeskatningen til afskrivningsloven er sket en yderligere harmonisering, således at såvel beskatningen på sælgersiden som på købersiden i form af skattemæssige afskrivninger er harmoniseret³¹⁷. Det må også antages, at der her vil være korrektionsmulighed. Hvis der er modstridende interesser mellem parterne, skal skattemyndighederne respektere disses aftale³¹⁸. En indgriben forudsætter tilsyneladende, at der *dels* kan påvises en fælles skatteretlig interesse eller et manglende interessemodsætningsforhold, *dels* at der påvises et misforhold mellem de anvendte økonomiske vilkår og de hertil svarende markedsmæssige vilkår. Praksis om korrektion ved konkrete interessefællesskaber er forudsat opretholdt med forarbejderne til LL § 2³¹⁹. Rene liebhaverkøb må derimod accepteres i skattemæssig henseende.

Den behandlede domspraksis er vanskelig at rubricere. Dog må det antages, at en del af den foreliggende praksis kan siges at udgøre vilkårskorrektioner af den samlede værdi af overdragne aktiver. Realiteten i sådanne overdragelser anfægtes ikke, og der må følgelig spørges, hvor fornøden hjemmel til sådanne korrektioner findes. Efter min opfattelse er hjemlen til de foretagne korrektioner tvivlsom, idet der ligger en fikseringstankegang til grund herfor, derved at en forhøjelse af sælgers afståelsessum medfører beskatning af en ikke-realiseret indkomst. Der ligger dog utvivlsomt en anvendelse af indkomstbegrebet i SL § 4 til grund for den eksisterende praksis³²⁰. Denne del af praksis kan imidlertid også anskues som værende udtryk for, at skattemyndighederne har en vidtstrakt adgang til fortolkning af den indgåede aftale, således at en ikke angivet direkte eller indirekte vederlæggelse naturligvis må indgå ved opgørelsen af anskaffelses- og afståelsessum³²¹. En

317. I TfS 2006, 36 H *Flemming Jensen*, bestod det konkrete interessefællesskab i, at sælger af brugt smørefedt ønskede at forynge et underskud, der var tæt på udløb. Metoden bestod i, at skatteyderen solgte den værdiløse smørefedt til tredjemand for et anseeligt beløb. Hermed skabtes en indkomst som kunne udlignes skatteyderens gamle underskud. Året efter ønskede skatteyderen af fradrage tab på forretningsdebitorer. Køber kunne samtidig foretage nedskrivning for ukurans for den værdiløse smørefedt.

318. Jf. LV 2005 E.I.2.1 og LV 2005 E.I.3.2.

319. Jf. L 101, lov nr. 432 af 26.6.1998.

320. Jf. formentlig repræsentativt *Henrik Dams* udsagn i *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 599, men modsat *Bent Ramskov*: *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 406, med note 100.

321. Jf. *Jan Pedersen* i R&R 1996 SM 3. Se eksempelvis TfS 1996, 155 H *Mogens Riber & Co. A/S i likvidation*, hvor en fortolkning af parternes overdragelsesaftale førte til at en del

fortolkning af parternes aftale udgør dog formentlig ikke hele forklaringen på eksisterende praksis.

En del af praksis kan dog også siges at stadfæste synspunktet om, at skatteyderne skal kalde tingene ved deres rette navn og altså ikke frit kan råde over det skatteretlige kvalifikationssystem. Denne del af praksis vedrører udelukkende fordeling af overdragelsessummer. Hermed kan der siges at være tale om en realitetsfortolkning af sagernes faktum, herunder af det mellem parterne eksisterende aftalegrundlag. Den foretagne omkvalifikation kan i disse situationer ikke anskues som en indkomstskabende dispositionskorrektur, idet den samlede beskatning ikke ændres, og korrektionen typisk vil være provenuneutral.

5.2.5.4. Vurdering – evalueringsprocessens trin 3-4

Den objektiverede misbrugsstandard, der etableres med armslængdeprincippet, indebærer som allerede nævnt en generel skatteretlig fravigelse fra privatautonomien. I aftaleretten kendes det også i henhold til læren om bristede forudsætninger, at der kan foretages korrektioner, der indebærer en forhøjelse af et vederlag eller en pris.

Just ovenfor er armslængdeprincippets hjemmelsgrundlag fastslået. Der er således primært hjemmel i LL § 2 til foretagelsen af egentlige armslængde korrektioner. Reglen udtrykker en objektiv misbrugsstandard³²². Formålet med LL § 2 er at sikre, at interesseforbundne parter ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst anvender priser og vilkår for deres transaktioner, der svarer til de priser og vilkår, uafhængige parter ville fastsætte for tilsvarende transaktioner. Bemærkningerne til bestemmelsen (L 101, jf. lov nr. 432 af 26.6. 1998) redegør ikke nærmere for, hvori misbrugsrisikoen består i de omfattede generelle interessefællesskaber. Dog henvises der til bemærkningerne til den nu ophævede SEL § 12, for så vidt angår grænseoverskridende koncernforhold. Disse betragtninger udgør fortsat en dækkende beskrivelse af, hvori misbrugsmulighederne består i koncernforhold. I bemærkningerne til SEL § 12, var anført følgende: »... Bestemmelserne i stk. 1 og 2 tilsigter at ramme forsøg på omgåelse af skattepligten i tilfælde, hvor er-

af overdragelsessummen ved en virksomhedshandel ikke, som skatteyderen ønskede det, blev behandlet som skattefri goodwill, men i stedet blev anset som værende vederlag for afståelse af rettigheder som omhandlet af § 2, nr. 4, i dagældende lov om særlig indkomstskat.

322. Misbrugsbegrebet er således bredt anvendt. Misbruget omfatter in concreto et institutionelt misbrug af aftalefriheden med henblik på at omgå en skattepligt.

Del IV – Konfrontation

hvervsvirksomhed her i landet udøves af et datterselskab af et udenlandsk moderselskab eller som en filialvirksomhed af en i udlandet beliggende hovedvirksomhed, og hvor det kan befrygtes, at man ved regnskabsmæssige manipulationer og vilkårlige kalkulationer søger at reducere datterselskabets eller filialens regnskabsmæssige overskud og dermed den her i landet skattepligtige indkomst. Bestemmelsen afgiver en udtrykkelig hjemmel for de skatteligende myndigheder til i sådanne tilfælde at tilsidesætte regnskaberne og ansætte indkomsten på grundlag af et skøn over, hvilken fortjeneste der under frie vilkår må antages at ville være opnået på grundlag af den stedfundne omsætning. Dette princip følges allerede nu i praksis, og må siges at have vundet almindelig international hævd, bl.a. også ved afslutningen af aftaler til undgåelse af dobbeltbeskatning ...». Det ses herved, at reglen tilsigtede at hindre omgåelse af skattepligten gennem et misbrug af aftalefriheden.

Reglen i LL § 2 er som nævnt formuleret objektivt, hvorved samtlige dispositioner og transaktioner, der omfattes af reglen, skal opfylde armslængde standarden. Kravet er for så vidt uafhængigt af, om der konkret består en mulighed for at opnå skattemæssige besparelser ved at disponere i strid med armslængdeprincippet. I hovedsagen vil der dog ikke være vanskeligheder med at fastslå et sådant misbrugsincitament. Efter international målestok udgør den gældende danske selskabsskattesats på 30% ikke nogen høj sats, jf. SEL § 17, stk. 1. Det er derfor muligt, at Danmark kan fungere som lavskatteland såvel som højskatteland i forbindelse med transfer pricing dispositioner. I de tilfælde, hvor Danmark udgør et højskatteland i forhold til andre lande, hvori koncernen er repræsenteret, består der en reel mulighed for et provenutab gennem transfer pricing teknikker. Derimod består der ikke en tilsvarende risiko, når Danmark udgør et lavskatteland eller blot har et tilsvarende beskatningsniveau. Det kunne i denne forbindelse anføres, at bevarelse af udenlandsk provenu ikke er et dansk skattepolitisk anliggende. Selvom skattemyndighederne har bevisbyrden for, at der ikke er handlet på markedsmæssige vilkår, ligger der ikke heri noget krav om, at der skal bestå et skattemæssigt motiv til at skævvride de interne afregningspriser.

Der fremgår ikke overvejelser om bestående eller potentielle misbrugsmuligheder for de øvrigt omfattede skattesubjekter i henhold til LL § 2. Nationale koncernoverførsler kan være begrundet i mange forhold, herunder også skattemæssige, selvom der oftest ikke består nogen egentlig forskel i den skattemæssige behandling af de danske

koncernenheder. Der kan dog være tale om, at der overføres indkomst fra et overskudsgivende til et underskudsgivende selskab med henblik på at udnytte de eksisterende underskud til udligning af koncernens overskud. Grænseoverskridende transaktioner mellem hovedaktionærer og disses selskaber kan indebære tilsvarende fordele, som gør sig gældende i koncernforhold. Ydermere gælder det generelt, for så vidt angår hovedaktionærforhold, at den for selskabsbeskatningen karakteristiske økonomiske dobbeltbeskatning kan søges undgået. Dette kan ske dels ved en undgåelse af selskabsbeskatningen, gennem en maskering af udbytte som en fradragsberettiget udgift, eller ved at aktionærbeskatningen undgås, derved at man på forskellig vis maskerer udbyttebetalinger til selskabsdeltagerne. Skattemyndighederne må påse selskabers og selskabsdeltageres transaktioner med henblik på at sørge for, at den økonomiske dobbeltbeskatning forbliver en realitet. Hensynet er herved også klart og sigter til at imødegå skatteretsmisbrug. Dog er de skattemæssige incitamenters ikke længere så åbenbare som tidligere, hvad angår visse typer af maskeret udbytte. Tidligere, da aktieudbytte i hovedreglen var klassificeret som kapitalindkomst, havde selskabet og aktionæren en klar fælles interesse i en maskering af udbytte som løn eller tantieme. I dag er situationen en smule anderledes, idet aktieudbytte beskattes som aktieindkomst. En undgåelse af dobbeltbeskatningen er stadig mulig, men aktionæren vil i dag have større personlig interesse i at modtage betalingen som deklareret udbytte. Dette skyldes, at aktionæren beskattes med en lavere skattesats ved en ordinær udlodning end ved en løn- eller tantiemeudbetaling. Selskabet vil ligesom tidligere have større fordel ved en udbetaling af løn eller tantieme frem for udlodning, idet selskabet derved opnår fradragsret for driftsudgifter jf. SL § 6a. Fællesinteressen er i hovedtilfældene derfor væk, hvorfor antallet af tilfælde, hvor løn og tantieme bruges til maskering af udlodning, er blevet stærkt reduceret. I nyere tid har eksercitsen snarere været at undgå den progressive personbeskatning ved at overføre indkomster til lavere beskattede selskaber.

Reglerne i EBL § 4, stk. 5.-7 og AFL § 45, stk. 2-4, tager sigte på at sikre en markedsmæssig fordeling og opgørelse af overdragelsessummer. Hensynet er ligeledes her at imødegå misbrug som følge af et interessefællesskab. Der forudsættes ved denne korrektionshjemmel et skattemæssigt incitament, men der indgår ikke noget egentligt beviskrav for skattemyndighederne, hvad angår skatteincitamentet i denne forbindelse.

Den domstolspraksis, hvorefter der kan foretages værdi- og fordelingskorrektioner i konkrete interessefællesskaber, er dels fremkommet med henblik på at sikre markedsmæssighed i overdragelser mellem de konkret interesseforbundne parter, dels fremkommet med henblik at imødegå vilkårlighed i skatteydernes kvalifikation af skatterrelevante dispositioner.

Adgangen til vilkårskorrektion tilsigter således på et objektivt grundlag at hindre visse former for skatteretsmisbrug. Det er fremhævet, at der i flere tilfælde må antages at bestå skattemæssige korrektionsmuligheder uden, at der konkret kan konstateres et skattemæssigt incitament til at foretage det forudsatte skatteretsmisbrug. Denne konstatering har en vis betydning i henseende til en bedømmelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Det erindres, at der, for så vidt angår den skatteretlige respekt for privatautonomien, består et stærkt koordinationsbestemt- og et middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav. Heraf må udledes det essentielle forhold, at der bør foreligge stærke skatteretlige grunde til at gennemføre en fravigelse fra privatautonomien. Hindring af skatteretsmisbrug på et objektivt grundlag udgør utvivlsomt et sådant stærkt skatteretligt hensyn. Dette hensyn ligger til grund for de behandlede retsregler. Heraf følger, at en skatteretlig regulering, der hjemler vilkårskorrektioner til modvirkning af visse former for skatteretsmisbrug, generelt må anses som værende legitime og acceptable i relation til retssystematiske overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Der er dog anledning til at være opmærksom på, at der ikke i forbindelse med lovhjemlede vilkårskorrektioner indgår en subjektiv hensigtsbedømmelse. Hertil kommer, at det ikke ved korrektionsbedømmelsen tillægges betydning om de pågældende skatteydere objektivt befinder sig i en situation, hvor det forudsatte type-misbrug kan udøves. Det er uheldigt på denne vis at formulere regler med et så bredt anvendelsesområde, uden at der tages hensyn til, om det forudsatte misbrug kan forekomme og faktisk forekommer³²³. Hermed ikke sagt at LL § 2 generelt er uhensigtsmæssig. Blot er der anledning til at være opmærksom på den generelle undladelsen af at ind-

323. Men et bredt anvendelsesområde refereres alene til den manglende konkrete incitamentsbedømmelse. Det erindres, at LL § 2, i øvrigt antages at være en snæver bestemmelse, der udelukkende omfatter de nærmere opregnede egentlige hovedaktionærforhold, koncernforhold og forholdet mellem faste driftssteder og hovedvirksomhed. Transaktioner i familieforhold og andre de facto interessefællesskaber omfattes ikke af bestemmelsen.

drage subjektive forhold svækker de skatteretlige hensyn, der kan fremhæves som argumenter for en generel teoretisk accept af vilkårskorrekationer som udtryk for skatteretlige fravigelser fra civilretten. Spørgsmålet bør overvejes i forbindelse med udformningen af objektive misbrugsregler. I betragtning af, hvor vanskelige bedømmelser og skøn sager om armslængdeprincippet kan indebære, forekommer det relativt simpelt at indføre en standardiseret incitamentsundersøgelse for hver enkelt sag, der i det mindste indebærer en undersøgelse af forskelle i skattesatser mv. Det kunne også anføres, at det er helt uden betydning at vurdere de konkret forekommende skattemæssige incitamenter til at gennemføre skatteretsmisbrug. Hertil må dog repliceres, at skattelovgivningen udformes med henblik på at varetage bestemte formål. Såfremt der konkret ikke er tale om at varetage disse forudsatte hensyn, vil det være vanskeligt at se, hvilke hensyn der i givet fald tilgodeses. Er der ud fra en objektiv vurdering ikke mulighed for at gennemføre skatteretsmisbrug, kan det ikke være misbrugshensynet, der varetages af lovgivningen, men i stedet andre ikke klarlagte og utilsigtede hensyn. En vidtgående udlægning af LL § 2 kunne derfor være, at der efter en formålsfortolkning ikke vil være grundlag for at anfægte vilkår mellem afhængige parter, selv om disse ikke opfylder armslængdeprincippet, i det omfang der ikke kan konstateres et misbrugsincitament eller endda et konkret misbrug³²⁴. Disse situationer vil dog formentlig i praksis udgøre de færreste tilfælde.

Med visse forbehold, må det sammenfattende konstateres, at adgangen til vilkårskorrekationer i dansk skatteret er baseret på et reelt misbrugshensyn, hvorfor en sådan standardiseret afvigelse fra privatautonomien må godtages trods det konstaterede stærke og middelstærke kongruenskrav. Det samme gælder vilkårlighedshensynet ved at forhindre skatteyderne i at råde over det skatteretlige kvalifikationssystem samt misbrugshensynet bag de gennemførte værdikorrekationer i konkrete interessefællesskaber.

324. Et sådant resultat har dog ikke juridisk støtte, når der én gang er lovgivet gennem objektive lovregler. Et tilsvarende resultat kunne anføres om SEL § 11 vedrørende tynd kapitalisering, jf. herom *Jakob Bundgaard* i SR-Skat 2001, s. 83 ff, hvor antagelsen ligeledes tilbagevises.

5.2.6. Dispositionskorrektioner de lege lata

5.2.6.1. Generelt

Som anført findes der ikke nogen egentlig lovfæstet omgåelsesklausul i dansk skatteret³²⁵. Debatten om skatteudnyttelser har været ført under overskrifter som omgåelse og proforma, omgåelsesklausul, generalklausul samt realitetsgrundsætningen³²⁶. Det er kendetegnende for denne diskussion, at den samme retspraksis er blevet taget til indtægt for vidt forskellige standpunkter. Det almindelige standpunkt har været, at omgåelsesproblematikken skal løses med udgangspunkt i almindelig lovfortolkning. Se hertil eksempelvis Aage Michelsen der anfører, at »... udgangspunktet må være, at omgåelsesproblemet i almindelighed skal løses ved almindelig lovfortolkning og almindelige retsanvendelsesprincipper, således at den omstændighed, at der foreligger en »omgåelseshensigt«, kun indgår som én blandt mange andre faktorer i fortolkningsprocessen – i særlige tilfælde dog med betydelig vægt. Den videre konsekvens af denne opfattelse må være, at »omgåelsestilfælde«, som det ikke er muligt ved anvendelsen af almindelige fortolkningsprincipper at indpasse under en beskatningsregel, må løses ad lovgivningsvejen ved indførelse af specialregler på områder, hvor »tilfældene« opstår. Denne opfattelse af omgåelsesproblemet udelukker ikke, at omgåelsessynspunktet i visse tilfælde får en så fremtrædende plads ved lovfortolkningen, ... [...] ... at det måske forekommer noget anstrengt at tale om almindelig lovfortolkning ...«³²⁷. Klart er det således, at forfatteren ikke finder at der eksisterer en realitetsgrundsætning. Samme forfatter be-

325. De eneste lovregler hvorefter et omgåelsessynspunkt i sig selv kan bære en skatteretlig afgørelse er formentlig omgåelsesklausulerne i moder-/datterselskabsdirektivets (90/435/EØF) art 1, stk. 1, fusionsbeskatningsdirektivets (90/434/EØF) art. 11, stk. 1 og rente/royaltydirektivets (2003/49/EF) art. 5. Disse bestemmelser er ikke som sådan implementeret i dansk ret, men navnlig klausulen i fusionsdirektivet håndhæves i Danmark gennem tilladelsespraksis til omstruktureringer. Der fandtes tillige i den tidligere gældende § 5 c i arve- og gaveafgiftslov en omgåelsesklausul, hvorefter samme afgift som arv ved en persons død svarede af overdragelser, som vedkommende person havde foretaget til omgåelse af afgiftspligten i henhold til loven.

326. Se herom Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 35 ff, samme i TfR 1963, s. 347 ff, samme i TfS 1988, 402, og samme i Dansk Skattevidenskabelig Forenings jubilæumsskrift, 1990, s. 46 ff, Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1989, samme i Skatteretten 1, 2004, s. 131 ff, samme i SkatteNytt 1992, s. 574 ff, samme i SkatteOrientering Ø.5, 2000, Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 100 ff, og samme i SpO 1984, s. 97 ff, NSFS nr. 3, Kringgående av skattelag, 1975, Betænkning nr. 1060, 1985, s. 162 ff, Robert Koch Nielsen i UfR 1973 B, s. 103 ff, og samme i SpO 1984, s. 46 ff, samt Niels Lauesen i TfS 1988, 365, og samme i TfS 1993, 85.

327. Jf. Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 101. Se også Jens Feilberg Jørgensen: Omgåelse af retsregler, 1966, s. 235. Det har hidtil været den almindelige antagelse af vi ikke i

nytter (og anerkender formentlig) tillige sondringen mellem dispositions- og vilkårskorrektioner³²⁸. Det er uklart, hvilket hjemmelsgrundlag der påberåbes til foretagelsen dispositionskorrektioner, når ikke realitetsgrundsætningen kan antages at eksistere. Dog må det nok antages, at forfatteren finder et sådant hjemmelsgrundlag i princippet om rette indkomstmodtager, der videre antages at være hjemlet i SL § 4.

Til dels som en modreaktion herpå har *Jan Pedersen* i sit doktorafhandlingsarbejde argumenteret for, at der i stedet af praksis kan udledes en ulovreguleret domstolsskabt generalklausul- »generalklausulen om skatterettens realitetskrav« eller »realitetsgrundsætningen«³²⁹ til brug for afgrænsningen af skattetænkning og skatteunddragelse³³⁰. Det anføres herved, at udnyttelsesproblematikken ikke lader sig løse ud fra omgåelses- og proformaterminologien, idet en løsning med udgangspunkt heri, efter forfatterens opfattelse, er udtryk for en cirkelløsning, der placerer retsanvendelsen på det sted, hvor problemet blev formuleret³³¹. Det anføres, at omgåelse netop aktualiseres når det er klart, at almindelig fortolkning er udelukket³³².

dansk ret har behov for en lovfæstet generalklausul. En sådan foreslås nu indført af *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* i SpO 2004, s. 11 f. Den anviste løsning giver dog næppe reel vejledning i spørgsmålet.

328. Jf. R&R 1999 SM 150, og R&R 1998 SM 41.

329. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, og samme i Skatteretten 1, 2004, s. 138 f, samme i SkatteOrientering Ø.5, 2000, samme i TFS 2000.142 og samme i SkatteNytt 1992, s. 574 ff.

330. Normalt anvendes en sondring mellem tre former for skatteudnyttelse bestående af: Lovlig skatteplanlægning (skattetænkning), ulovlig skatteunddragelse, og skatteomgåelse i bred forstand, jf. Betænkning nr. 1060, 1985, s. 167 ff. Endnu mere rammende er måske inddelingen hos *Jan Pedersen* i Skatteudnyttelse, 1989. Forfatteren sonder mellem tre former for skatteudnyttelse: skattetænkning, skatteunddragelse og skattesvig. Skattetænkning anvendes om skatteudnyttelser, som efter en retlig prøvelse ikke kan konstateres at være i modstrid med skattelovgivningen. Den skattepligtiges tilstræbte skattefordel realiseres derved på lovlig vis. Betegnelsen skatteunddragelse anvendes til beskrivelse af skatteudnyttelser, som ikke er overensstemmende med gældende skatteret. Den af den skattepligtige tilstræbte skattefordel tilsidesættes derfor af skattemyndighederne. Skatteunddragelse er således udtryk for, at den indleverede selvangivelse ikke har været korrekt. Endelig benyttes betegnelsen skattesvig om de skatteudnyttelser, som ikke blot er i modstrid med de materielle skatteregler, men samtidig udløser et strafansvar for overtrædelse af skattekontrollovens straffebestemmelser. Af forfatterens senere arbejder kan det formentlig udledes, at han har sidestillet og til dels afløst samlebetegnelsen »skatteudnyttelse« med samlebetegnelsen »retsmisbrug i skatteretten«, jf. fremstillingen i SkatteOrientering Ø.5, 2000.

331. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 437.

332. Argumentationen fortsættes loc.cit. med et udsagn om, at et omgåelsesproblem således ikke kan løses uden et utilstedeligt og ulovligt brud med legalitetskravet, idet retsanvendelsen er tvunget ind i det retstomme rum.

Ovenfor er redegjort for sondringen mellem vilkårskorrektioner og dispositionskorrektioner. Sondringen har som nævnt en vis støtte i praksis. Imidlertid er der ikke enighed om, på hvilket retligt grundlag sondringen hviler. Der kan argumenteres for, at dispositionskorrektioner kan foretages i henhold til læren om rette indkomstmodtager og der kan argumenteres for, at dispositionskorrektioner kan foretages i henhold til realitetsgrundsætningen. I det følgende tages der stilling til placeringen af begge disse teorier i gældende ret i relation til dispositionskorrektioner.

5.2.6.2. Læren om rette indkomstmodtager og dispositionskorrektioner

A) Indledning

Ovenfor er læren om rette indkomstmodtager præsenteret, og betydningen heraf for adgangen til vilkårskorrektioner er analyseret. I dette afsnit skal det undersøges om, og i givet fald i hvilket omfang, læren om rette indkomstmodtager har betydning for dispositionskorrektioner, samt i hvilket omfang den eksisterende praksis udtrykker noget andet og mere end blot dispositionskorrektioner. Det må klart lægges til grund, at læren om rette indkomstmodtager spiller en betydningsfuld rolle i dansk skatteret, navnlig når der henses til den hyppighed, hvor med terminologien anvendes i doms- og administrativ praksis. Spørgsmålet er blot, hvor vidtstrakt denne betydning er, samt hvorledes tankegangen kan relateres til andre teoretiske opfattelser. Endelig bør det undersøges, om der ligger en konsensusopfattelse af rette indkomstmodtager-terminologien til grund for praksis herom, ligesom det bør vurderes, om de retlige resultater udspringer af en særlig fortolkning af SL §§ 4-6. Det skal overvejes, om foreliggende praksis er afgjort ud fra læren om rette indkomstmodtager eller realitetsgrundsætningen. Det skal i denne forbindelse overvejes, om modellerne er gensidigt udelukkende, eller om der faktisk er tale om to sider af samme sag om end med visse nuanceforskelle. Udgangspunktet for analysen tages i den foreliggende praksis, herunder navnlig praksis hvor rette indkomstmodtager terminologien er anvendt.

B) Om praksis vedrørende forholdet mellem læren om rette indkomstmodtager og realitetsgrundsætningen

i) Generelt

Det kan formentlig med rette hævdes, at der ikke findes en selvstændig lære om rette indkomstmodtager, men at denne snarere er udtryk for en systematisk samlebetegnelse for en række tilfældegrupper af hjemlede korrektive indgreb ved indkomstforvridninger. Princippet udgør ikke en hjemmel i sig selv. Det blev påvist ovenfor, at læren om rette indkomstmodtager i relation til vilkårskorrekationer blot er udtryk for de tilfælde, hvor der er særlig hjemmel til at foretage sådanne korrektio-
ner. Tilsvarende betragtninger må gøres gældende i relation til dispositionskorrekationer. En forudsætning for, at der kan ske beskatning i henhold til SL § 4, er, at indkomsten skal være realiseret. Der er således ikke hjemmel til beskatning efter læren om rette indkomstmodtager som et strukturelt selvstændig fænomen eller selvstændigt princip, der eksisterer løsrevet fra hjemmelsmæssige overvejelser³³³. Den blotte omstændighed, at der foreligger indkomstforvridning, kan ikke i sig selv antages at ændre herpå, idet læren om rette indkomstmodtager i givet fald så måtte opfattes som en egentlig omgængelseslære og ikke en fortolkning af SL § 4³³⁴. Det afgørende må være, *hvorvidt skatteyderen har disponeret over indkomsten*, og dermed om denne kan siges at have *passeret skatteyderens økonomi*³³⁵. Er dette tilfældet, er der tale om en realiseret indkomst i skatteretlig henseende³³⁶. Der ses imidlertid herved også i denne betragtning at ligge en fiktion. Indkomsten vil som oftest

333. En fastholdelse af princippet som selvstændigt retligt fænomen vil på denne baggrund i et eller andet omfang antage karakter af begrebsjurisprudens.

334. En sådan udlægning har ej heller næppe nogensinde haft tilslutning i dansk ret.

335. Det antages i almindelighed, at en overdragelse af retten til en indtægt uden samtidig overdragelse af det aktiv, der afkaster indtægten vil medføre, at ejeren af aktivet fortsat vil blive anset som rette indkomstmodtager med skattepligt af indtægten for denne til følge. Selv om ejeren rent faktisk ikke har oppebåret indtægten, siges den at have passeret hans økonomi, hvilket er tilstrækkeligt til at statuere skattepligt. Se herom *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 601, og *Jan Pedersen* i TfS 2001, 284, s. 1116, samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 394, *Ole Bjørn* i R&R 1975, s. 177 ff, og *Thøger Nielsen* i UfR 1972, B, s. 201 ff.

336. Synspunktet hos *Christian Homilius* deles således ikke, idet forfatteren i SpO 2000, s. 334, anfører, at læren om rette indkomstmodtager altid indebærer en fiksering af indkomst hos træet. Det må antages, at der er tale om en optjent indkomst også i driftsøkonomisk henseende, i det omfang indkomsten har passeret skatteyderens økonomi. *Jan Pedersen* benytter i TfS 2001, 284 kriteriet om »optjening i driftsøkonomisk henseende«, dog uden at gøre sig nærmere overvejelser om, hvad der netop i driftsøkono-

ikke i egentlig fysisk forstand have passeret skattesubjektets økonomi³³⁷. Hermed ligger der iboende i betragtningen visse afgrænsningsvanskeligheder. Således kan det volde problemer at konstatere, hvorvidt en given indkomst kan siges at have passeret skattesubjektets økonomi eller ej. I visse sager er det åbenbart, at skatteyderen har disponeret over en given indkomst, eksempelvis ved at beløb er faktureret direkte til skatteyderen, eller har passeret dennes bankkonti, modtagelse af en check eller anden fysisk råden. Afklaringen heraf kan dog i praksis være temmelig vanskelig. Vejledende må i denne henseende være, (1) om der kan konstateres en indtægt, (2) hos hvilket skattesubjekt ville denne konstaterede indtægt havne, såfremt der ikke aktivt blev grebet styrende ind fra en fysisk eller juridisk person, (3) der i et ikke nærmere bestemt omfang har haft det i sin magt at gennemtrumfe en ændring af, hvem der skal modtage den omhandlede indtægt. Den sekundært nævnte betingelse må afgøres ud fra en civilretlig vurdering af, hvem der i forhold til en hypotetisk tredjemand ville have et retskrav på indtægten³³⁸. Et eventuelt indtægtsafkald skal gives, inden retskravet er opstået, og afkaldet skal være blankt³³⁹.

Med mindre en given indkomst kan siges at have passeret økonomien hos et skattesubjekt efter de nævnte retningslinier, er der således i mangel af særlig lovhjemmel herfor ikke grundlag for at beskatte en manglende indtægt hos dette subjekt. En sådan lovhjemmel findes ikke til foretagelsen af dispositionskorrektioner.

misk henseende må antages at udgøre optjente indkomster. Samtidig anerkender forfatteren tilsyneladende synspunktet om indkomsters passering af skatteyderens økonomi som udtryk for realiserede indkomster, jf. TfS 2001, 284, s. 1116.

337. Såfremt denne betragtningsmåde generelt anerkendes at være hjemlet i SL § 4, kan bestemmelsens realisationskriterium afvige fra det obligations- og tingsretlige retserhvervestidspunkt. Realisationskriteriet kan således i visse situationer, hvor en indkomst antages at have passeret en skatteyers økonomi siges at udgøre en selvstændig skatteretlig realisation. Som det imidlertid præciseres just nedenfor, må der antages at indgå en civilretlig vurdering ved vurderingen af, om en given indkomst antages at have passeret skatteyderens økonomi.
338. Det erindres herved, at det i praksis netop er et vilkårligt brug af civilretlige aftaler, der ligger til grund for indkomstflytningen.
339. Om indkomstafkald anfører Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1989, s. 394, at, »... Såfremt skatteyderen har givet afkald på en mulig indkomsterhvervelse, vil dette i reglen ikke resultere i noget beskatningskrav. Dette følger allerede af, at der slet ikke er opstået noget retskrav. Er indtægterhvervelsen konkretiseret, er det dog en forudsætning, at afkaldet er »blankt« og givet, inden retskravet er opstået, således at skatteyderen ikke – direkte eller indirekte – disponerer over indtægten. I så fald har indtægten, som det almindeligvis udtrykkes, »passeret skatteyderens økonomi« og derefter gaveoverdraget ...«.

Realitetsfortolkninger i henhold til realitetsgrundsætningen spiller i et vist omfang sammen med den nævnte vurdering. I praksis har spørgsmålet om fastlæggelsen af rette indkomstmodtager spillet den største rolle ved afgrænsningen af selskabsindkomst over for fysiske personers indkomst³⁴⁰. Navnlig har spørgsmålet haft betydning i tilfælde, hvor det på grund af faktiske forhold har været vanskeligt at konstatere, hvem der reelt har erhvervet indkomsten³⁴¹. Om dette kompleks frem-sættes i LV 2005 S.C.1.1.1. følgende anvisninger: »... Spørgsmålet skal løses ved en egentlig bevisvurdering ud fra de konkrete foreliggende oplysninger. Som udgangspunkt må indgåede aftaler respekteres. I tvivlstilfælde må der foretages en konkret vurdering af, om det er selskabet eller personen, der har erhvervet retten til vederlaget. Ud fra aftaleretlige og selskabsretlige regler må det således vurderes, hvem der er berettiget eller forpligtet i henhold til kontrakten om arbejdets udførelse. I denne vurdering må der henses til, hvem et erstatningskrav for misligholdelse af kontrakten eller et funktionærretligt krav kan gøres gældende mod. Endelig kan der også ses på, om instruktionsbeføjelsen overfor personen reelt ligger hos hovedaktionærselskabet eller dets medkontrahent ...«.

Realitetsfortolkningen ses således at kunne spille ind til at bedømme, om indkomsten reelt er faldet hos et andet subjekt, der herefter har realiseret indkomsten, herunder ved at indkomsten har passeret dette subjekts økonomi. Realitetsfortolkningen må videre kunne benyttes til at ramme situationer, hvor indkomsten ikke reelt er optjent hos et andet subjekt, men efter en konkret bedømmelse af risiko mv., burde være henført til skattesubjektet. Herved spiller realitetsfortolkningen en rolle ved fastlæggelsen af rette indkomstmodtager, som efterfølgende beskattes med hjemmel i SL § 4. Rette indkomstmodtager og realitetsfortolkninger af faktum er derfor i visse situationer to sider af samme sag. Læren om rette indkomstmodtager er derfor til dels en integreret del af realitetsgrundsætningen, ligesom realitetsgrundsætningen til dels er en integreret del af læren om rette indkomstmodtager. Der er støtte for

340. Spørgsmålet omfatter dog afgrænsning af selskabsindkomst i almindelighed, herunder også i relation til vilkårlig fordeling mellem concernselskaber mv. Det kan med *Håkon Løchten* i Skatterett 2000, s. 110, anføres, at der særligt foreligger et spændingsforhold mellem realitet og form når det gælder beskattningen af aktieselskaber og aktionærerne, idet beskattningen bygger på en formalkonstruktion i stedet for den underliggende realitet.

341. Jf. LV 2005 S.C.1.1.1. Det er karakteristisk ved denne praksis, at der er tale om en fordeling af faktisk konstaterede erhvervsindkomster mellem interesseforbundne parter, jf. *Jan Pedersen* i TfS 2001, 284.

denne udlægning i domspraksis, selvom denne praksis dog kun vanskeligt lader sig rubricere. Det må dog også erkendes, at domstolene i alle tilfælde skal nå til afgørelser i hver eneste sag, uanset hvor svær grænsedragningen er. Herved er det evident, at et veludviklet teoretisk system ikke har eksisteret og næppe kan eksistere klart i praksis.

Den følgende gennemgang af praksis er todelt. Først fremhæves praksis, der direkte kan siges at være afgjort i henhold til SL § 4, ud fra den betragtning, at en given indkomst har passeret skatteyderens økonomi. Dernæst fremhæves praksis, hvor realitetsbetragtninger har spillet en væsentlig rolle for sagens udfald. Det bemærkes dog, at der ikke er tale om en udtømmende gennemgang.

ii) Praksis, hvor indkomsten har passeret skatteyderens økonomi
Havnemølledommen, UfR 1960, 535 H, tages traditionelt til indtægt for læren om rette indkomstmodtager³⁴². Højesteret fandt, at indtægterne reelt, men altså ikke formelt, var indtjent af selskabet. Herved kan der siges at have fundet en realitetsfortolkning sted. Men samtidig må det anføres, at korrektionen kan antages at være hjemlet i SL § 4. Højesteret fremhæver eksplicit SL § 4 som hjemmelen til den foretagne beskatning og herved formentlig også til den foretagne korrektion. En forudsætning herfor er som beskrevet, at indkomsten skal være realiseret. Der kan formentlig argumenteres for, at selskabet i sagen civilretligt ville være berettiget til indkomsten, såfremt aktionærgruppen ikke havde grebet styrende ind. Det kan derfor antages, at indkomsten faktisk havde passeret selskabets økonomi, hvorefter det havde videregivet denne indkomst. Resultatet kan i dette lys rummes inden for rammer af SL § 4³⁴³. Dommen kan dog også anskues som et udslag af realitetsgrundsætningen³⁴⁴. Herefter er dommen udtryk for, at selve udskillelsen af korntørreriet underkendtes, idet udskillelsen ikke var udtryk for en reel driftsmæssig udskillelse. Dog skal det bemærkes, at

342. Jf. eksempelvis *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 814, der anfører, at det må antages, at der i læren om rette indkomstmodtager med støtte i SL §§ 4-6 er hjemmel til at foretage korrektioner som den i havnemølledommen foretagne, selvom ingen af parterne har kontrollerende indflydelse i LL § 2, stk. 2's forstand. *Thøger Nielsen* anfører om dommen, at den retlige indkomstflytning ikke anerkendtes, fordi det faktiske grundlag stadig forblev hos selskabet selv, hvorved der efter forfatterens opfattelse for så vidt er tale om et levende eksempel på tanken om træet og frugterne, jf. TfR 1963, s. 402 f.

343. Modsat dog *Christian Homilius* i SpO 2000, s. 334.

344. Jf. *Jan Pedersen: Skatteudnyttelse*, 1989, s. 352.

der ikke af sagsreferatet fremgår noget om en generel tilsidesættelse af virksomhedsudskillelsen. Hvad enten den ene eller den anden teori udgør den adækvate forklaring på dommens udfald, står resultatet fast: interessentskabets indkomster blev i stedet beskattet hos selskabet og derefter udbyttebeskattet hos interessenterne.

I TfS 1994, 710 Ø *Mohinder Nath*, ses et eksempel på, at beskatningen foretoges hos rette indkomstmodtager. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt overskud hidrørende fra et schweizisk selskab skulle undergives personbeskatning hos hovedaktionæren i Danmark. Landsretten anførte, at de indkomstskabende aktiviteter i skatteyderens virksomhed alene hidrørte fra skatteyderens aktiviteter efter dannelsen af et schweizisk selskab. Rette indkomstmodtager terminologien benyttes ikke af Landsretten, selvom den indgik i skattemyndighedernes procedure. Dommen kan dog også læses således, at selve selskabsstiftelsen i Schweiz anfægtes, jf. domstolens bemærkninger om, at de danske skattemyndigheder ikke er forpligtet til at respektere det af skatteyderen valgte arrangement – altså en dispositionskorrektur³⁴⁵. Den konkrete indkomst i sagen må anses at have passeret hovedaktionærens økonomi, og korrektionen må anses at udgøre en dispositionskorrektur.

TfS 1997, 184 LSR indebar en korrektion i henhold til SL § 4, idet rette indkomstmodtager havde disponeret over indkomsten. I sagen havde et holdingselskab, der drev speditiøns- og transportvirksomhed, overdraget sin virksomhed til to underskudsselskaber. Landsskatteretten stadfæstede, at holdingselskabet var rette indkomstmodtager, og at indtægterne derfor i skattemæssig henseende skulle henføres til dette selskab. Retten henså herved til, at aftalerne, som måtte antages udelukkende at være begrundet i skattemæssige overvejelser, var indgået mellem indbyrdes forbundne parter uden modstående interesser. Videre blev det lagt til grund, at aftalerne var anset for gyldige og virksomme af de involverede selskaber, der havde *disponeret overskuddet* i henhold hertil. Som det ses, havde holdingselskabet disponeret over indkomsten, hvorfor denne havde passeret selskabets økonomi, hvorved en realitetsfortolkning derfor ikke var nødvendig. Beskatning kunne derfor finde sted hos dette selskab med hjemmel i SL § 4. Kor-

345. Betragtningen antager nærmest karakter af en omgængelsesbetragtning, idet baggrunden for underkendelsen anføres som det forhold, at hovedformålet med at oprette det schweiziske selskab alene havde været at opnå skattemæssige fordele.

Del IV – Konfrontation

rektionen udgør en dispositionskorrektion med indkomstkabelse til følge.

Tilsvarende var en hovedanpartshaver rette indkomstmodtager i TfS 1999, 101 Ø *Michael Louis Petersen*, af nogle honorarindtægter, der var placeret i dennes selskab. Landsretten lagde til grund, at aftalen mellem hvervgiveren (Nybolig) og hovedanpartshaveren vedrørte arbejdsopgaver, som skulle udføres af sidstnævnte personligt. Det fandtes herefter ikke tilstrækkeligt dokumenteret, at anpartsselskabet var kontraktspart, hvorfor de pågældende indtægter ikke kunne henføres til selskabet. Selvom rette indkomstmodtager terminologien ikke direkte benyttes, må det være klart, at hovedanpartshaveren havde den retlige adgang til indkomsten og havde disponeret over denne ved at overføre den til selskabet. Korrektionen må anses at udgøre en dispositionskorrektion.

I TfS 2001, 176 LSR må der antages at ligge en forudsætning, om at et konsulenthonorar havde passeret hovedaktionærens økonomi, hvorfor der gennemførtes en lønbeskatning af denne som rette indkomstmodtager³⁴⁶ og en tilskudsbeskatning af det selskab, der faktisk havde fået overført honoraret, jf. SL § 4³⁴⁷. Det fremgår dog ikke klart, at der har været grundlag for denne anskuelse, hvorfor det ikke kan udelukkes, at der faktisk har fundet en fiksering sted hos lønmodtageren. Korrektionen må dog konkret anses som udtryk for en dispositionskorrektion.

I TfS 2001, 870 V *Dan Edberg*, kunne et vederlag for goodwill ikke henføres til en person (50%-aktionær gennem et 100% ejet holdingselskab), men måtte i stedet henføres til et selskab, *idet* dette selskab drev virksomheden, *idet* selskabet havde udarbejdet funktionsbeskrivelser for produktet, og *idet* selskabet havde fremsendt leveringsaftalerne vedrørende produktet til kunderne³⁴⁸. Selskabet var derfor rette

346. Jf. KSL § 43, stk. 1, jf. KSL § 21, jf. SL § 4.

347. Landsskatteretten tager dog ikke direkte stilling til spørgsmålet og det må antages, at retten er noget kryptisk i sine bemærkninger herom, idet det anføres, at »... der er herved henset til de ændringer som foretaget ... [...] ..., og som der ikke har været rejst indvendinger imod, er sket som konsekvens af, at det ikke er A ApS, men C, som er anset som rette indkomstmodtager af den honorarindtægt på 90.000 kr., som selskabet modtog fra D A/S ...«.

348. Det tilsvarende udfald fik sagen i TfS 2001, 759 V *Vagn Lind*, der vedrørte det samme sagskompleks.

indkomstmodtager, uden at terminologien dog anvendes af Landsretten. Derimod anvendtes terminologien vedrørende nogle konsulenthonorarer, som holdingselskabet modtog fra selskabet. Personen fandtes at være rette indkomstmodtager af disse honorarer, idet skatteyderen måtte anses at være lønmodtager hos selskabet. Der blev i denne forbindelse navnlig henset til, at holdingselskabets indtægter i det væsentligste hidrørte fra selskaber, at indtægterne reelt vedrørte arbejde udført af skatteyderen for selskabet, at skatteyderen var direktør i selskabet, at faktureringen i det væsentligste skete som faste månedlige ydelser, og at samarbejdet forløb over en årrække. Skatteyderen havde således disponeret over indkomsten. Sagen vedrører således i realiteten spørgsmålet om den skattemæssige behandling af lønmodtagerselskaber.

I TfS 2000, 955 V *Gøsta Heitmann* fandt Landsretten, at en skatteyder var rette indkomstmodtager til en lejebetaling. Skatteyderen, der var en fysisk person, ejede to selskaber. Det ene selskab, en stutteri-virksomhed, der samtidig var et underskudsselskab, lejede en ejendom fra personen og betalte en årlig leje på 250.000 kr. herfor. Samtidig udlejede selskabet en del af ejendommen til sit søsterselskab for 456.000 kr. årligt. Landsretten fandt, at personen var ejer af ejendommen og således som udgangspunkt skattepligtig af indtægterne fra denne, jf. SL § 4. Det fandtes videre, at det må påhvile skatteyderen at godtgøre, at lejeindtægten fra det ene selskab til det andet rettelig tilkom underskudsselskabet og ikke skatteyderen personligt. Dette dokumentationskrav fandtes at måtte skærpes i interessefællesskaber. Retten understøttede sit resultat med det forhold, at der ikke forelå særlige aftaler om stutterselskabets indtræden som udlejer eller en fremlejekontrakt. I stedet fandtes det, at der alene var indgået en forpagtningsaftale mellem selskabet og hovedaktionæren. Denne forpagtningsaftale blev af Landsretten fortolket således, at de af søsterselskabet lejede arealer først ville kunne benyttes af forpagteren, når dette lejemål ophørte, en fortolkning der støttedes af, at forpagtningsafgiften alene udgjorde 250.000 kr., mens lejeindtægten fra det andet selskab udgjorde et langt større beløb, nemlig 456.000 kr. Af disse årsager tiltrådte Landsretten, at personen var rette indkomstmodtager af lejebetalingen mellem de to selskaber. Sagen illustrerer en situation, hvor domstolen fandt, at indkomsten i skattemæssig forstand var realiseret hos rette indkomstmod-

tager³⁴⁹. Korrektionen må antages at udgøre en dispositionskorrektion³⁵⁰.

iii) *Praksis, hvor en realitetsfortolkning har spillet en rolle ved afgørelsen*

I det følgende fremhæves nogle af de sager, der er afgjort efter en realitetsfortolkning, eller hvor realitetsbetragtninger har spillet en rolle ved afgørelsen.

Som et klart præjudikat i denne sagskategori figurerer UfR 1983, 699 H *Direktør Kjeld Tage Bohart*. Bohart var i sagen ansat i selskabet A/S K. Bohart. Bohart og dennes medaktionærer havde oprettet to holdingselskaber med det formål at eje aktierne i A/S K. Bohart og med henblik på at undgå ophobning af kapital i A/S K. Bohart. Der blev oprettet en konsulentaftale mellem A/S K. Bohart og det af Bohart personligt ejede holdingselskab. Denne aftale baseredes på Boharts ansættelse i A/S K. Bohart. Højesteret lagde til grund, at hovedformålet med oprettelsen af holdingselskabet var at give Bohart, hvis arbejdsindsats reelt var afgørende for den samlede indtjening, mulighed for skattemæssige besparelser ved overførsel af indtægter for ham i A/S K. Bohart til holdingselskabet, som han beherskede. Det blev videre lagt til grund, at indkomstoverførslen blev iværksat ved, at Boharts arbejdsopgaver for A/S K. Bohart fremtidigt skulle varetages af ham i holdingselskabets navn, og at en vilkårligt fastsat andel af vederlaget for dette arbejde blev tillagt holdingselskabet. På denne baggrund fandt Højesteret, at der ikke var

349. I TfS 2001, 284 kategoriserer *Jan Pedersen* dommen som værende et udslag af realitetsgrundsætningen. Der er dog ikke holdepunkter for denne antagelse i dommens præmisser.

350. Nævnes bør også Landsskatterettens kendelse i TfS 2002, 84 Ø *DanArt ApS og Jens Erik Larsen*. I sagen havde DanArt ApS indtægtsført nogle vederlag som hidrørte fra arbejde udført af Jens Erik Larsen. Sidstnævnte var hovedanpartshaver i DanArt ApS. Det pågældende arbejde var udført for to interessentskaber, i hvilke Jens Erik Larsen tillige var interessent. Landsskatteretten fandt, at sagen alene drejede sig om at placere indkomsten hos rette indkomstmodtager. Landsskatteretten henså til at det utvivlsomt var Jens Erik Larsen, der havde udført arbejdet for interessenterne samtidig med, at så godt som hele vederlaget tilfaldt DanArt ApS, og fandt på denne baggrund, at de modtagne vederlag måtte anses for udtryk for hovedanpartshaverens deltagelse som interessent. Hovedanpartshaveren personlige indkomst blev derfor forhøjet med indtægterne fra interessentskaberne idet denne ansås som rette indkomstmodtager. Østre Landsret kom imidlertid til det modsatte resultat. Således blev det af Landsretten statueret, at rettighederne til de koncepter, der blev overdraget til interessentskaberne, faktisk tilhørte DanArt ApS, hvorfor betalingerne herfor efter Landsrettens opfattelse med rette var modtaget af og indtægtsført hos selskabet.

forbundet en sådan realitet med opspaltningen af vederlaget, at denne kunne lægges til grund ved fastsættelsen af Boharts skattepligtige indkomst.

Som det fremgår må det antages, at sagens udfald skyldes en realitetsfortolkning. Korrektionen indebar en tilsidesættelse af kontrakten, altså en dispositionskorrektion. Rette indkomstmodtager terminologien indgik ikke i sagen, men udfaldet medførte, at indkomsten blev beskattet hos rette indkomstmodtager.

TfS 1993, 321 LSR kan ses som et eksempel på en realitetsfortolkning, der førte til konstateringen af- og beskattning hos rette indkomstmodtager³⁵¹. Alle købekontrakter i en koncern, der drev handel med biler, blev af et moderselskab overdraget til et inaktivt underskudsgivende datterselskab til kurs pari. Købekontrakterne blev ikke udtaget fra depoter, hvor de var indlagt i som sikkerhedsstillelse for moderselskabets kreditter, overdragelsen blev ikke registreret, og der blev ikke foretaget sikringsakt over for kontrakternes debitorer. Kontrakterne blev forrentet med 1,5% pr. måned, mens selskabets tilgodehavende skulle forrentes med 7% p.a. (altså det erhvervende selskab betalte 7% p.a. og modtog 18% p.a., hvilket resulterede i et rentespænd på 11% p.a.)³⁵². De stedlige skattemyndigheder ville tilbageføre den overførte nettorenteindtægt til bilselskaberne som rette indkomstmodtager, hvorved der henvistes til SL § 4. Der blev herved blandt andet henset til, at det skattesubjekt, der havde den retlige adkomst til indkomstgrundlaget, også måtte være rette indkomstmodtager til afkastet, og at indkomsten måtte anses at have *passeret selskabets økonomi*. Landsskatteretten foretog en dispositionskorrektion ved generelt at underkende selve overdragelsen af købekontrakterne. Landsskatteretten nåede til sit resultat gennem en realitetsfortolkning, hvor det blev lagt til grund, at det erhvervende selskab ikke havde egentlig aktivitet eller ansat personale, og at administrationen af kontrakterne reelt fortsat blev varetaget af det overdragende selskab (moderselskabet) uden vederlæggelse. På denne baggrund og henset til, at fordringerne var overdraget uden behørig iagttagelse af sædvanlige sikringsakter til en forrentning væsentligt under fordringernes nominelle rente inden for selskaber med

351. Se om kendelsen også Ole Bjørn i SR-Skat 993, s. 325 f, der tager den til indtægt for det standpunkt, at vilkårlig indkomstoverførsel ikke skal respekteres.

352. Resultatet af dette rentespænd ville med tiden medføre, at datterselskabets underskud ville blive udlignet og dermed nyttiggjort i skattemæssig henseende.

samme aktionærkreds konstateredes, at de omhandlede dispositioner ikke havde haft et sådant *indhold*, at de kunne godkendes i skattemæssig henseende.

At der ikke er tale om nogen let sondring mellem realitetsfortolkning og læren om rette indkomstmodtager fremgår også med stor tydelighed af TfS 2003, 802 H *A ApS, B ApS, C ApS og C*³⁵³. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en aftale om overdragelse af revisions- og konsulentopgaver fra en revisor vedrørende konsulentopgaverne og dennes hidtidige revisionsselskab vedrørende revisionsopgaverne til dennes to ny erhvervede selskaber kunne tillægges skattemæssig betydning. Højesteret lagde til grund, at retten til at udføre konsulent- og revisionsopgaver var blevet overdraget til de ny erhvervede selskaber. Landsretten fremhævede, at overdragelserne reelt indebar en adskillelse af de indtægtsgivende aktiver fra afkastet og medførte at selskaberne på favorable vilkår fik overladt betydelige løbende indtægter fra konsulent- og revisionsvirksomheden, uden at overdragelsen var forbundet med reel forretningsmæssig risiko, og overdragelsen på de anførte vilkår fandtes alene at have været muligt, fordi de blev indgået mellem parter med tæt forbundne fælles interesser. Højesteret fastslog noget tilsvarende, idet det blev anført, at overladelsen indebar en overførsel af et betydeligt årligt overskud reelt uden vederlag. Da disse overladelser af indtjening i den grad afveg fra normale forretningsmæssigt begrundede dispositioner, måtte de tilsidesættes i det hele i skattemæssig henseende.

Det fremgår af Landsrettens præmisser, at denne domstol anser indkomsterne som værende realiserede hos den overdragende part, som herefter har videreført indkomsten. Indtægterne har med andre ord passeret overdragerens økonomi. Resultatet fremkommer tilsyneladende ved en realitetsfortolkning. Hverken Landsretten eller Højesteret benytter rette indkomstmodtager terminologien og foretager ej heller en henvisning til det relevante hjemmelsgrundlag. Det lader dog som allerede nævnt til, at resultatet nås ved en fortolkning af realia i faktum. Den skattemæssige korrektion indebærer en tilsidesættelse af aftalen i sin helhed, hvorved ses, at der er tale om en dispositionskorrektion. Denne korrektion kunne således nås såvel ved brug af læren om rette indkomstmodtager som ved brug af realitetsgrundsætningen.

353. Dommen er beslægtet med TfS 1999, 950 H *Hobby Hall A/S*.

Dommens præmisser peger umiddelbart mest i retning af, at Højesteret har foretaget en realitetsfortolkning med henblik på at udpege rette indkomstmodtager.

I TfS 2001, 169 H *Jan Aarsø Nielsen* anvendtes også rette indkomstmodtager terminologien, men resultatet bæres dog formentlig ikke af en realitetsfortolkning³⁵⁴. En konsulentvirksomhed blev udadtil drevet af et aktieselskab, men indadtil drevet af et kommanditselskab med aktieselskabet som komplementar og administrationsselskab. Konstruktionen blev forklaret med et ønske om at opnå hæftelsesbegrænsning og samtidig undgå offentlighed om virksomhedens resultat. Landsretten bemærkede, at konsulentvirksomheden såvel formelt udadtil som reelt blev drevet af aktieselskabet, der var den berettigede og forpligtede i forhold til konsulentvirksomhedens debitorer og kreditorer. Videre fandtes det, at omsætningen og dermed overskuddet fra aktieselskabet ikke ved en intern aftale mellem aktieselskabet og kommanditselskabet om, at aktieselskabet udførte sin virksomhed på vegne af kommanditselskabet, kunne overføres til beskatning hos kommanditselskabet med den virkning, jf. SL § 4 og SEL § 8, stk. 1. Denne konstruktion ville medføre, at Jan Aarsø Nielsens indtægter måtte anses at komme fra kommanditselskabet. Resultatet blev, at de beløb, som Jan Aarsø Nielsen modtog fra kommanditselskabet, blev anset som vederlag for arbejde for aktieselskabet og maskeret udlodning fra dette selskab. Da aktieselskabet således efter Landsrettens og Højesterets opfattelse var rette modtager af konsulentvirksomhedens indtægter, fandtes en aftale mellem Jan Aarsø Nielsen og kommanditselskabet fra ham til kommanditselskabet om overdragelse af konsulentvirksomheden fra ham til kommanditselskabet, ikke at kunne medføre et andet resultat. Dommen medfører udelukkende, at der foretages en fordeling af realiserede indkomster, idet Jan Aarsø Nielsen må anses at have rådet om indkomsten, hvorved den har passeret hans økonomi. Det må antages, at den gennemførte korrektion er udtryk for en dispositionskorrektion, idet der bortses fra det aftalte.

Terminologien anvendes tillige i TfS 2001, 291 H *Aksel Blaabjerg*. Sagen vedrørte transaktioner mellem et af skatteyderen behersket I/S i Danmark (Kaalbye International I/S) og et af skatteyderen behersket

354. I TfS 2001, 184 bemærker *Jan Pedersen* om dommen, at den er vidtgående i henseende til underkendelsen af den civilretligt gyldige selskabskonstruktion, som måske nok var usædvanlig, men hvor den krævede modstrid mellem form og indhold var diskutabel.

portugisisk selskab (Kaalbye (Portugal)). Spørgsmålet var, hvorvidt I/S'et var berettiget til at fradrage en påstået konsulenthonorarbetaling til Kaalbye (Portugal) som en driftsomkostning, jf. SL § 6. Parterne var enige om, at I/S'et var rette indkomstmodtager, men skatteyderen var af den opfattelse, at det alene tjente til fakturering af det portugisiske selskabs krav. Da der ikke forelå en skriftlig aftale mellem selskaberne, og da der ikke forelå anden dokumentation end skatteyderens egen forklaring, fandt Højesteret det ikke godtgjort, at det beløb det portugisiske selskab fakturerede I/S'et udgjorde en fradragsberettiget omkostning for I/S'et. Hermed stadfæstede Højesteret Landsrettens dom. Den korrektion, der foretages i sagen, er ikke udslag af læren om rette indkomstmodtager, men slet og ret om at fradragsbetingelserne ikke var opfyldt for I/S'ets vedkommende. På den anden side kan man meget vel opfatte fradragsnægtelsen som en skattemæssig vilkårskorrektion. Læren om rette indkomstmodtager medfører ud fra denne betragtning, at en vilkårlig indkomstoverførsel ikke udløser fradrag, idet domstolen herved har fastholdt, hvad der følger af denne lære, nemlig at udgiften skal bæres det rette sted.

I TfS 1999, 646 Ø *Jørgen Skou, Flemming Holm og David Holm*, anerkendte Landsretten, at skatteyderne havde overdraget deres ideelle andele i Arthur Andersen og Co. til et af dem hver for sig 100% ejet aktieselskab. Da overdragelsen til selskaberne havde en sådan realitet, at den skatteretligt skulle anerkendes, skulle skattemyndighederne følgelig ligeledes anerkende, at skatteyderne ikke var personligt skattepligtige af overskud fra revisionsvirksomheden. Herved ses også en realitetsfortolkning med henblik på at fastslå rette indkomstmodtager, som også skattemyndighederne havde procederet.

Et modsat udfald fik sagen i TfS 1998, 114 H *Kaj Kirkegaard Jensen og SUBK nr. 169*. I sagen stilledes skatteyderens arbejdskraft til rådighed for et selskab, hvori han ejede 50% af aktiekapitalen via et selskab ejet af skatteyderens børn. Børnenes selskab modtog en betaling herfor, ligesom skatteyderen modtog løn fra børnenes selskab. Højesteret lagde til grund, at det var en forudsætning for oprettelsen og driften af selskabet, at skatteyderen og dennes medaktionær sideordnet skulle udføre arbejde for selskabet, og at driften blev tilrettelagt i overensstemmelse hermed. Højesteret lagde endvidere til grund, at skatteyderen brugte al sin arbejdstid på arbejdet i selskabet, og at vederlaget til børnenes selskab var af samme størrelse som medaktionærens vederlag for tilsvarende arbejdsindsats som direktør. Det blev lagt til grund, at

der ikke var andre ansatte i det af børnene ejede selskab bortset fra skatteyderen, og at denne havde bestemmende indflydelse i dette selskab. Da selskabets aktivitet ydermere måtte antages at bestå i en servicering af skatteyderen og hans familie ved, at der blev stillet fast ejendom, bil mv. til rådighed, fandt Højesteret, at konsulentkonstruktionen – der også gav skatteyderen en mulighed for at opnå skattemæssige fordele – ikke havde en sådan realitet, at den kunne lægges til grund ved ansættelsen af dennes skattepligtige indkomst. Derfor fandtes det, at hele det vederlag, der blev udbetalt af selskabet for skatteyderens arbejde, var skattepligtigt hos sidstnævnte i medfør af SL § 4. Der benyttes således en realitetsfortolkning til at udpege rette indkomstmodtager, og korrektionen udgjorde hermed en dispositionskorrektion.

I TfS 1998, 791 V *Handelsselskabet af 1.10. 1992 A/S*, overførte et selskab en del af sin omsætning til et underskudssøsterselskab. Landskatteretten fandt, at selskabet var rette indkomstmodtager af den udeholdte omsætning, idet den af underskudsselskabet oppebårne omsætning alene var udtryk for bogholderimæssige posteringer, og reelt måtte anses for oppebåret af selskabet som rette indkomstmodtager³⁵⁵. Også i denne sag må korrektionen antages at have udgjort en dispositionskorrektion.

Nævnes bør videre Højesterets dom i TfS 2004, 703 H *GKS 1 og GKS 2*. I sagen blev der henført en yderligere overskudsandel til de klagende selskaber fra et kommanditselskab, som disse var medejere af. Landsretten fandt, at indtjeningen i et tredje ejerselskab – *GKS 3* – rettelig tilkom kommanditselskabet som rette indkomstmodtager. Koncernen, der var ejet af hovedanpartshaveren og dennes børn, havde tilsyneladende placeret indkøbsfunktionen i et underskudsselskab. Landsretten fandt, at det måtte lægges til grund, at der ikke var tale om en udskillelse af et forretningsområde fra kommanditselskabet til *GKS 3*. Derfor ansås kommanditselskabet som rette indkomstmodtager, og der blev i skattemæssig henseende helt bortset fra indtjeningen i *GKS 3*, og hele overskuddet heri blev henført til kommanditselskabet. Det ses herved også, at der sker en dispositionskorrektion ud fra betragtninger om rette indkomstmodtager. Det kan dog heller ikke udelukkes, at sagen kunne være løst gennem vilkårskorrektion, i det omfang der

355. Dette forhold erkendtes af selskabet, hvorfor sagen for Landsretten alene drejede sig om tilskudsbeskatning af selskabet med et beløb svarende til den bogførte omsætning.

var hjemmel hertil³⁵⁶. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom in terminis.

Endelig kan nævnes sagen i TfS 2004, 146 H *Hilmar Børge Rasmussen og Anders Skov Rasmussen*. I sagen havde en skatteyder indgået en forpagtningsaftale med sin søn om sin landsbrugsejendom. Sønnen havde fradraget underskud vedrørende landsbrugsejendommen. Landsskatteretten underkendte forpagtningsaftalen med udgangspunkt i læren om rette indkomstmodtager. Landsretten nåede det samme resultat, men begrundede dette anderledes. Således lagde Landsretten vægt på, at aftalen tilsyneladende var kommet i stand med henblik på, at faderen kunne opnå ret til efterløn. Da det endvidere måtte lægges til grund, at faderen også efter indgåelsen af forpagtningsaftalen udførte det væsentligste arbejde med driften af ejendommen, ligesom han løb den økonomiske risiko ved at fungere som bank for sønnen og ved i forhold til omverdenen at acceptere, at fakturaer vedrørende ejendommens drift fortsat blev udstedt til ham. Landsretten henså til, at forpagtningsaftalen ophørte ved faderens overgang til folkepension, og at der ikke i den forbindelse blev foretaget nogen opgørelse af og betaling for værdien af grantræer på ejendommen, der var blevet sået i forpagtningsperioden. På denne baggrund fandt domstolen, at forpagtningsaftalen ikke kunne anses for at have haft en forretningsmæssig baggrund eller at have været udtryk for et *reelt* forpagtningsforhold. Faderen blev derfor anset for rette indkomstmodtager med hensyn til resultatet af driften af ejendommen. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom in terminis. Også denne sag viser, at sondringen mellem realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager ikke er let. Således tilsidesatte skattemyndighederne forpagtningsaftalen med støtte i realitetsgrundsætningen, mens Landsskatteretten utvetydigt lagde vægt på læren om rette indkomstmodtager, mens Landsretten og Højesteret benyttede såvel rette indkomstmodtager terminologien og realitetsbetragtninger.

C) Karakteren af rette indkomstmodtager-korrektioner – dispositionskorrektioner?

Korrektioner i henhold til de hjemlede udslag af læren om rette indkomstmodtager kan ske i form af vilkårskorrektioner, jf. ovenfor. Kor-

356. Dommen er kommenteret af Ole Bjørn i SR-Skat 2002, s. 250 ff. Forfatteren finder, at den i sagen foretagne korrektion efter læren om rette indkomstmodtager udgør en dispositionskorrektion og at denne må have hjemmel i SL § 4.

reaktionerne i henhold til læren om rette indkomstmodtager kan dog som anført tillige udgøre dispositionskorrektioner. Dette gælder, hvad enten resultatet er nået gennem SL § 4 eller gennem en realitetsfortolkning, der har frembragt et andet faktum, der efterfølgende kunne udløse beskatning i henhold til SL § 4. De steder i praksis, hvor rette indkomstmodtager-terminologien benyttes, har der typisk været tale om dispositionskorrektioner. Kravet om indkomstskabelse må antages at være opfyldt derved, at indkomsten placeres hos rette indkomstmodtager, ligesom den begunstigede beskattes af begunstigelsen. Foreliggende doms- og administrativ praksis bidrager ikke til en afklaring af, hvilke skatteretlige korrektioner der er udtryk for læren om rette indkomstmodtager, og hvilke korrektioner der er udtryk for indgreb efter realitetsgrundsætningen. Ovenstående skal ses som et forsøg på en afgrænsning heraf. Dog anvendes rette indkomstmodtager terminologien hyppigt. Der ses dog også, at såvel rette indkomstmodtager terminologien som realitetsgrundsætningen indgår i konkrete sager samtidig.

Det er tvivlsomt om dispositionskorrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager udgør en fravigelse fra aftalefriheden. Læren om rette indkomstmodtager præsenteres sædvanligvis som funderes i civilretten. Dog synes denne beskrivelse ikke i overensstemmelse med hele den eksisterende praksis.

D) Kontekstuel reformulering

Som systematisk samlebetegnelse er læren om rette indkomstmodtager en fasttømret bestanddel af dansk skatteretspraksis. Som det er påvist, kunne der være nået et tilsvarende resultat gennem en realitetsfortolkning at det til grund liggende faktum. I flere sager har domstolene således anvendt såvel realitetsbetragtninger som tankegangen om rette indkomstmodtager. Dog er der ikke herved tale om modsatrettede bedømmelser. Realitetsbedømmelsen indgår som en bestanddel (i en del) af læren om rette indkomstmodtager, idet den reelle indkomstmodtager skal udfindes³⁵⁷. Hermed er der ikke nævneværdig forskel på rette indkomstmodtager og realitetsgrundsætningen. Når en gang faktum er fastslået, må beskatningshjemmelen bestemmes. I det omfang denne hjemmel udgøres af SL §§ 4-6, kan forholdet med rette udtrykkes således, at der i SL §§ 4-6 findes hjemmel til håndhævelsen af læren om

357. Realitetsgrundsætningens anvendelsesområde dækker dog også andre problemstillinger, der ikke berøres af læren om rette indkomstmodtager.

rette indkomstmodtager. Dog er det ikke et krav for anvendelse heraf, at der foreligger en udnyttelseshensigt eller lignende. I tilfælde, hvor der ikke kan konstateres en skatteudnyttelse, kan der således i teorien ikke foretages indgreb i henhold til realitetsgrundsætningen. Hermed er der forskel på de to teorier, og realitetsgrundsætningen har hermed i sin hidtidige teoretiske udformning et snævert indhold. Læren om rette indkomstmodtager indebærer i visse tilfælde, at der skal foretages en realitetsfortolkning af, hvem der er rette indkomstmodtager i og uden for skatteudnyttelser og interessefællesskaber. Samtidig kan rette indkomstmodtager terminologien tillige benyttes om den del af praksis, der vedrører det samme som realitetsgrundsætningen, herunder hvor det i formen ser ud, som om indtægterne falder ved træet, men reelt falder et andet sted.

Læren om rette indkomstmodtager kan og bør fortsat anvendes. Dog er det anledning til at være opmærksom på, at læren om rette indkomstmodtager uden støtte fra realitetsgrundsætningen blot udtrykker, hvad der allerede følger af SL § 4, nemlig en beskatning af realiserede indkomster. Denne betragtning udgør et væsentligt kritikpunkt i henseende til anvendelse af rette indkomstmodtager terminologien. Dog er det min vurdering, at terminologien kan opretholdes også for den del af praksis, der alene vedrører beskatning af realiserede indkomster. Endelig bør det erkendes, at læren om rette indkomstmodtager hyppigt indgår i den offentliggjorte praksis³⁵⁸.

5.2.6.3. Realitetsgrundsætningen – en realitet?

A) Skitsering af indhold

Baggrunden for realitetsgrundsætningen er civilrettens styrende funktion³⁵⁹. Selvom indkomstbeskatningen retter sig mod privatøkonomiske pengestrømme, formår indkomstskattesystemet alene at løse denne opgave ved hjælp af en forudgående civilretlig kvalificering. Skatteudnyttelserne kommer til udtryk gennem et misbrug af denne styring, idet dispositionerne kan tilrettelægges på en sådan måde, at de i skatteretlig henseende optræder på en hensigtsmæssig måde, mens dispositionens faktiske og reelle indhold afviger herfra. Baggrunden for realitetsgrund-

358. Den af Jan Pedersen i TfS 2001, 184, fremførte kritik af læren om rette indkomstmodtager må siges at bortfortolke denne udbredte anvendelse af terminologien i doms-praksis.

359. Der er redegjort i detaljer for denne tankegang ovenfor i Del II, kapitel 5, § 2.

sætningens fremkomst og eksistens er tillige legalitetskravets betydningsfulde rolle på skatteområdet og herunder tilbageholdenheden med at foretage formåls- og analogifortolkninger³⁶⁰. Hertil kommer, at realitetsgrundsætningen også udspringer af den tilsyneladende utilstrækkelighed ved traditionel fortolkning samt omgåelses- og pro forma betragtninger³⁶¹. Realitetsgrundsætningen vedrører skatteretlige interessefællesskaber³⁶². Baggrunden herfor antages at være det forhold, at et misbrug af civilretten ikke i almindelighed vil udløse en uoverensstemmelse mellem skatteretten og civilretten, hvilket skyldes, at de formelle og beskatningsstyrende styrende begreber er funktionelle begreber³⁶³. Hovedindholdet af realitetsgrundsætningen kan siges at være, at der ved retsanvendelse i skatteretten skal foretages en præjudiciel realitetsbedømmelse af faktum. Således skal beskatningen under visse betingelser rettes mod den faktiske økonomiske realitet på bekostning af den modstående civilretlige formalitet. Herved bemærkes, at beskatningen frigøres fra den civilretlige styring, derved at lovlige og retskraftige dispositioner frakendes skattemæssig betydning. Som nævnt relaterer

360. Tilsluttende sig eksistensen af en realitetsgrundsætning kan navnlig henvises til følgende: Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 404, Søren Næsborg Jensen: EU-selskabsskatteret, 1997, s. 226, Nikolaj Vinther i TfS 2000, 945 (vist nok senere forladt til fordel for en omgåelseslære og et kriterium om forretningsmæssig begrundelse), og mere tøvende Michel Serup: Generationsskifte – Omstrukturering, 2004, s. 126 f, og formentlig også Michael Svanholm & Jan Steen Hansen i TfS 2000, 276. I SpO 2000, s. 333, anfører Christian Homilius, at realitetsgrundsætningen efter denne forfatters opfattelse reelt er et samlebegreb for de talrige afgørelser, der i omgængestilfælde tilside-sætter formaliteten og korrigerer i overensstemmelse med det reelle, således at der i tilfælde af omgængelse eller skatteudnyttelse er adgang til at korrigere en bevidst uoverensstemmelse mellem form og indhold. Se også Bent Ramskov i TfS 1998, 319, navnlig s. 854, og samme i TfS 2000, 834, s. 2673, og samme i Intern selskabsomstrukturering, 2001, passim. Denne forfatter tillægger realitetsgrundsætningen en alt for vidtgående betydning, idet den også antages at have betydning til løsning af en lang række skatteretlige problemer, som i flere tilfælde kan løses med traditionelle midler, jf. Erik Werlauff i UfR 2001, B, s. 420 f, der anfører, at Ramskov ser realitetsgrundsætningen som en patentløsning. Mod grundsætningens eksistens kan ud over de i øvrigt fremhævede bidrag henvises til Aage Spang-Hanssen i TfS 2000, 372.

361. I Skatteudnyttelse, 1989, s. 437, formulerer Jan Pedersen dette således: »... Den gældende omgængeslære, ... [...] ... er udtryk for en cirkellosning, der placerer retsanvendelsen på det sted, hvor problemet blev formuleret. Omgængelse aktualiseres når det er klart, at almindelig fortolkning er udelukket. Uden et utilstedeligt og ulovligt brud med legalitetskravet kan et omgængelsesproblem netop ikke løses ved en fortolkning, idet problemformuleringen tvinger retsanvendelsen ind i det retstomme rum. Det almindelige lære om proforma udmærker sig ved sin begrebsusikkerhed og sin begrænsede praktiske anvendelighed ...«.

362. Jf. Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1989, s. 438.

363. Jf. Skatteretten 1, 2004, s. 138.

Del IV – Konfrontation

realitetsgrundsætningen sig den præjudicielle fastlæggelse af det faktum, som skattelovene skal anvendes på. *Jan Pedersen* beskriver dette således, at der eksisterer et krav om at dispositionerne skal være af »kød og blod«³⁶⁴. Foreligger dispositioner som en række i formen selvstændige deldispositioner, vurderes transaktionen i henhold til realitetsgrundsætningen under ét som den helhed, den i realiteten er³⁶⁵. Hertil kan formentlig føjes som en betingelse for anvendelse af realitetsgrundsætningen, at de formelle civilretlige dispositioner ikke indebærer væsentligt anderledes økonomiske eller retlige konsekvenser for de involverede parter end den simple transaktion, der ønskes gennemført mellem parterne. Hvis således et formelt aftalekompleks, hvori der eksempelvis indgår flere transaktioner, skal omkvalificeres til den reelle transaktion, hvor der kun indgår eksempelvis en transaktion, forudsætter dette med andre ord, at det formelle aftalekompleks ikke skaber sædvanlige og væsentlige økonomiske og retlige virkninger for de parter, der indgår i de overflødige aftaleled. Hertil kommer, at realitetsgrundsætningen tillige opstiller et forøget dokumentationskrav for de af skattemynderne påberåbte dispositioner³⁶⁶.

Grundet realitetsgrundsætningens karakter er det ikke muligt at angive konkrete og klare rammer for grundsætningens anvendelsesområde³⁶⁷. Visse afgrænsninger kan dog foretages.

Således kan der navnlig være anledning til at fremhæve, at der ved anvendelsen af realitetsgrundsætningen gælder et *væsentlighedskrav* forstået som et krav om, at den hævdede form slet ikke svarer til de økonomiske realiteter³⁶⁸.

Ligeledes bør fremhæves kravet om, at der skal bestå en *faktisk modstrid* mellem formalitet og realitet³⁶⁹. Således er der visse forhold grundsætningen ikke finder anvendelse på, herunder navnlig tilfælde, hvor formaliteten faktisk udgør realiteten grundet udtrykkelige lovgivningstiltag.

364. I TfS 2000, 142, s. 351.

365. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 436.

366. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 438.

367. *Jan Pedersen* beskriver dette således i R&R 2002 SM 333, at det næppe på nuværende tidspunkt er muligt at foretage nogen dækkende systematisering af den foreliggende afgrænsning af fiktion og realitet. Det anføres, at der på dette område venter en betydningsfuld retsvidenskabelig opgave ude i fremtiden.

368. Jf. *Jan Pedersen* i TfS 2000, 142, s. 351, og s. 355 og samme i R&R 2002 SM 332 ff.

369. Jf. *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 438 f, og samme i SkatteOrientering, Ø.5., 2000, s. 24.

Selvom realitetsgrundsætningen er en misbrugsklausul, er det ikke klart, om grundsætningen indeholder et subjektivt element, hvorefter *skatteyderens motiv* skal tillægges betydning. Af denne årsag kunne der argumenteres for, at realitetsgrundsætningen rent logisk tillige må siges at finde anvendelse på situationer, hvor skatteyderen ubevidst har tilvejebragt en uoverensstemmelse mellem den ydre formalitet og det realøkonomiske indhold³⁷⁰. Dette gælder, selv om dispositionen har en vis grad af modstrid mellem form og indhold. Dog erkendes det, at et vist subjektivt moment indgår, idet grundsætningens anvendelsesområde er fiktive og proforma-agtige dispositioner, som alene eller i overvejende grad har fundet deres eksistens eller nærmere udstrækning ud fra skattemæssige formål. Omvendt er der næppe tvivl om, at kravene til graden af det fiktive element må skærpes, hvis der ved siden af den skattemæssige hensigt foreligger en almindelig driftsmæssig hensigt.

Hovedanvendelsesområdet udgør som nævnt det *skatteretlige interessefællesskab*. Dette gælder såvel generelle som konkrete interessefællesskaber³⁷¹. Der er dog næppe tvivl om, at kravene til graden af fiktion må skærpes ved dispositioner mellem parter, som i øvrigt har modsatrettede interesser. Baggrunden herfor er det forhold, at det så meget desto mere må bringes på det rene, at det formelle aftalegrundlag slet ikke udtrykker parternes reelle retsstilling³⁷².

370. Spørgsmålet er dog ikke tydeligt behandlet i teorien. I SpO 2000, s. 333 ff, anfører *Christian Homilius*, at realitetsgrundsætningen efter denne forfatters opfattelse, reelt er et samlebegreb for de talrige afgørelser, der i omgåelses/skatteudnyttelsestilfælde tilsidesætter formaliteten og korrigerer i overensstemmelse med det reelle, således at der i tilfælde af omgåelse eller skatteudnyttelse er adgang til at korrigere en *bevidst* uoverensstemmelse mellem form og indhold. Forfatteren anfører videre, at realitetsgrundsætningen reelt også dækker området for indkomstforvridning/rette indkomstmodtager i det omfang, det i formen ser ud, som om indtægterne »falder ved træet«, men reelt falder et andet sted. Det anføres endelig, at korrektion i henhold til realitetsgrundsætningen, modsat læren om rette indkomstmodtager kræver, at transaktionen er udtryk for omgåelse/skatteudnyttelse.

371. Jf. TfS 2002, 760 V *Bilka Lavprisvarehus A/S*, forudsætningsvis og kommentaren hertil hos *Jan Pedersen* i R&R 2002 SM 332. I TfS 2006, 36 H *Flemming Jensen* tilsidesatte Landsretten skatteyderens indtægtsførsel af indtægt ved salg af brugt smørefedt til udligning af gamle underskud og samme efterfølgende tabsfradrag for forretningsdebitorer. Smørefedt havde efter syns- og skønsmandens vurderingen ingen værdi. Det konkrete interessefællesskab bestod i, at køber kunne foretage nedskrivning for ukurans.

372. Jf. *Jan Pedersen* op.cit.

Del IV – Konfrontation

Det skal endvidere bemærkes, at realitetsgrundsætningen *kun kan bringes i anvendelse af skattemyndighederne*³⁷³.

Endelig skal det bemærkes, at realitetsgrundsætningen forudsætter, at *skattemyndighederne har bevisbyrden* til at dokumentere, at det påberåbte formelle dispositionsgrundlag ikke har den fornødne driftsøkonomiske realitet³⁷⁴. Denne bevisbyrde bliver så meget desto tungere at løfte, hvis dispositionen ikke alene er skattemæssigt begrundet, og hvis dispositionen er indgået uden for tætte og generelle interessefællesskaber. Som følge heraf er der også grundlag for at notere, at skattemyn-

373. Jf. Skatteudnyttelse, 1989, s. 444 ff. Dette forhold har været kritiseret fra flere sider. Således fremføres det hos *Aage Spang-Hanssen* i TfS 1999, 719 og samme i TfS 2000, 372, *Michael Svanholm & Jan Steen Hansen* i TfS 2000, 276 samt *Aage Michelsen* i R&R 2000 SM 130 (132) og *Søren Lehmann Nielsen* i Lov & Ret 2002, s. 23, at der må gælde lighed for realitetsgrundsætningen (under forbehold af dennes eksistens) for såvel skatteydere (også i en skatteudnyttelsessituation) som skattemyndigheder. Kritikken imødegås af *Jan Pedersen* i R&R 2000 SM 162 ff (164 f), i tilslutning til en kommentar til TfS 2000, 385 H, om salg af goodwill. Det anføres navnlig, at en sådan lighed for realitetsgrundsætningen ikke kan tiltrædes grundet grundsætningens karakter af en misbrugs klausul, der alene normerer skatteudnyttelsessituationer. Se også *Jan Pedersen* i R&R 2003 SM 315. Se også afvisende overfor skatteydernes adgang til at påberåbe sig realitetsgrundsætningen *Michael Wallin* i TfS 2000, 533. Trods denne afvisning må det formentlig anerkendes, at der i administrativ praksis og domspraksis har fundet en vis tilslutning sted vedrørende skatteydernes påberåbelse af grundsætningen. Der kan herved henvises til TfS 1995, 198 LR, TfS 1997, 85 LR og bindende forhåndsbesked af 21.8. 2001, J.nr. 99/01-4291-00237. I sagerne blev der, i overensstemmelse med forespørgerens anmodning tilladt afskrivningsret på leasede fly, idet leasingtageren reelt måtte antages at være ejer af flyene og dermed, at leasingselskabets ejerskab blot var af formel karakter. I TfS 1997, 225 Ø *Damgaard Data Holding A/S*, er refereret et retsforlig, hvor Skatteministeriet har anerkendt, at sambeskatning med et udenlandsk daterselskab kan tillades, uanset at der er indskudt én eller flere aktionærer, når deres ejerskab må bedømmes som rent formelt, og ejerskabet er etableret af hensyn til lovgivningen i det pågældende land, jf. hertil Skatteministeriets kommentar i TfS 1997, 231, *Ole Bjørn* i SR-Skat 1997, s. 190 og *Bente Møll Pedersen* i TfS 1997, 250. Se endvidere TfS 1987, 406 LR, hvor deltagerne i et dansk kommanditselskab bevarede afskrivningsretten til et skib, selvom dette formelt var solgt til et selskab i Singapore. Endelig kan henvises til TfS 2004, 787 Ø *Bent A. Nielsen*, hvor en skatteyder (køber) blev anset som den reelle ejer af en virksomhed, mens sælger formelt fremstod som den fortsatte ejer udadtil og fortsat hæftede overfor kreditorerne. Køber og sælger var uafhængige parter. Landsretten anerkendte, at køber kunne fradrage sit tilskud ydet til dækning af virksomhedens underskud. I amerikansk ret anvendes substance over form betragtninger såvel af skattemyndighederne som af skatteyderne. Endda indgår disse som led i skatteplanlægning, jf. herved *David M. Neuenhausen & Francis J. Helversen* i TNI 2004, Special reports, s. 365 ff, om den såkaldte Circular Cash Doctrine.

374. Jf. herom *Jan Pedersen* i R&R 2002 SM 335, og *Erik Olsen*: beviser i skatteretten – om praktisk bevishåndtering, 2002, s. 160 f. Sidstnævnte taler om »realitetsbeviset«. I medfør af direkte lovhjemmel påhviler realitetsbeviset dog skatteyderne, jf. SKL § 10 F om pligt til realitetsdokumentation ved skattearrangementer.

dighederne ikke kan anvende realitetsgrundsætningen som et universalmiddel mod enhver skattebetinget disposition.

En anvendelse af realitetsgrundsætningen medfører som nævnt ovenfor, at der kan ske en dispositionskorrektur. Det bemærkes endelig, at en eventuel beskatning efter korrektionen beror de relevante beskatningshjælpende bestemmelser i skattelovgivningen.

B) Kritik og forsvar

Før den egentlige kritik mod realitetsgrundsætningen behandles skal dog fremhæves nogle generelle indvendinger mod anvendelse af udtryk som realitet og fiktion mv.³⁷⁵.

Således er det blevet hævdet, at substance over form tankegangen lider af betydelige svagheder, derved, at den skulle være udtryk for en truisme. Baggrunden herfor er, at man kan stille det spørgsmål, om ikke alle retshandler skal bedømmes efter deres reelle indhold, selvom også formalia indgår ved bedømmelsen af dispositionernes indhold³⁷⁶. Det anføres, at tankegangen formentlig sigter mod sådanne komplicerede forhold, hvor realiteten aktivt må søges såfremt skatteregler søges und-

375. Jf. herom *Lars A. E. Hjerper*: Sken – Bulvanskap – Kringgåenda, Gennomsyn eller förträngning?, i *Festskrift till Hans Thornstedt*, 1983, s. 269 ff, og *Anders Hultquist*: Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen, 1995, s. 486 ff.

376. »Substance over form« tankegangen kritiseres tillige af *Bettina Banoun* i BIFD 2002, s. 485 ff, samme i *Scandinavian Studies in Law*, Volume 44, 2003, s. 22 ff, og *Omgåelse af skattereglerne*, 2003, s. 259 ff, hvor der stilles det spørgsmål, hvorvidt der er muligt at skelne mellem reelle og formelle transaktioner og om reelle transaktioner udelukkende refererer til økonomiske konsekvenser eller andre karakteristika. For det andet anføres det, at henvisningen til reelle transaktioner udgør en kort form for en henvisning til en konklusion om, at økonomiske konsekvenser bestemmer udfaldet af en sag. Det anføres herved, at doktrinen må kritiseres, såfremt den er udtryk for en generel forrang for økonomisk indhold frem for juridisk form. Beskatning udløses som hovedregel af juridiske former og ikke af økonomiske udfald. Det anføres, at domstolenes præjudikater til tider viser, at der henses til juridisk form og til tider henses til økonomisk indhold. Det anføres videre, at doktrinen ikke tilvejebringer vejledning for den praktiske retsanvendelse i det øjeblik det erkendes, at hverken økonomiske udfald eller juridiske former i sig selv giver svaret. Endelig indvendes det, at henvisninger til transaktioners reelle indhold ofte må ses som udtryk for domstolenes egne retspolitiske overvejelser. Af disse årsager anser forfatteren i stedet mere hensigtsmæssigt, at konstruere brede eller snævre skattelovsbestemmelser. I *Omgåelse af skattereglerne*, 2003, kritiseres tankegangen om faktumfastlæggelsen særligt, s. 265 ff (268), idet det anføres, at der ikke er grundlag for at operere med en særlig mellemgruppe ved retsanvendelse i tillæg til bevisbedømmelse og subsumption. Det anføres, at betegnelsen faktumfastlæggelse bør anvendes synonymt med bevisbedømmelse og antonymt til retsanvendelse. Betegnelsen bør ikke benyttes udvidende til at dække retsanvendelsesspørgsmål.

veget³⁷⁷. Til denne indvending knytter sig en egentlig kritik af realitetsgrundsætningen. Således hviler realitetsgrundsætningen på en forudsætning om, at de påkendte dispositioner civilretligt er uanfægtelige. Grundsætningens anvendelsesområde er således begrænset til civilretligt anerkendte dispositioner. Som udgangspunkt må denne forudsætning antages at være opfyldt. Dog må det antages, at domstolene kun yderst sjældent gennemfører egentlige civilretlige kvalifikationer af dispositionernes underliggende faktum. Videre må det antages, at sådanne kvalifikationer i givet fald måtte medføre, at den påberåbte formalitet end ikke civilretlig henseende var holdbar. Der er ikke gennemført analyser af dette forhold i forbindelse med analyser om skatterettens realitetsgrundsætning, hvilket svækker grundsætningens teoretiske fundament og gennemslagskraft³⁷⁸.

Efter lanceringen af realitetsgrundsætningen blev denne angrebet fra flere sider. Disse indvendinger og de anførte forsvar her imod skal ridses op i det følgende³⁷⁹.

-
377. Jf. *Anders Hultquist* loc.cit. Forfatteren finder, at en iagttagelse af legalitetsprincippet indebære at man søger den type realia som følger af forskrifterne. Det anføres, at civilrettens doktrin om simulerede og dissimulerede retshandler i et begrænset omfang kan indebære den fornødne korrektion i dispositionerne. Begrænsningen noteres, såfremt der ikke skal gøres vold på virkeligheden, jf. op.cit, s. 509.
378. Det er så vidt ses også sjældent, at der procederes på de civilretlige forhold i de sager, hvor realitetsgrundsætningen har været anvendt. Et eksempel findes i TfS 2004, 926 LSR; hvor en udlejningsaftale ved brilleabonnementer blev omkvalificeret til et kreditkøb. Landsskatteretten henviste i denne forbindelse til, at ejendomsretten til brillerne måtte anses for overgået til selskabets abonnementskunder allerede ved aftaleindgåelsen eller senest ved overgivelsen af brillerne til kunderne. Landsskatterettens ræsonnement er så vidt ses baseret på aftaleforholdets civilretlige kvalifikation.
379. *Jan Pedersen* anfører selv i Skatteudnyttelse, 1989, s. 446 ff, visse argumenter mod grundsætningen. Argumenter som forfatteren selvsagt ikke finder stærke nok til at forkaste teorien. Således anføres det, at retssikkerheden kan påvirkes af eksistensen af en generalklausul, som realitetsgrundsætningen udgør. Til imødegåelse heraf anføres det, at der må påhvile skattemyndighederne en almindelig bevisbyrde for, at realitetsgrundsætningens betingelser er opfyldt, hvorved såvel den hævdede fiktion som den modstående realitet må kunne dokumenteres. Ligeledes anføres det, at grundsætningen kan medføre nogen usikkerhed om den konkrete anvendelse, hvilke leder forfatteren til at anbefale en udvidelse af den dagældende adgang til at indhente bindende forhåndsbeskeder, således at der også kunne afgives sådanne om skattetænkning. Videre anføres det, at den påkrævede forsigtige anvendelse af grundsætningen kan virke hindrende for retsudviklingen og betyde, at nye former for skatteudnyttelser på nyudviklede økonomiske områder kun vanskeligt kan korrigeres, idet der intet sammenligningsgrundlag haves til fiktions- og realitetsprøvelsen. Omvendt anføres det, at selve klausulens eksistens kan virke hindrende for nye skatteudnyttelsesmetoder, netop grundet usikkerhed om den skatteretlige bedømmelse heraf. Dette kan afføde negativ indvirkning på næringslivets udvikling. Endelig fremhæves farerne ved lægmandsinstituttet, idet re-

For det første er det blevet fremført, at påstanden om, at man ikke ved sædvanemæssig fortolkning og udfyldning af skattelovgivningen skulle kunne opnå en tilstrækkelig fyldestgørende og realistisk anvendelse af dens forskrifter, hverken er bevist eller blot sandsynliggjort³⁸⁰.

For det andet er det blevet anført, at den opstillede grundsætning næppe synes at tilføje noget nyt til vurderingen af skatteunddragelser, idet det er ubestridt, at domstolene ved anvendelse af almindelige lovfortolkningsprincipper lægger afgørende vægt på sagens økonomiske realitet og ikke alene på den valgte juridiske form³⁸¹. Til forsvar herimod er det replicerende blevet anført, at det er kritikken, der er banal, idet denne overser, at den skatteretlige faktumbeskrivelse i givet fald indebærer en fravigelse fra et af hovedprincipperne i indkomstbeskatningen, nemlig skatterettens styrende funktion³⁸². Det kunne ligeledes anføres, at det forhold, at der måske ikke er tale om noget nyt, også lader sig forklare i, at grundsætningen hele tiden har været praktiseret og gældende, hvilket bestyrkes af, at *Jan Pedersen* netop har udledt grundsætningen af en detaljeret gennemgang af den skatteretlige retspraksis.

For det tredje er det blevet fremført, at grundsætningen virker uklar i sin rækkevidde og indebærer, at de samme farlige konsekvenser for underminering af legalitetskravet, som netop er karakteristisk for de mangfoldige formuleringer af omgængelsesklausuler, som forfatteren i øvrigt selv tager afstand fra³⁸³. Hertil er det replicerende blevet anført, at

alitetssgrundsætningen stiller betydelige krav til de kompetente myndigheder om indsigt i økonomiske, erhvervsmæssige og skatteretlige forhold. Se en oversigt over kritikken hos *Jacob Graff Nielsen*: Legalitetskravet ved beskatning, 2003, s. 342 ff.

380. Se herved *Thøger Nielsen* i Dansk Skattevidenskabelig Forenings jubilæumsskrift, 1990, s. 54, der hertil anfører, at behovet for generalklausuler og andre overordnede normer og deraf følgende begrebsdannelser derved begrænses. Forfatteren anfører videre op.cit., s. 52, at *Jan Pedersens* afhandling er iøjnefaldende fattig på forsøg på at efterprøve, om de mange afgørelser ikke skulle kunne nås ved almindelig fortolkning på baggrund af de fortolkningsprincipper, som er almindeligt accepterede i hvert tilfælde i dansk ret.

381. Jf. *Isi Foighel* i R&R 1990/5, s. 61, og *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 102, og samme i R&R 2000 SM 130 ff (132). Førstnævnte kalder betragtningsmåden helt banal, idet ingen jurist noget øjeblik vil mene, at man ved afgørelsen af en sag skal se bort fra det sande og virkelige billede af de dispositioner, der er til bedømmelse og disses virkelige baggrund.

382. Jf. herved *Jan Pedersen* i TfS 2000, 142, s. 352, der videre anfører, at en sådan adskillelse og heraf følgende ignorering af retskraftige, gyldige og lovlige dispositioner selvsagt ikke er en banal omstændighed, men derimod kræver særlige omstændigheder opfyldt.

383. Jf. *Isi Foighel* i R&R 1990/5, s. 61-62. Se også *Søren Lehmann Nielsen* i Lov & Ret 2002,

Del IV – Konfrontation

der netop var tale om en generalklausul, som snarere angiver en retlig metode til bedømmelse af de underliggende problemstillinger, end den giver svar på konkrete retlige spørgsmål³⁸⁴. Videre er det blevet anført, at grundsætningen heller ikke underminerer legalitetskravet, idet den netop ikke foreskriver en særlig indskrænkende eller udvidende fortolkning, eller på anden måde tillægger de relevante skattebestemmelser et andet indhold, end der kan udledes af ordlyden³⁸⁵.

For det fjerde er det blevet anført, at der består en risiko for, at realitetsgrundsætningen opfattes som et almenbegreb³⁸⁶, hvorfra der kan deduceres løsninger, samt at noget sådant ikke er hensigtsmæssigt, idet de retsanvendende myndigheder herved slipper for at anvise egentlige og reale grunde for korrektioner af skatteydernes selvangivelse³⁸⁷.

For det femte blev det anført, at realitetsgrundsætningen var udtryk for en ubeviselig påstand, der nærmest var udtryk for juridisk voodoo, som praktiseret af primitive folkeslag³⁸⁸.

Videre for det sjette blev det anført, at der til grund for realitetsgrundsætningen ligger en utraditionel definition af begrebet »ligningsgrundlaget«³⁸⁹.

s. 20 ff, der særligt anfører, at realitetsgrundsætningen medfører en svært gennemskuelig retstilstand. Samme synspunkter fremkommer hos *Oyvind Hansen & Ingen Nilsson* i TfS 2003, 326.

384. *Jan Pedersen* i TfS 2000, 142, s. 351.

385. Loc.cit., hvor også baggrunden for formuleringen af grundsætningen fremhæves: nemlig at tage over der hvor fortolkningsvejen må give fortabt, og der i stedet skal foretages en fortolkning af faktum, forinden fortolkning af retsreglen påbegyndes. Som det rigtigt anføres af *Frederik Zimmer* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, s. 41, er det en forudsætning for dette argument, at legalitetsprincippet ikke kan siges også at referere til (om)kvalifikation af (juridiske) fakta.

386. Se *Aage Michelsen* i R&R 1973, s. 273 ff (283 ff), om sontringen mellem almenbegreber og samlebegreber. Forfatteren anfører med henvisning til retsteorien, at man i ældre teori gjorde den fejl at opfatte retlige begreber (in concreto begreberne »skøn og retsanvendelse« som er fremstillingstekniske hjælpebegreber) som almenbegreber, hvilket ville sige begreber, man ved abstrakt tænkning havde givet et bestemt indhold. Denne fejlagtige opfattelse af begreberne førte tillige en forkert metode med sig, idet man løste de konkrete retskonflikter ved logisk deduktion ud fra almenbegreberne. I erkendelse af at begreberne ifølge sprogets natur har et ubestemt indhold, er de retlige begreber siden blevet beskrevet som *typebegreber*, hvormed angives, at begreberne ikke har et på forhånd bestemt indhold, men kun et *typisk indhold* eller et *kerneindhold*.

387. Jf. *Aage Michelsen* i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 103, og *Aage Spang-Hanssen* i TfS 1999, 719.

388. Jf. *Thøger Nielsen* i *Dansk Skattevidenskabelig Forenings Jubilæumsskrift*, 1990, s. 46 ff.

389. Jf. *Thøger Nielsen* i *Dansk Skattevidenskabelig Forenings Jubilæumsskrift*, 1990, s. 46 ff (52), hvor det anføres, at det ved den oprindelige udformning af de systematiske

For det syvende er det blevet gjort gældende, at der ikke består skatteretlige bindinger til civilretlige begreber, hvorfor det er meningsløst at opstille nogen realitetsgrundsætning, som indebærer en frigørelse fra den påståede civilretlige styring³⁹⁰. Repliceringen hertil tilsvare ovenstående ad den anden indvending.

For det ottende kan der rettes den indvending overfor realitetsgrundsætningen, at der savnes analyser af grænsedragningerne mellem grund-sætningen på den ene side og det traditionelle skatteretlige dokumentationskrav på den anden³⁹¹. Det forekommer således som en tilsnigelse at klassificere et forhold som et udslag af realitetsgrundsætningen, såfremt skatteyderen blot ikke har formået at dokumentere det påståede forhold. Naturligvis kan der forekomme situationer, hvor den undladte dokumentation af givne dispositioner mv. er udtryk for forholdets manglende realitet, men der lader ikke til at være foretaget en generel analyse af dette forhold. En sådan analyse savnes, og den efter min vurdering i givet fald ville styrke grundsætningens gennemslagskraft i betydeligt omfang.

Endelig for det niende er det blevet anført, at hovedkritikken er, at det ikke er muligt at adskille faktumbedømmelsen fra jus³⁹². Det faktum, som skal fastlægges i en skattesag, er reguleret i de lovbestemmelser,

hjelpebegreber »ligningsgrundlag« og »beregningsgrundlag« blev anset for overflødig at understrege, at de nødvendige oplysninger ved tilvejebringelse af ligningsgrundlaget også måtte kunne karakteriseres som fuldstændige og korrekte oplysninger. Det anføres, at man dog i denne selvfølgelig forstand godt kunne have talt om et realitetskrav i skatteretten som på så mange andre retsområder. Endelig anføres det, at det af Jan Pedersen anvendte begreb udgør en markant ændring af den normale begrebsopfattelse, idet ligningsgrundlaget ud over at vedrøre tilvejebringelsen af de faktiske oplysninger, som er nødvendig for at bringe reglerne om beregningsgrundlaget til fuldstændig og korrekt anvendelse, tillige vedrører retten til kvalificering af skatteyderens økonomiske dispositioner, jf. Skatteudnyttelse, s. 217. Thøger Nielsen anfører her imod, at »... Tanken om at indføre en vurderende kvalifikation ved bedømmelsen af selve det faktiske ligningsgrundlag eller med andre ord en uklar begrebsmæssig mellemzone mellem dette og anvendelsen og fortolkningen af skattelovgivningens almindelige normer er formentlig en helt upåkrævet tankemæssig komplikation, der i værste fald – navnlig ved den indledende skatteligning på det administrative plan – kunne få den uheldige virkning uden dybdegående retlig analyse at legitimere en adgang til at vælge og vrage mellem skatteyderens dispositioner ud fra en temmelig ukontrollabel vurdering af deres »realindhold« ...«, op.cit., s. 54.

390. Se I. A. Strobel i SR-Skat 1990, s. 377 ff.

391. Se dog Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1989, s. 435, hvor et dokumentationskrav omtales som en del af realitetsgrundsætningen og s. 366 ff, med en kort beskrivelse af dokumentationskrav ved dispositioner i interessefællesskaber.

392. Jf. Aage Michelsen i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Torsten Iversen m.fl. (red.), 2003, s. 231 ff, og samme i TfS 2003, 777.

som skal bringes i anvendelse. Faktumbegreber har efter kritikernes opfattelse ikke noget indhold i sig selv, men får kun indhold ved anvendelsen af de lovbestemmelser, som faktum skal henføres til. Den retlige subsumption kan således ikke ske uden anvendelse lovfortolkning, hvorved vi efter kritikernes opfattelse atter er tilbage ved spørgsmålet om, hvorvidt lovfortolkningen er forenelig med legalitetsprincippet. Det anføres således, at der er tale om et dialektisk samspil mellem faktumfastlæggelse og lovfortolkning. Hverken faktumfastlæggelse eller lovfortolkning kan ske isoleret fra den anden del af den retlige subsumption³⁹³.

Baggrunden for flere af disse indvindinger skyldes formentlig i vidt omfang, at de samme afgørelser af forskellige individer kan fortolkes og er blevet fortolket vidt forskelligt³⁹⁴. Når således senere retspraksis påberåbes til støtte for enten det ene eller det andet standpunkt, bringer dette ikke umiddelbart diskussionen videre, med mindre der er sket en tydeliggørelse af domstolenes præmisser³⁹⁵.

C) Tydeliggørelse i nyere domspraksis

Der synes i nyere sager fra Højesteret at være sket en tydeliggørelse³⁹⁶.

I TfS 2000, 148 H *Carsten Glenting* blev sagen afgjort på grundlag af økonomiske realiteter³⁹⁷. I sagen foretog skatteyderen i 1991 en inve-

393. Tilsvarende overvejelser fremgår hos *Jacob Graff Nielsen*: Legalitetskravet ved beskattning, 2003, s. 347 f, og s. 351. Forfatteren anfører tilsvarende, at fastlæggelsen af faktum ikke kan adskilles fra anvendelsen af jus, idet kvalifikationen af faktum i hvert fald sker på baggrund af retsreglerne. Forfatteren finder derfor ikke, at kvalifikationen af faktum i skatteudnyttelsessager kan antages at være præjudiciel, idet den indgår i retsanvendelsen under iagttagelse af skattelovgivningen. Videre konstaterer forfatteren, at der er tale om, at domstolene supplerer skattelovgivningen på et sagligt grundlag. Denne supplerer er efter forfatterens opfattelse ikke ulovhjemlet, idet skattelovgivningen sætter rammerne for korrigerer eller tilsidesættelse af faktum og er udgangspunktet for det uomtvistelige behov for domstolenes udfyldende virksomhed.

394. Realitetsgrundsætningen er senest kritiseret hos *Henrik Dam*: Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 2005, s. 451 ff.

395. Den betydelige praksis *Jan Pedersen* i TfS 2000, 142, fremhæver som efterfølgende dokumentation lider i et vist omfang af denne svaghed.

396. Den i øvrigt ganske omfangsrige praksis, der har indgået i diskussionen, skal ikke undergives en nærmere behandling i denne sammenhæng.

397. Trods dette finder *Aage Michelsen* R&R 2000 SM 130 (132), ikke, at dommen kan tages til indtægt for eksistensen af en realitetsgrundsætning. Dog nævner forfatteren i forbindelse hermed, at det jo ikke ganske kan udelukkes, at dommernes retsopfattelse, blandt andet fordi kammeradvokaten jævnlige i sin procedure påberåber sig realitetsgrundsætningen, mere generelt er blevet påvirket af denne. Dette må siges at udgøre en opblødning i forhold til forfatterens hidtidige udsagn.

stering ved tegning af andele i et interessentskab i henhold til et prospekt udbudt af Den Københavnske Bank. I aftalekomplekset indgik køb af obligationer og en låneaftale på »non-recourse vilkår« med The Chase Manhattan Bank. Skatteyderen foretog fradrag for renter mv. på 258.283 kr. Landsretten lagde til grund, at aftalekomplekset havde været uden forretningsmæssig værdi for skatteyderen som investor, og at han havde været uden faktisk og retlig indflydelse på investeringens forløb, samt at der ikke havde påhvilet skatteyderen nogen selvstændig forpligtelse til at forrente og tilbagebetale lånet, og skatteyderen havde herefter ikke fradrag for renter mv. Højesteret bemærkede, at en låneaftale, der indeholdt bestemmelser om begrænset hæftelse (non recourse vilkår), ikke i sig selv var til hinder for fradrag for renter mv., men retten fandt ud fra en samlet bedømmelse, at de omtvistede beløb ikke under de foreliggende omstændigheder var fradragsberettigede efter statsskattelovens § 6, stk. 1, litra e, og Landsrettens dom blev stadfæstet³⁹⁸.

Også TfS 2000, 374 H *Carsten Bo Petersen* (UfR 2000, 1509 H) blev afgjort på baggrund af sagens økonomiske realitet. Men den foretagne konkrete realitetsbedømmelse var i denne sag ganske nært knyttet til almindelige retskilder³⁹⁹. I sagen købte skatteyderen i december 1990 en række driftsmidler af et selskab for en købesum på ca. 20 mio. kr., og parterne indgik samtidig leasingaftaler om de samme driftsmidler for en periode på 60 måneder med betaling af halvårslige ydelser, idet den første skulle betales den 30/6 1991 for perioden 1/1-30/6 1991. Ved købet betalte skatteyderen til selskabet et sagsbehandlingsgebyr på 2,5 pct. af købesummen, eller 488.014 kr. Til finansiering af købesummen, der betaltes 31/12 1990, gav skatteyderen sin bank fuldmagt til at optage 2 valutalån på i alt 20 mio. kr. Landsretten fandt, at det af fuldmagterne og afregningsnotaer fremgik, at skatteyderen skulle betale en rente, der var højere end den forrentning, han opnåede gennem leasingydelserne. Det var således klart ved arrangementets begyndelse, at dette ville give underskud. Leasingvirksomheden fandtes herefter ikke at have været erhvervsmæssig, og der var ingen afskrivningsret. Højesteret fastslog, at selvom aftalen formelt gik ud på køb med efterfølgende

398. Dommen er også kommenteret i JUS 2000/7.

399. Jf. herved *Jørgen Nørgaard* i J 2001, s. 69, hvor det med henvisning til dommen anføres, at Højesteret længst muligt konsoliderer en skatteretlig realitetsbedømmelse med henvisning til traditionelle retskilder.

udleje, førte en konkret vurdering til, at der i realiteten ikke var tale om et køb. Realiteten var udelukkende den skattemæssige, at skatteyderen erhvervede sig en adgang til at afskrive. Denne realitetsbedømmelse førte til, at arrangementet skattemæssigt blev tilsidesat, således at skatteyderen ikke havde nogen afskrivningsret på de driftsmidler, der var omfattet af aftalen. Landsrettens dom stadfæstedes herefter. Der skal i denne forbindelse navnlig henvises til Højesterets bemærkninger i sagen, om at »... Adgangen til ud fra en konkret realitetsbedømmelse at frakende en formel overdragelse skattemæssig betydning har – også for så vidt angår leasingprojekter – været forudsat af lovgivningsmagten og skattemyndighederne, jf. herved Folketingstidende 1983-84, sp. 2368, og cirkulære nr. 38 af 2/4 1984 om ændring af afskrivningsloven (Leasing), pkt. 1, afsnit 3 ...«. Disse bemærkninger støtter synspunktet om, at der anvendes almindelig lovfortolkning til sagens afgørelse.

Endelig skal nævnes den første Højesteretsdom om de såkaldte 10-mandsprojekter refereret i TfS 2000, 1011 H *Simon Bent Sørensen*. Bedømmelsen i denne sag foretages med henvisning til konstateringen i TfS 2000, 374 H *Carsten Bo Petersen*, om at de af lovgivningsmagten og skattemyndighederne har været forudsat, at en formel overdragelse kan frakendes skattemæssig betydning efter en konkret realitetsbedømmelse⁴⁰⁰. Sagen drejede sig om skatteyderens fradrag for driftsomkostninger og renteudgifter ved hans deltagelse i et såkaldt 10-mands anpartsselskab. Skatteyderen underskrev i 1991 en kontrakt, hvorved han

400. Se om dommen *Aage Spang-Hanssen* i TfS 2001, 149, med fokusering på skatteydernes bevisproblemer ved praksisændringer og *N. Mou Jakobsen* i R&R 2001 SM 58 ff. Sidstnævnte finder at de to refererede domme synes at medføre det endelige gennembrud i Højesterets praksis for realitetsgrundsætningen som gjort gældende af Jan Pedersen. Dog anfører forfatteren videre, s. 60, at de almindelige indvendinger mod realitetsgrundsætningen synes at forekomme særlig relevante i lyset af de to dommes præmisser, hvormed der fastslås, at adgangen til ud fra en konkret realitetsbedømmelse at frakende en formel overdragelse skattemæssig betydning, har været forudsat af lovgivningsmagten og skattemyndighederne. *N. Mou Jakobsen* anfører, at Højesteret hermed synes at introducere en konkret realitetsbedømmelse som en forudsætning ved en overdragelses skattemæssige virkninger som en særlig retskilde, hvorfra der kan drages retlige løsninger. Denne begrundelse finder forfatteren bemærkelsesværdig, når der henses til den i sagen fremlagte dokumentation for skattepraksis i anpartssager, herunder de centrale skattemyndigheders opfattelse. Forfatteren finder nærmest, at praksis og lovbemærkninger viser det modsatte. Ud fra en retssikkerhedsmæssig betragtning finder forfatteren det betænkeligt at introducere lovgivningsmagtens og skattemyndighedernes forudsætninger som grundlag for tilsidesættelse af skatteydernes selvangivelse. Endelig anføres det, at en adgang for skattemyndighederne til med henvisning til lovgivningsmagtens og skattemyndighedernes udtalte og dermed ikke kendelige forudsætninger at kunne tilsidesætte skatteydernes selvangivelse, indebærer en

købte en andel i KGH Beteiligungsgesellschaft m.b.H. & Co. Selskabet (KGH) havde 10 deltagere og en komplementar. Selskabet købte i 1991 et Boeing 747 fly til 58.5 mio. USD, og til finansiering af købet indgik selskabet med en fransk bank (Credit-Lyonnais/Airfinance) en låneaf-tale på limited recourse-vilkår. Medmindre der forelå ond tro, kunne långiver kun søge fyldestgørelse i flyet med tilknyttede kontrakter. Sel-skabet (KGH) indgik en 2-årig leasingaftale med Cargolux Airlines International, som påtog sig en ubetinget forpligtigelse til at betale leasingydelserne, som svarede til det beløb, som KGH skulle betale ifølge låneaftalen. Cargolux (leasingtageren) forpligtede sig til at ved-ligeholde flyet og betale forsikringen, ligesom leasingtageren påtog sig risikoen for flyet og forpligtede sig til at friholde leasinggiveren (KGH) for ethvert tab og ansvar mv. KGH indgik endvidere en låneaftale og salgsagenturaftale med Airfinance for en 3-årig periode, således at Air-finance skulle anvise en køber til flyet til en pris, som mindst svarede til restgælden på lånet. Landsretten tilsidesatte skatteyderens deltagelse i projektet pga. manglende reel økonomisk indsats og risiko. Højesteret fandt, at de tosidede aftaler, der blev indgået mellem KGH, Airfinance og Cargolux, ved fælles definitioner, direkte henvisninger og spejlinger af rettigheder og forpligtigelser udgjorde et sammenhængende aftale-kompleks, hvor den enkelte aftale forudsatte eksistensen af de øvrige. KGH (leasinggiveren) var efter aftalekomplekset afskåret fra enhver retlig eller faktisk råden over flyet. I leasingforholdets løbetid var KGH's mulighed for drifts- eller likviditetsoverskud udelukket, da KGH's risiko for drifts- eller likviditetsunderskud var hypotetisk som følge af Cargolux' forpligtigelser, forsikringsdækningen og bankaftaler-nes bestemmelser om begrænset regres. Realiteten i aftalekomplekset var, at kommanditisterne købte sig til et midlertidigt, formelt ejerskab for at få mulighed for afskrivningsret, og skatteyderen fandtes ikke under disse omstændigheder i skattemæssig henseende at have været medejer af flyet. Højesteret stadfæstede herefter Landsrettens dom⁴⁰¹.

risiko for en vilkårlighed, som går på kompromis med principperne om lovfæstelse af retsregler, samt at skærpende skatteregler kun kan gennemføres med virkning for fremtiden.

401. I lyset af Højesterets praksis er der for Højesteret indgået forlig i en sag (TfS 2000, 61 Ø) om sale and lease back, jf. TfS 2001, 952. Forliget er kommenteret af Skattemini-steriet Departementet i TfS 2001, 975. Tilsvarende er der indgået ved Østre Landsret også i en sag vedrørende sale and lease back (TfS 1998, 430 LSR), jf. TfS 2001, 955, hvilket er kommenteret af Skatteministeriet Departementet i TfS 2001, 974. Resultatet

Del IV – Konfrontation

Resultatet tages af *Leif Sundby*⁴⁰², *Erik Werlauff*⁴⁰³, *Aage Michelsen*⁴⁰⁴ og *Nikolaj Vinther*⁴⁰⁵ til indtægt for eksistensen af et selvstændigt skatteretligt ejendomsbegreb, der kan medføre en afvigelse fra det civilretlige ejerskab, som parterne har aftalt⁴⁰⁶.

Højesterets praksis er siden fulgt i TfS 2001, 731 Ø *Ole Ingvar Helm Nielsen*, hvor skatteyderens deltagelse i et skatteinteressentskab, der foretog sale and lease back af containere, under henvisning til ovenstående domme ikke blev tillagt skattemæssig betydning. Tilsvarende ses af TfS 2001, 739 Ø *Nordisk Factoring A/S*, hvor Landsretten i skattemæssig henseende tilsidesatte et sale and lease back arrangement, med den begrundelse, at realiteten i det konkrete aftalekompleks for sagsøgerens vedkommende var at købe sig til et midlertidigt, formelt ejerskab for at opnå afskrivningsret til driftsaktiverne⁴⁰⁷. Endelig har Ve-

af begge forlig var, at skatteyderne ikke havde ret til underskudsfradrag (afskrivning) og rentefradrag i forbindelse med leasingarrangementet, idet disse som leasingtagere ikke kunne anses som værende ejere af leasingaktiverne i skattemæssig henseende. Samtidig anerkendte Skatteministeriet, at skatteyderne ikke skulle beskattes af leasingindtægter, da de ikke havde været ejere af aktiverne. Således sås der gennem de konsekvente dispositionskorrektioner helt bort fra arrangementerne ved indkomstopgørelsen.

402. Jf. SpO 2001, s. 62 ff.

403. Jf. UfR 2001, B, 421.

404. Jf. Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, s. 231 og samme i TfS 2003, 777.

405. Jf. Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 198 f.

406. Modsat denne opfattelse anfører *Kurt Siggaard* imidlertid i TfS 2003, 435, med note 6, at Højesterets præmisser ikke nødvendigvis synes at føre til en sådan konklusion. Derimod antager forfatteren, at Højesteret har taget stilling til, at skatteyder ikke var ejer i civilretlig henseende, hvorfor han ej heller i skattemæssig henseende har været medejer. Se også hertil *Aage Michelsen* i R&R 2004 SM, s. 4.

407. I TfS 2002, 13 LSR, er der på tilsvarende vis foretaget en konkret realitetsbedømmelse ad modum den omtalte højesteretspraksis. I sagen var der tale om en 10-mands interessentskab, som havde til formål at investere i skovbrug. En skatteyder havde af skattemyndighederne fået underkendt at medregne interessentskabet i sin personlige indkomstopgørelse. Realitetsbedømmelsen havde i sagen betydning ved bedømmelsen af den skattemæssige relevans af interessentskabet. Herom fandt retten på baggrund af en konkret realitetsbedømmelse af ejerforhold, låntagning, hæftelse, risiko, mulighed for tab/gevinst mm., at skatteyderens deltagelse i interessentskabet ikke skulle tillægges skattemæssig betydning, idet der efter rettens vurdering ikke forelå sædvanlige forretningsmæssige og økonomiske dispositioner. Se også TfS 2004, 64 Ø *Bianco Invest A/S & Bibulk A/S*, hvor ejerskab til et skib blev underkendt. I TfS 2002, 760 V *Bilka lavprisvarehus A/S*, ses et eksempel, hvor realitetsgrundsætningen ikke medførte en tilsidesættelse af en overdragelse af nogle leasingaktiver. Et selskab havde købt aktierne i et leasingselskab. Landsretten bemærkede i sagen, at en fælles skattemæssig interesse, driftsrisikoen forbliven hos sælgeren samt det forhold, at sælgeren efter salget fortsat over for leasingtagerne fremstod som ejer af leasingaktiviteterne ikke kunne begrunde, at det havde været hensigten at ændre ved ejerforholdet til leasingaktiverne. Praksis

stre Landsret i TfS 2005, 601 V *Kame A/S* tilsidesat et selvangivet tab. Selskabet, der havde et tysk datterselskab, indgik en aftale med en formidler om levering af en finansiel konstruktion, der kunne give selskabet et skattemæssigt underskud ved anvendelse af sambeskatningsreglerne, den dansk-tyske dobbeltbeskatningsoverenskomst og investering i investeringsbeviser i en investeringsforening i Luxembourg. Investeringsbeviserne blev anskaffet i december 1994 for 111 mio. kr. 90 pct. blev afstået senere i december for 100 mio. kr. og de sidste 10 pct. blev afstået i januar 1995 for 11. mio. kr. Selskabet gjorde gældende, at have lidt et tab på 107 mio. kr. Landsrettens flertal udtalte, at anskaffelsen og afståelsen af investeringsbeviserne var sket som led i et skattearrangement, der alene havde til formål at opnå en skattemæssig

vedrørende sale and lease back-arrangementer er gennemgået og sammenfattet af *Niels Samming & Tom Nørgaard* i TfS 2003, 208, som tydeligvis repræsenterer skattemyndighedernes synsvinkel på problemstillingen. Se også TfS 2000, 602 Ø *Gunnar Sundberg*, hvor en realitetsbetragtning medførte, at skatteyderen ikke i skattemæssig henseende kunne anses som ejer af nogle driftsmidler, og dermed ikke var berettiget til fradrag for renteudgifter for et banklån og TfS 2002, 151 Ø *Leif Møller Jacobsen og Peter Henckel Rasmussen*, hvor skatteyderne ikke i skattemæssig henseende reelt fandtes at have været medejere af nogle togvogne, og derfor ikke havde adgang til afskrivningsret, ligesom rentefradragsret ud fra en helhedsbedømmelse blev nægtet, idet der ikke fandtes at foreligge en reel gældsforpligtelse. Nævnes bør også TfS 2003, 493 H *Jan Aage Jensen og Ole Nøhr*. I sagen blev skatteydernes deltagelse i et 10-mandselskab ikke tillagt skattemæssig betydning. Landsretten henviste i sin begrundelse til TfS 2000, 1011 H, idet det anførtes, at de aftaler der var indgået mellem I/S'et, leasingtager, og finansieringsbankerne indgik i et sammenhængende kompleks, hvor den enkelte aftale forudsatte eksistensen af de øvrige. Idet I/S'er var afskåret fra enhver retlig og faktisk råden over leasingaktiverne i leasingperioden, idet I/S'et ikke havde nogen reel økonomisk risiko og hæftelse over for leasingtager, idet I/S'ets mulighed for drifts- og likviditetsoverskud i perioden var udelukket, idet ydelserne i henhold til leasingaftalen var nøje afstemt og ydelserne blev betalt direkte til banken ligesom alle krav var pantsat til banken, idet I/S'ets risiko for drifts- og likviditetsunderskud var hypotetisk, og idet lånet til finansiering af containerne blev optaget på non-recourse vilkår, hvorfor hæftelsen over for banken reelt var begrænset til rettighederne ifølge leasingaftalen, lagde Landsretten til grund, at realiteten i det konkrete aftalekompleks var, at skatteyderne købte sig til et midlertidigt formelt ejerskab til containerne for at opnå mulighed for afskrivningsret. Herved blev skatteyderne ikke anses som medejere af aktiverne. Ligeledes fandtes det, at der ej heller var grundlag for at anerkende rentefradrag for lånet, idet det efter en samlet bedømmelse blev lagt til grund, at der ikke påhvilede skatteyderne nogen retlig gældsforpligtelse. Højesteret stadfæstede dommen og dennes præmisser. Se endelig TfS 2004, 138 *Poul Staalsø*, hvor skatteyderens medejerskab til containere og en gældsforpligtelse vedrørende købet heraf blev underkendt med tilsvarende begrundelse. Endelig bør nævnes TfS 2005, 885 V, hvor ejendomsretten til ejendommen i 10-mandsprojekter blev anerkendt, jf. hertil *Jan Steen Hansen* i TfS 2005, 1016.

fordel. Landsrettens fleral fandt ikke, at selskabet havde lidt et reelt tab, der kunne begrunde fradrag.

Der er således ikke tvivl om, at Højesteret benytter en konkret realitetsbedømmelse, men samtidig må det formentlig også lægges til grund, at denne realitetsbedømmelse i videst muligt omfang knytter sig til de traditionelle retskilder.

D) Sammenfatning af gældende ret

Det nærmeste man kommer en verifikation af retsvidenskabelige teser, når de øverste retsanvendende instanser udtaler sig i generelle vendinger om en given problemstilling enten konkret ved sagsbedømmelse eller gennem obiter dictae. Beslægtet hermed – men dog tillagt betydeligt mindre (om nogen) retskildeværdi – må det være, når en højesteretsdommer udtaler sig om løsningen af skatteretlige sager ved landets højeste domstol. Netop realitetsgrundsætningen har på sådan vis fået ryggtøtte fra uventet hold. Således har højesteretsdommer *Jørgen Nørgaard* ved et symposium på Københavns Universitet, med overskriften: *Den Danske Højesteret – i dag og i fremtiden* udtalt⁴⁰⁸, at »... Det er klart, at Højesteret længst muligt – som det også fremgår af dommen *U 2000, 1509 H* – konsoliderer en skatteretlig realitetsbedømmelse med henvisning til traditionelle retskilder, men der er så vidt jeg kan se, ikke anledning til at mene at Højesteret viger tilbage fra ud fra en almindelig skatteretlig realitetsgrundsætning at tilsidesætte et arrangement som ulovlig skatteunddragelse, jf. herved professor *Jan Pedersens* disputats »Skatteudnyttelse« fra 1989 ...«. Dette udsagn støtter altså klart eksistensen af en realitetsgrundsætning i dansk skatteret. Derimod synes udsagnet også at indebære, at ikke alle de domme, der er anført til støtte for realitetsgrundsætningens eksistens kan ses som værende udtryk herfor, men snarere skal ses som en skatteretlig realitetsbedømmelse med henvisning til traditionelle retskilder. Hermed har begge lejre i diskussionen fået støtte for deres argumentation.

Sammenfattende må det dog konstateres, at realitetsgrundsætningen er en bestanddel af dansk skatteret. Hermed kan spørgsmålstegnet i afsnittets overskrift fjernes, så den rette overskrift i stedet bør være: *Realitetsgrundsætningen – en realitet*⁴⁰⁹.

408. Højesteretsdommerens indlæg, der bar titlen »Højesterets rolle i skattesager«, er gengivet som artikel i *J* 2001, s. 65 ff.

409. En tilsvarende karakteristik gives af *Tyge Petersen & Allan M. Sørensen* i *TfS* 2001, 976,

Efterfølgende er spørgsmålet blot, i hvilken udstrækning det allerede skitserede indhold af realitetsgrundsætningen er og bør være det gældende indhold. Det er ikke hensigten i foreliggende afhandling af afdække de nærmere grænser for realitetsgrundsætningen, blot skal det anføres, at noget tyder på, at den hidtidige formulering af realitetsgrundsætningen i visse henseender er formuleret for snæver og i andre for bred. Hertil kommer, at der tilsyneladende blandt praktikere flourer den holdning, at »vildddyret« må tæmmes, idet skattemyndighederne alt for ofte søger realitetsgrundsætningen bragt i anvendelse også i situationer, hvor noget sådant ikke forekommer relevant og passende⁴¹⁰. Der er formentlig i denne henseende nødvendigt at betone, at der er tale om en *konkret realitetsbedømmelse*, frem for en generel realitetsgrundsætning, hvorfra der kan deduceres skatteretlige løsninger.

Hertil kommer, at det ikke endeligt kan udledes, om domstolene ved siden af realitetsgrundsætningen slækker på hjemmelskravet i misbrugs- henholdsvis omgåelsessituationer. Det er derfor uklart, om der i givne situationer kan skrides korrigerende ind over for dispositioner, hvor form og substans er identiske og realiteten er til stede, men hvor der samtidig foreligger et misbrugsintention fra skatteyderens side⁴¹¹.

E) Særligt om tilsidesættelse af selskabsretlige dispositioner

I praksis er det en central problemstilling, om dispositioner, der kun kan foretages som følge af selskabsretlige forskrifter, kan tilsidesættes i skatteretlig henseende ud fra en konkret realitetsbedømmelse. Dette gælder således selskabsstiftelser, kapitalforhøjelser, kapitalnedsættelser mv. Med udgangspunkt i ovenstående bemærkning om, at der skal bestå en *faktisk modstrid* mellem formalitet og realitet, synes det vanskeligt at foretage en sådan tilsidesættelse. Således må det erkendes, at formaliteten i disse tilfælde faktisk udgør realiteten grundet udtrykkelige lovgivningstiltag.

Skattemyndighederne forsøger til stadighed at tilsidesætte sådanne

og Ole Bjørn i SR-Skat 2004, s. 128 f. Sidstnævnte anfører herom: »... At realitetsgrundsætningen er en kendsgerning i det retlige landskab, er efter min mening ubestrideligt ...«, og senere s. 129, »... Situationen er således i dag den, at realitetsgrundsætningen er en kendsgerning ...«.

410. Se eksempelvis kritisk til landsskatterettens praksis vedrørende tilsidesættelse af 10-mandsprojekter vedrørende ejendomsinvestering Kurt Siggaard i TfS 2003, 435.

411. Det bemærkes herved, at jeg forholder mig noget modstræbende ved at sætte lighedstegn mellem dispositioners manglende realitet og misbrug. En stor grad af overlapning mellem begreberne må dog formentlig accepteres.

Del IV – Konfrontation

selskabsretlige dispositioner. Indtil videre uden held⁴¹². Praksis har centreret sig om tilsidesættelse af selskabsstiftelser ud fra nullitetsbetragtninger. Som det påvises nedenfor i Del IV, kapitel 18, § 7, 7.4.3. har sådanne betragtninger ikke længere støtte i praksis.

Verserende sager vedrørende den såkaldte *elevatormodel* er blevet forsøgt tilsidesat ud fra en konkret realitetsbedømmelse. I hovedtræk indebærer denne model, at et selskab, der ønsker at afhænde sine aktier i et selskab til tredjemand, som det har ejet mindre end tre år, i stedet foranstalter at der foretages en samtidig kapitalnedsættelse og kapitalforhøjelse. Kapitalnedsættelsen sker som følge af tilbagesalg af aktier til udstedende selskab, jf. LL § 16 B. Kapitalforhøjelsen sker ved, at tredjemand tegner aktier i selskabet. Landsskatteretten har fastholdt denne tilsidesættelse, jf. TfS 2003, 985 LSR⁴¹³. Siden har Vestre Landsret stadfæstet landsskatterettens kendelse vedrørende samtidig kapitalnedsættelse og kapitalforhøjelse, jf. TfS 2005, 490 V *Finwill ApS*. Som også Landsskatteretten skar Landsretten problemstillingen klart til, idet det blev anført, at parternes uenighed angik spørgsmålet om, *hvem salget var sket til*. Var der tale om et salg til udstedende selskab, hvorved salget ville være omfattet af LI § 16 B, stk. 1, og dermed skattefri for sælger efter SEL § 13, stk. 1, nr. 2, eler var der tale om et direkte salg til den indtrædende aktionær, hvorved en eventuel avance ved salget ville være skattepligtig efter ABL § 2, stk. 1. På baggrund af sagens faktisk omstændigheder lægger Vestre Landsret til grund, at det hos sælger var et tydeliggjort ønske, at salget ikke udløste skat. Landsretten langde endvidere til grund, at selskabet ikke selv havde midler til at foretage tilbagekøbet, hvorfor disse blev tilvejebragt ved en samtidig kapitalforhøjelse. herefter indlod Vestre Landsret sig på en vurdering af den retlige konsekvens for køberselskabet ved de to alternative metoder. Under visse omstændigheder fandt Landsretten, at overdragelsen reelt var sket til køberselskabet, der efter overdragelsen ejede 100% af aktierne i selskabet, og at overdragelsen til det udstedende selskab måtte

412. Sml. konklusionen hos *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2003, s. 219. Det konkluderes, at formelle selskabsretlige dispositioner generelt ikke kan omkvalificeres. Selskabsretlige dispositioner har i sig selv en realitet som sikres af selskabslovenes klare og entydige regulering af disse. Konklusionen er gentaget i SR-Skat 2004, s. 50 ff.

413. Se kritisk hertil *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 68 og med støtte til afgørelsen *Morten Jappe & Lars Bo Nielsen* i TfS 2004, 315. Se også *Ole Bjørn* i SR-Skat 2004, s. 127 ff dog uden stillingtagen men med konstatering af, at en stadfæstelse af landsskatterettens kendelse vil indebære en udvidelse af realitetsgrundsætningens anvendelsesområde.

anses for gennemført alene for at indgå skat. Landsretten tiltrådte derfor, at overdragelsen er anses for skattepligtig. Overdragelsen fandtes herefter ikke at have karakter af et tilbagesalg til udstedende selskab, som kan ske skattefrit, uanset om de selskabsretlige dispositioner var gyldige.

Dommens resultat er overraskende, selvom vestre Landsret tidligere med dommen i TfS 2002, 390 V *Over-Hold ApS*, kommer meget tæt på omkvalifikation af en selskabsretlig disposition. I sagen blev et rentefradrag i en finansieringstransaktion, hvori indgik et element af underskudsudnyttelse, nægtet med udgangspunkt i en konkret realitetsbedømmelse. Resultatet fremkom under henvisning til den nære sammenhæng mellem den foretagne låneoptagelse, kapitaludvidelse og en efterfølgende kapitalnedsættelse. På denne baggrund fandtes det ikke godtgjort, at selskabet reelt havde fri dispositionsret over det lånte beløb, ligesom det fandtes, at underskudsselskabet ej heller havde fri dispositionsret over sin egenkapital, idet det lånte beløb på 120 mio. DKK, efter Landsrettens opfattelse på forhånd var bestemt til alene at skulle anvendes til det samtidige udlån til det koncernforbundne selskab. Hertil kom, at Landsretten ikke fandt, at de koncerninterne lån var forbundet med en reel risiko for selskaberne. Da det endelig efter sagens oplysning måtte lægges til grund, at selskabet ikke havde en indtjening ved lånearrangementet, fandt Landsretten, at lånearrangementet *ikke havde karakter af en sædvanlig forretningsmæssig disposition* for selskabet, hvorfor lånet måtte frakendes skattemæssig betydning. Som det ses, indgår tilsidesættelse af selskabsretlige dispositioner alene som en indirekte konsekvens af, at ville nægte selskabet fradragsret for renteudgiften. Landsretten må således have ment, at kapitalforhøjelsen ikke kan anses for at være gennemført eller gennemført direkte af det udenlandske moderselskab, til trods for at det selskabsretligt er selskabet, som havde tegnet aktierne som led i kapitalforhøjelsen⁴¹⁴.

Højesteret har siden tilsidesat Landsrettens dom, idet Højesteret fandt, at den anvendte fremgangsmåde var udtryk for en lovlig udnyttelse af den dagældende udtrykkelige undtagelse for finansielle underskudsselskaber i LL § 15, stk. 7, nr. 3, jf. TfS 2003, 889 H *Over-Hold*

414. Jf. *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2003, s. 206 og *Hans Severin Hansen* i TfS 2004, 88.

ApS, som endnu engang fastslår, at der ikke kan opstilles et krav om, at dispositioner ikke må være skattemæssigt begrundet⁴¹⁵.

I lyset heraf og i lyset af Vestre Landsrets uklare præmisser i TfS 2005, 490 V, må det håbes at Højesteret ændrer dommen, idet en mulighed for skattemyndighederne til at tilsidesætte gyldige selskabsretligt gennemførte dispositioner vil medføre en helt uoverskuelig retsusikkerhed⁴¹⁶.

Der findes således indtil videre kun meget begrænset støtte i retspraksis for et synspunkt om, at kunne tilsidesætte dispositioner, der skylder deres liv til den selskabsretlige regulering heraf som også efteres af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen⁴¹⁷. Udbytteudlodninger og omkvalifikation heraf medregnes ikke til denne kategori⁴¹⁸.

Ved siden af denne konstatering synes der at være enighed om, at selskabsretlige dispositioner ikke kan undergives vilkårskorrektioner i medfør af LL § 2 grundet ordlyden af denne bestemmelse⁴¹⁹.

5.2.6.4. Sammenholdelse – sameksistens?

Det er påvist, at der i dansk skatteret gælder såvel en lære om rette indkomstmodtager som en realitetsgrundsætning. Disse korrektionsmuligheder er i vidt omfang overlappende. Læren om rette indkomstmodtager dækker enten over en beskatning i henhold til SL § 4 eller over en særlig del af realitetsgrundsætningen. Læren om rette indkomstmodtager udgør ikke noget egentligt hjemmelsgrundlag til korrektive indgreb. Læren om rette indkomstmodtager dækker flere situationer, der tillige omfattes af realitetsgrundsætningen, men samtidig

415. Dommen er kommenteret af *Aage Michelsen* i R&R 2004 SM, s. 2 ff, *Hans Severin Hansen* i TfS 2004, 88, og *Jan Guldmand Hansen* i SR-Skat 2004, s. 50 ff.

416. Se også *Anne-Marie Olsen & Johannes Grove Nielsen* i TNI 2005, s. 1141 f. Dommen er kommenteret af *Niels Josephsen* i R&R 2005 Sm 238 ff. Forfatteren er dog ikke afvisende over for dommens resultat, idet det anføres, at dispositionerne er gensidigt betingede.

417. Jf. *Hans Severin Hansen* i TfS 2004, 88 og *Jakob Bundgaard* i TfS 2004, 68, men modsat *Morten Jappe & Lars Bo Nielsen* i TfS 2004, 315 med argumentation for at brugen af de selskabsretlige regler kan blive så usædvanlig, at der opstår en spænding mellem de selskabsretlige dispositioner og den økonomiske realitet.

418. Se eksempelvis om dette spørgsmål *Torben Byskov Petersen* i TfS 1999, 193. Forfatteren forholder sig kritisk til praksis om i selskabstømmersager at beskatte sælgere af overskudsselskaber gennem differenceafregning af maskeret udbytte samtidig med at der selskabsretlige statueres selvfinansiering. Forfatteren rejser med rette spørgsmålet om, hvorvidt der bør kunne være forskel på den skatteretlige og den selskabsretlige bedømmelse af faktum.

419. Jf. herom eksempelvis *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*: *Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, 2001, s. 76.

visse forhold, der ikke nødvendiggør en anvendelse af realitetsgrundsætningen. Det bemærkes hertil, at det ikke er nogen forudsætning for korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager, at der er tale om skatteudnyttelse. Tilsvarende dækker realitetsgrundsætningen flere situationer end læren om rette indkomstmodtager og udgør som nævnt et supplement ved udfindelsen af rette indkomstmodtager. Konklusionen må derfor være, at der i henhold til den i afhandlingen præsenterede forståelse af de to teoretiske korrektionsmuligheder ikke ses at være problemer forbundet med en sameksistens mellem disse.

Foreliggende doms- og administrativ praksis bidrager dog ikke endeligt til en afklaring af, hvilke skatteretlige korrektioner der er udtryk for læren om rette indkomstmodtager, og hvilke korrektioner der er udtryk for indgreb efter realitetsgrundsætningen.

5.2.6.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Det primære anvendelsesområde for dispositionskorrektioner er skatteydernes civile aftalefrihed. Dette gælder, hvad enten dispositionskorrektionen foretages med udgangspunkt i realitetsgrundsætningen eller følger af SL § 4 og læren om rette indkomstmodtager. I mange tilfælde vil der være tale om en særlig skatteretlig fravigelsesmulighed fra i øvrigt (antaget) retskraftige dispositioner.

Selv om det er en forudsætning for realitetsgrundsætningen, at den aktuelle skatteudnyttelse er opstået som en følge af civilrettens styrende funktion, er det dog ikke givet, at alle dispositionskorrektioner foretaget i henhold til realitetsgrundsætningen også civilretligt måtte antages at være af »kød og blod«. Forholdet er nemlig det, at domstolene kun yderst sjældent i skattesager tager stilling til dispositionernes civilretlige karakter, ligesom det om visse sager endda kan anføres, at de valgte transaktioner og konstruktioner ej heller i tillige i civilretlig henseende ville stå for en nærmere prøvelse, hvorfor disse umiddelbart måtte antages at stå for fald.

Det er tillige fremgået, at læren om rette indkomstmodtager forudsætter overensstemmelse med civilretten. Der ses dog intetsteds at være gennemført en undersøgelse af, om dette faktisk er tilfældet i retspraksis, der må tages til indtægt som udslag af læren om rette indkomstmodtager. Som påpeget ovenfor synes en del af praksis at være baseret på en konkret realitetsbedømmelse, og derfor formentlig som sådan uden direkte sammenhæng med civilretten. Hvis korrektioner i henhold til læren om rette indkomstmodtager udgør en beskatning af re-

Del IV – Konfrontation

aliserede indkomster, synes der ikke at være tale om en afvigelse skatte- og civilretten imellem.

I det omfang der er tale om en fravigelse fra privatautonomien, må der tillige konstateres en fravigelse fra det konstaterede retskildebestemte kongruenskrav og koordinationsbestemte kongruensbehov⁴²⁰.

Med denne umiddelbare konflikt i erindring må det efterfølgende som et led i prøvelsen efter evalueringsmodellens trin 3-4, overvejes, om der findes særlige skatteretlige grunde til de konstaterede fravigelser.

Realitetsgrundsætningen udgør som nævnt en misbrugsklausul, der skal dæmme op mod skatteudnyttelse. Herved ses det, at skatteretsmisbrug overordnet set kan imødegås. Imidlertid kan realitetsbetragtningen vel i og for sig også finde anvendelse på situationer, hvor der ret beset ikke er tale om misbrug, men eksempelvis blot ubevidsthed om, at et givent forhold indebærer at en realitetsbedømmelse vil medføre tilsidesættelse. Da der ikke nødvendigvis er tale om sammenfaldende forhold, er det min vurdering, at realitetsgrundsætningen faktisk tilgodeser en tilsikring af realitet i den skatteretlige faktumbestemmelse, og herunder og til dels overlappende imødegår skatteretsmisbrug.

Hermed er konflikten ridset op. Overfor det stærke koordinationsbestemte og det middelstærke retskildebestemte kongruenskrav står behovet for at imødegå skatteudnyttelse (og ubevidste uoverensstemmelser mellem formalitet og realitet). En konkret afvejning af disse hensyn må falde ud til fordel for de bag realitetsgrundsætningen liggende hensyn.

En tilsidesættelse af aftalefriheden kan bevirke, at der sker en nedbrydning af retssystemets systematik og grundforudsætninger. Opretholdes en sådan systematik kan der imidlertid indtræde ganske alvorlige konsekvenser for skatteretten. Såfremt det således blev tilladt for civilretten at være diktatorisk dominant, kan dette medføre en gradvis ned-

420. Udsagnet hos *Jan Pedersen* i *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 448, om at realitetsgrundsætningen aldrig kan antaste den civilretlige aftalefrihed synes vanskeligt at forstå. Realitetsgrundsætningen synes netop at indebære en fravigelse fra den civilretlige aftalefrihed, idet det lægges til grund at de givne dispositioners civilretlige realitet ikke kan anfægtes.

brydning af skatteretten og herunder nedbrydning af beskatningsgrundlaget. Med erosionen af statens indtægtsgrundlag forsvinder hermed en forudsætning for opretholdelsen af et moderne samfund. Noget sådant kan selvsagt ikke accepteres.

I henseende til det retskildebestemte kongruenskrav synes realitetsgrundsætningen ikke at gøre vold herpå, idet der synes at være tale om en fortolkning af faktum, der ikke som sådan kræver hjemmel. I henseende til det koordinationsbestemte kongruensbehov synes en »ofring« af aftalefriheden på ovenstående baggrund af mindre betydning. Den skatteretlige fravigelse fra civilretten qua realitetsgrundsætningen må derfor anerkendes.

De teoretiske og faktiske implikationer af fravigelsen må derfor karakteriseres som værende nødvendige for at sikre skattesystemets beståen.

§ 6 Sammenfatning

Der er i dette kapitel foretaget en generelt konfrontation mellem privatautonomien og afhandlingens grundbetragtninger. Privatautonomiens rolle i civilretten er analyseret, hvorved det blev konstateret, at det nærmeste man kommer en generel konfrontation, er vurderingen af forholdet mellem privatautonomien og de centrale skattepolitiske principper om beskatning efter evne, ligebehandlings- og neutralitetsprincipperne.

Idet de nævnte skattepolitiske hensyn må antages at have samme betydning i skatteretten som partsautonomien i civilretten, må en skatteretlig censureringsaktivitet, der indebærer et værn mod forstyrrelser af disse hensyn, anerkendes ud fra koordinationstankegangen. Navnlig hvor der udøves skatteretsmisbrug, må der a priori antages at forekomme betydelige og legitime skatteretlige fravigelser fra privatautonomien.

Indledningsvis blev der konstateret en overensstemmelse mellem de bestående stærke og middelstærke kongruenskrav og den praktiske skatteretlige virkelighed, for så vidt angår det skatteretlige udgangspunkt, der indebærer en accept af privatautonomien. Det præciseredes dog, at der må stilles krav om, at en disposition er civilretlig gyldig, såfremt denne skal respekteres i skatteretten, idet skattemyndigheder-

Del IV – Konfrontation

nes ikke behøver at respektere en disposition, som ikke engang binder parterne selv⁴²¹.

På denne baggrund er potentielle samspilsproblemer klarlagt til primært at udgøre de særlige anerkendelsesspørgsmål. Ligeledes på denne baggrund er det konstateret, at der må antages at gælde et stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov ved den skatteretlige behandling af aftalefriheden. Samtidig er der konstateret et middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav. Herefter er privatautonomiens betydning i skatteretlig henseende klarlagt. Dette har indebåret en analyse af skatteretsmisbrug og mulighederne for indgriben mod dette gennem vilkårs- og dispositionskorrektioner samt betydningen af omgåelses- og misbrugsbestrægtninger. Før afdækningen af gældende ret på dette område, er selve sontringen mellem vilkårskorrektioner og dispositionskorrektioner nærmere undersøgt. Trods visse uklarheder og kritikpunkter sluttes det, at sontringen er anvendelig og bør opretholdes og videreudbygges.

Det retlige fundament for vilkårskorrektioner er klarlagt. Dette har indebåret en detaljeret analyse, idet der i dansk ret er uenighed om, hvilke korrektionsmuligheder der eksisterer herfor. Holdt op mod de særlige skatteretlige hensyn, der ligger til grund for foretagelsen af vilkårskorrektioner, blev det konstateret, at der herved som udgangspunkt er tale om varetagelse om beskyttelsesværdige hensyn, hvilke der ikke kan rettes indvendinger mod i henhold til afhandlingens teoriapparat.

Det retlige fundament for dispositionskorrektioner er ligeledes klarlagt. Dispositionskorrektioner kan foretages i henhold til realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager. Realitetsgrundsætningens eksistens er tiltrådt. Det er ligeledes konstateret, at læren om rette indkomstmodtager i denne henseende såvel synes at dække over hvad der allerede fremgår af SL § 4 om beskatning af realiserede indkomster, som resultater der fremkommer via en konkret realitetsbedømmelse. Holdt op mod de særlige skatteretlige hensyn der ligger til grund for foretagelsen af dispositionskorrektioner, blev det konstateret, at der herved som udgangspunkt er tale om varetagelse af beskyttelsesværdige hensyn, hvilke der ikke kan rettes indvendinger mod i hen-

421. Jf. *I. A. Strobel* i UfR 1967 B, s. 233 ff, hvor det anføres, at kravet særligt gælder i interessefællesskaber, idet det ikke er givet, at der af domstolene uden for disse tilfælde stiller lige så strenge krav, jf. herved UfR 1963, 954 H *Kammerherre, greve K.F. Knuth*.

Kap. 17: Privatautonomiens civilretlige og skatteretlige betydning

hold til afhandlingens teoriapparat. Hertil kommer, at visse af korrektionerne end ikke udgør en fravigelse fra civilretten.

Kapitel 18

Retssubjektivitet og skattesubjektivitet

§ 1 Indledning

Skattesubjektivitetsspørgsmål har overraskende ikke indtaget nogen fremtrædende rolle i den skatteretlige forskning. *En årsag* til denne relativt ringe interesse ligger formentlig i den omstændighed, at der har eksisteret et, i sammenligning med skatteretten, kvalificeret og etableret civilretligt regelsystem vedrørende retssubjekter eller at et sådant system gradvist er kommet til. Dette system har kunnet bruges til den skatteretlige regulering¹. *En anden årsag* kunne være den ringe betydning, spørgsmålet havde i objektbeskatningens tid, hvilket vil sige, før den overvejende progressive indkomstbeskatning indførtes, med evneprincippet som bærende tankegods². I et moderne indkomstskattesystem, som bygger på, at skattens størrelse afhænger af den skattepligtiges personlige skattebetalingsevne, har spørgsmålet om skattesubjektivitet en større betydning³. *En tredje årsag* er i svensk og finsk ret anført som det forhold, at indkomstskatteretten ikke helt har løsrevet sig fra de principper og strukturer, som lå til grund for den direkte

-
1. Jf. for finsk ret *Oluf Olsson*: Synspunkter på förhållandet mellan skatterätten och bodelagsrätten i festschrift til Curt Olsson, Edward Andersson m.fl. (red.), 1989, s. 264 f. Forfatteren konstaterer – formentlig med rette – at de civilretlige kategorier i væsentligt omfang har været skattepolitisk velegnede som udgangspunkt for den skatteretlige regulering, ligesom det anføres, at den nordiske kasuistiske lovgivningstradition i kombination med legalitetsprincippet også gør det naturligt så vidt muligt at knytte beskattningen til eksisterende og udenfor skatteretten udformede retsinstitutter og retlige kategorier.
 2. Loc.cit. for en tilsvarende konstatering for finsk ret. I et skattesystem, der bygger på, at visse objekter eller transaktioner skal påføres en proportional skat skete dette uafhængigt af, hvem objektet tilhører eller hvem der er part i transaktionen. Herved kommer spørgsmålet om, hvem der skal indbetale skatten til at fremstå som et administrativt spørgsmål om rette debiteringssubjekt og et spørgsmål om, hvem eller hvilke, der skal være bærere af gældsbyrden i forhold til statskassen.
 3. Op.cit., s. 265.

beskatning, da den primært udgjorde en objektbeskatning og tog sit udgangspunkt i et relativt snævert kildeteoretisk indkomstbegreb.

§ 2 Juridiske personer og skattesubjektivitet

2.1. Generelt

At skattepligt skal udstrækkes til andre end fysiske personer synes skattesystemet gennem lang tid at have tilsikret⁴. Betydningen af og forudsætningerne for udstrækning af skattepligt til andre end fysiske personer kan i vidt omfang siges at være et eksempel på vekselvirkningen mellem skatteret og civilret⁵.

Dette gælder uanset den eksisterende væsensforskellighed for fysiske og juridiske personers indkomstforhold og hensynet til det skattepolitiske evneprincip. Dybest set er indkomstkatten herefter en personlig skat, og indkomsten som grundlag for skattebyrden hviler på forudsætningen om den personlige skattevne⁶. Udstrækningen synes at kunne begrundes med, at indkomstbeskatningen nødvendigvis må søge at ramme den indkomstskabende aktivitet i samfundet, så vidt muligt i takt med den løbende tilvejebringelse af indkomsten. Hermed tilsigtes angiveligt en neutralitet i indkomstbeskatningen uden hensyn til, hvorledes indkomstmodtageren er organiseret i civil- og selskabsretlig henseende⁷.

Spørgsmålet har imidlertid været, hvilke kriterier der bør være afgørende for udstrækningen af skattepligten⁸. Der synes at være to principielle muligheder at overveje i denne forbindelse: (1) enten at fastlægge den skatteretlige retssubjektivitet ud fra suveræne skatteretlige

4. Jf. § 2, stk. 1, nr. 5 i Statsskatteloven af 1903 (Lov nr. 104 af 15.5. 1903) for så vidt angår aktieselskaber og visse øvrige juridiske personer. Det seneste forslag til statsskatteloven forud for vedtagelsen omfattede dog ikke aktieselskaberne, jf. Rigsdagstidende, A. 1902-03, sp. 2355. Som resultat af forhandlingerne blev aktieselskaberne atter indføjet og indgik i den endelige udformning.

5. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 603, og samme i R&R 1967, s. 349 ff.

6. Op.cit. Se vedrørende samspillet mellem aktionær- og selskabsbeskatningen: NSFS nr. 33, Samspelet mellan beskattningen av aktiebolag och aktieägare, 1996.

7. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 288 f. *Thøger Nielsen* finder i Indkomstbeskatning II, 1972, s. 5, at man når til dette resultat, hvad enten man lægger hovedvægten på effektivitetssynspunkter, neutralitetssynspunkter eller retfærdighedssynspunkter.

8. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 6.

kriterier, der er uafhængige af det øvrige lovgivningssystem – en tankegang der på dette felt minder om den rendyrkede »wirtschaftliche Betrachtungsweise«, eller (2) at forsøge at koble de skatteretlige subjektivitetskriterier til det bestående civilretlige og navnlig selskabsretlige system. *Thøger Nielsen* finder, at det på forhånd ud fra en skatteretlig synsvinkel synes ret indlysende, at de civilretlige konstruktionsformer, som har udviklet sig i samfundet, og som har haft til formål i første række at placere ansvar og hæftelse og muliggøre visse kontrolmuligheder samt at løse interne organisatoriske problemstillinger, er uegnede som udgangspunkt for en afgørelse af, hvad der skal anses for hensigtsmæssige enheder⁹. Denne afgørelse må efter forfatterens opfattelse formodes frem for alt at være dikteret af ønsket om en afgrænsning af de enheder, der driftsøkonomisk danner baggrund for en påviselig indkomstskabende aktivitet, og som i denne – og kun i denne – egen-skab er afgrænselig over for andre enheder. Det anføres, at det altafgørende spørgsmål må være at konstatere indkomsten, hvor den skabes, og i videst mulig grad underkaste den ensartet skattemæssig behandling, når de indkomstskabende faktorer i det væsentlige er af ensartet karakter¹⁰.

Der har tilsyneladende ikke i dansk ret været vilje til at gennemføre en egentlig retsformneutral virksomhedsbeskatning eller foretagendebeskatning¹¹. En sådan foretagendebeskatning ville i et vist omfang være udtryk for en beskatning af de økonomiske realiteter¹². For så vidt

9. Jf. Indkomstbeskatning II, 1972, s. 6 f.

10. Op.cit., s. 7.

11. Foretagendebeskatning kan defineres som en indkomstbeskatning der hviler på forudsætningen om, at ethvert erhvervsdrivende foretagende som sådan uden hensyn til hæftelsesforhold og retlige organisation er underkastet skattepligt, og således at denne skattepligt udformes ens for alle foretagender, jf. herved *Thøger Nielsen* i R&R 1967, s. 358, samme i J 1961, s. 606, og Indkomstbeskatning II, 1972, s. 8 ff. En konsekvent foretagendebeskatning har til følge, at ethvert erhvervsforetagende uanset deres retlige konstruktion og navnlig, uanset om der er tale om personligt ejede virksomheder, bliver selvstændige skattesubjekter. Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten, 1. udgave 1991, s. 30 ff herom. (Bemærkningerne er ikke medtaget i senere udgaver). Noget andet er, at der som udgangspunkt er tilsikret neutralitet i beskatningen af forskellige typer af juridiske personer, jf. herved *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2000, s. 290 f. Der er ikke herved tilsikret neutralitet mellem alle typer af erhvervsvirksomhed.

12. *Thøger Nielsen* er ikke tilhænger af en beskatningsmåde der generelt følger de økonomiske realiteter, jf. TfR 1963, s. 380 selvom forfatteren er tilhænger af en foretagendebeskatning, jf. R&R 1967, s. 362. Det har i tysk ret gennem tiderne været undergivet temmelig dybdegående analyser hvorvidt det er muligt at gennemføre retsformneutrale beskatningsmetoder. *Thøger Nielsen* omtaler i de anførte værker, de tidlige tyske ana-

ville sådan tankegang om foretagendebeskatning udgøre en væsentlig udbygning af virksomhedsskatteordningen, der netop er båret af neutralitetshensyn¹³. Virksomhedsskatteordningen går imidlertid kun i en retning, nemlig tilvejebringelse af neutralitet mellem erhvervsforetagender der er inddraget under personlig indkomstskat, og andre der er undergivet selskabsbeskatningen. Omvendt er mange aktieselskaber og lignende selskaber ud fra et praktisk og økonomisk synspunkt så nært beslægtede med personlige foretagender, at der kan være grund til at overveje muligheden for at give aktionærerne adgang til at blive behandlet som om det var dem, der personligt drev virksomheden¹⁴. Sådanne muligheder kendes ikke i dansk ret¹⁵.

lyser af problemet, jf. *Steuer und Wirtschaft* 1949, s. 928 ff og i Sverige, jf. *SOU* 1954:19, s. 54-65. Selvom forslagene ikke blev gennemført er tankerne imidlertid ikke herved blevet forladt. *Klaus Tipke & Joachim Lang* konstaterer i *Steuerrecht*, 1998 (ikke medtaget i seneste udgave), s. 734 ff at der stadig er behov for en reform, hvilket til dels skyldes tilknytningen til civilretten og *Klaus Tipke: Die Steuerrechtsordnung*, Band II, 1993, s. 1025 ff, der s. 1027 konstaterer at »... Das Steuerrecht ist – auch im unternehmensbereich – nicht rechtsformneutral ...«. Forfatteren argumenterer for indførelsen af en generel »unternehmensbesteuerung«. Det skal bemærkes at litteraturen herom er uoverskuelig, men særligt må også fremhæves *Verhandlungen des Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentag*, 1983, særligt *Rainer Walz*' bidrag i Band I, *Gutachten F*, *Empfiehlt sich eine rechtsformunabhängige Besteuerung der unternehmen*?, s. 7-116. Se hertil *Brigitte Knobbe-Keuks* referat af samme i Band II, Teil O, s. 8-37 og *Konrad Littmanns* referat samme sted, s. 38-58.

13. Jf. lov om indkomstbeskatning af selvstændige erhvervsdrivende (virksomhedsskatte-loven) afsnit I.
14. Jf. *Thøger Nielsen* i *J* 1961, s. 609.
15. I føderal amerikansk skatteret har man imidlertid siden 1958 tilladt sådanne muligheder. Med henblik på at kunne nyde godt af kapitalselskabsformen uden herved at blive underlagt den selskabsskatteretlige dobbeltbeskatning, findes det såkaldte Subchapter S i *Internal Revenue Code (IRC)*. Se § 1361(a) for sondringen mellem C corporations og S corporations. Dette indebærer, at aktionærerne i et »small business corporation« kan vælge at undgå beskatning på selskabsniveau. Der findes en righoldig litteratur om emnet. Særligt kan henvises til *Eustice & Kuntz: Income Taxation of Subchapter S Corporations*, 1993, *Schenk: Federal Taxation of S Corporations*, 1985, *Bravenec: Federal Taxation of S Corporations*, 1988, *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg: Federal Corporate Taxation*, 1998, s. 310 ff, og *Stephen A. Lind m.fl.: Fundamentals of Corporate Taxation*, 1997, s. 703 ff. Den eksplicitte målsætning for Subchapter S var at tillade foretagender at vælge juridisk form uden herved at skulle tage hensyn til forskellige skattemæssige konsekvenser. Efter flere reformer af regelsættet fremstår det nu som et gunstigt alternativ til erhvervsudøvelse i personselskabsform (partnerships). Forudsætningen for anvendelse af reglerne er, at selskabet opfylder betingelserne i IRC § 1361. Med introduktionen af sådanne regler skabes der i vidt omfang neutralitet i valget mellem forskellige virksomhedstyper. Den tidlige udformning af reglerne indebar imidlertid, at der skabtes en selvstændig beskatningsmåde, der i realiteten kunne påvirke den selskabsretlige udvikling, jf. herom *Thøger Nielsen* i *J* 1961, s. 609. Ligeledes i amerikansk føderal har man i 1996 introduceret fleksible regler vedrørende

Når tanken om den driftsøkonomiske foretagendebeskatning opgives, må der findes et alternativ til konstatering af skattepligten. Som nævnt må man herefter henholde sig til den anden valgmulighed, der indebærer, at man må falde tilbage på en sontring, der er identisk med eller beslægtet med det almindelige *retsevnebegreb*, hvilket man hyppigt sammenkædes med begrebet: »den juridiske person»¹⁶.

2.2. Begrebsafklaring: Juridiske personer og retssubjektivitet

Det juridiske personlighedsbegreb udgør en af de gennem tiderne mest analyserede juridiske konstruktioner. Imidlertid er der tilsyneladende ikke opnået international konsensus herom.

Sideløbende med anvendelsen af det juridiske personlighedsbegreb anvendes retssubjektivitetsbegrebet. Der synes ikke at være fuldstændig klarhed om disse begrebers interne forhold. Til tider fremstilles begreberne som værende identiske¹⁷. Begreberne kan dog også fremstilles som værende overlappende i den forstand, at det juridiske per-

klassifikationen af enheder – de såkaldte »check-the-box-regulations«, jf. Treasury Regulations § 301.7701-3(a). Disse regler indebærer, at alle enheder, der er organiseret under regler, der svarer til reglerne for amerikanske selskab behandles som selskaber i USA. Alle andre enheder kan vælge at blive klassificeret som enten corporations eller partnerships forudsat enheden har to eller flere deltagere. Disse enheder, der ikke automatisk klassificeres som corporations benævnes »eligible entities«. Reglerne finder anvendelse ved kvalifikationen af såvel interne amerikanske enheder som internationale enheder. Også disse regler er detaljeret behandlet i litteraturen. Se eksempelvis *David J. Rachofsky* i BIFD 2001, 388 ff, *Davis* i Tax Management International Journal 1996, s. 25 ff, *Magee, Farmer & Katcher* i Tax Notes International, 1997, s. 1951 ff, *Walser & Culbertson* i Tax Notes, 1997, s. 403 ff, og *Benson, Rollinson, O'Connor & Baik* i Tax Management International Journal, 1997, s. 363 ff, *Boris I. Bittker & Lawrence Lokken*: Fundamentals of international taxation, 1999, s. 65-46, og endelig *Cheryl D. Block*: Corporate Taxation, 1998, s. 25 ff. I dansk ret er »check-the-box« reglerne behandlet mest indgående af *Arne Riis-Sørensen*: »Check-the-box« reglerne i amerikansk og international skatteret, Kromann Reumert legatafhandling 2000, og *Niels Josephsen* i SR-Skat 2000, s. 291 ff.

16. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 609 f, og samme i Indkomstbeskatning II, 1972, s. 11. Se *Frederik Zimmer*: Lærebok i skatterett, 2002, s. 96, for en tilsvarende konstatering om norsk ret. I finsk ret har *Olof Olsson* i Festskrift til Curt Olsson, Edward Andersson m.fl. (red.), 1989, s. 267, tillige konstateret, at egenskaben af skattesubjekt i lovgivningen i meget stor udstrækning direkte er tilknyttet til retssubjekter og andre enheder som er udviklet inden for andre områder end skatteretten.

17. Jf. *Karl Olivercrona*: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Uppsala Universitets Årsskrift, 1928, s. 131, *Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen* i UfR 1997 B, s. 272 ff (274), og forudsætningsvis *Erik Werlauff*: Selskabsmasken, 1991, s. 53 ff.

sonlighedsbegreb er et samlebegreb, der dækker over det forhold, at givne enheder har retssubjektivitet i alle henseender.

Begreberne og de nævnte uklarheder skal uddybes i det følgende med henblik på at fremlægge et fundament for den skatteretlige analyse af skattesubjektivitetsspørgsmålet. Dog skal det forudskikkes, at den teoretiske afklaring ikke har den store praktiske betydning. Således må det antages at være den praktiske hovedregel, at de retssubjekter, der påhviler skattesubjektivitet, tillige udgør juridiske personer.

Kapitlets overskrift indeholder ordet »retssubjektivitet«. Den retsvidenskabelige litteratur har betjent sig af to forskellige sæt af personretlige grundbegreber. Det ene sæt er de mere generelt benyttede subjektivitetsbegreber¹⁸. *Subjektivitet* anvendes som systemudtryk i forskellige forgreninger. På privatrettens område hersker der en grundregel om, at den enkelte person har *formueretssubjektivitet*¹⁹. Dette begreb underinddeles i (A) rettighedssubjektivitet, som atter inddeles i (a) interessesubjektivitet, (b) påtalesubjektivitet, og (c) dispositionssubjektivitet og (B) pligtssubjektivitet, som atter inddeles i (a) gerningssubjektivitet og (b) ansvarssubjektivitet. Også juridiske personer har formueretssubjektivitet.

Mere specielt udformede personretlige grundbegreber er *retsevne* og *handleevne* (eller *habilitet*)²⁰. I henhold til gængs juridisk terminologi anvendes begrebet *retsevne* synonymt med begrebet *retssubjektivitet*, som evne til at være part i et retsforhold som interessesubjekt (rettighedssubjekt) eller ansvarssubjekt (pligtsubjekt). Der tales herved om den almindelige *retsevne*. Hvis en enhed besidder *retsevne*, besiddes samtidig *processuel partsevne* (*proceshabilitet*) i civile sager, dvs. evnen til at være part i sådanne retssager, enten som interessesubjekt eller som ansvarssubjekt²¹. *Juridiske personer* besidder *retsevne*. Endda er forholdet blevet beskrevet sådan, at opnåelsen af *retsevne* udgør fundamentet for at anse de enkelte selskaber som juridiske personer²². Aktie- og anpartsselskaber opnår *retssubjektivitet* fra registreringen, jf. ASL § 12

18. Jf. i det hele *Finn Taksoe-Jensen: Person-, Familie-, Arve-, og Skifteret*, 1995, s. 3 ff, samme *Personretten*, 1981, s. 27 ff, *Ernst Andersen: Personret*, 1966, s. 94 ff, *O. A. Borum: Personretten*, 1963, s. 1 f, s. 11 ff, og s. 26 ff, og *Bernhard Gomard: Selskabsretten*, 1999, s. 9 ff.

19. Jf. *Finn Taksoe-Jensen: Person-, Familie-, Arve-, og Skifteret*, 1995, s. 3.

20. Jf. *Finn Taksoe-Jensen: Person-, Familie-, Arve-, og Skifteret*, 1995, s. 5.

21. Jf. herom *Bernhard Gomard: Civilprocessen*, 2000, s. 292 ff.

22. Jf. *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 17 ff, samme Werlauffs kommenterede aktiesel-

Del IV – Konfrontation

og ApSL § 12. Noget tilsvarende gælder for andre erhvervsvirksomheder med begrænset hæftelse, herunder visse andelsforeninger, jf. LEV § 9, samt for erhvervsdrivende fonde, jf. EFL § 6. Andre ikke erhvervsdrivende virksomheder (foreninger) opnår retssubjektivitet på tidspunktet for generalforsamlingens stiftelsesbeslutning. Almindelige fonde opnår derimod retssubjektivitet, når fondskapitalen er til stede, og ledelse er valgt i overensstemmelse med fondsloven forskrifter. Det uregistrerede selskab savner både retsevne, handleevne, partsevne og procesevne.

Handleevnen (habilitet) underinddeles traditionelt i (a) kontraktshabilitet (retshandleevne), dvs. evnen til ved viljeserklæringer, løfter eller påbud at stifte, forandre eller ophæve ret, og angår herved afslutning af formueretlige aftaler, (b) deliktsevne (retsbrudsevne), (c) testationshabilitet og (d) proceshabilitet, dvs. evnen til at optræde i civile retssager på egen hånd. *Juridiske personer* besidder handleevne.

Det er en forudsætning for *handleevnen*, at personen er i besiddelse af *retsevne*, dvs. evne til at have rettigheder og forpligtelser, til at være *retssubjekt*²³.

Såvel for retsevnen som for handleevnen gælder det imidlertid, at disse for juridiske personer er fordelt mellem flere. Et selskab kan være ansvarssubjekt, således at en gyldigt indgået aftale forpligter selskabet og dets formue. Selskabets organer er rådighedssubjekt, mens aktionærerne er interessesubjekt²⁴.

Herefter skal det *juridiske personlighedsbegreb* omtales, og særligt skal forholdet til retssubjektivitetsbegrebet afdækkes. Begrebet har gennem tiderne tjent som et retsteknisk hjælpemiddel. Som anført af *Erik Werlauff*, er det paradoksalt, at vi trods *manglen på en klar og entydig definition* af det juridiske personlighedsbegreb (dog uden herved at savne et sådant), ikke forsømmer en lejlighed til at bruge betegnelsen »juridisk person«²⁵. Skatteretten er ingen undtagelse i denne henseende.

Begrebet »*juridisk person*« anvendes i dag som et systematisk begreb

skabslov, 2002, 102 f, og samme Werlauffs kommenterede anpartsskabslov, 2001, s. 84 f. Forfatteren antager, at opnåelsen af retsevne medfører at selskabet udgør en juridisk person.

23. Jf. herom *O. A. Borum*: Personretten, 1963, s. 1.

24. Jf. *Finn Taksoe-Jensen*: Person-, Familie-, Arve-, og Skifteret, 1995, s. 13, og *Ernst Andersen*: Personret, 1966, s. 94 ff.

25. *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 17. Det kan endda anføres, at det juridiske personlighedsbegreb anvendes forskelligt i forskellige lande. Et eksempel herpå er behand-

for en række retsvirkninger i forholdet mellem en kollektiv enhed og omverdenen²⁶. Disse retsvirkninger samler sig i oversigt til, at en formuemasse er udskilt således fra sine ejere, og at den i eget navn og principielt uafhængigt af ejerne har opnået retsevne, handleevne, parts-evne og procesevne²⁷. Tidligere tiders debat om det rigtige eller hensigtsmæssige i at bruge begrebet som betegnelse for, at rettigheder og pligter kan tilkomme og påhvile en organisation, er døet hen²⁸. Der er imidlertid ikke klarhed om, i hvilken udstrækning de nævnte karakteristika skal være til stede, førend der kan siges at være tale om en juridisk person og dermed begrebets forhold til retssubjektivitetsbegre-

lingen af EØFG. I EU ses Tyskland, Italien og Danmark at være de eneste lande der ikke anser denne selskabsform for en juridisk person, jf. herom *John F. Avery Jones m.fl.*, BIFD 2002, s. 288 ff (s. 296 ff).

26. Se generelt om det juridiske personlighedsbegreb eksempelvis *Ernst Andersen*: Personret, 1966, s. 94 ff, *Alf Ross*: Om ret og retfærdighed, 1953, s. 217, *Ernst Dyrbye* i UfR 1984 B, s. 159 ff, og samme i UfR 1998 B, s. 135. Sidstnævnte konstaterer, at diskussionen om begrebet er et metafysisk skinproblem, og at der intet er i vejen for fortsat at betjene sig af den indarbejdede terminologi, når først dette er erkendt. Se videre *A. Vinding Kruse*: Ejendomsretten, 1951, s. 370, *H. B. Krenchel*: Haandbog i dansk aktieret, 1954, s. 3, *Bernhard Gomard*: Selskabsretten, 1999, s. 9 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 30 ff, og samme i Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 18 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 17 ff, *Karl Olivercrona*: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Uppsala Universitets Årsskrift, 1928, s. 30 ff, og *Ditlev Tamm*: Maskeballet i Festskrift til Erik Anners, 1982, s. 185 ff. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel* finder i Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 31 ff, at det forekommer overflødigt at opstille et systematisk samlebegreb, hvis man ikke – i et eller andet omfang – definerer begrebets indhold, idet et samlebegrebs eksistensberettigelse efter forfatterens opfattelse ligger i dets evne til at lette en forklaring eller en fremstilling. Se også samme i Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 18 ff, og Dansk selskabsret III, 2004, s. 195 ff.
27. Der kan for en fælleseuropæiske definition henvises til firmagrupperforordningens art. 1(2), jf. Rådets forordning (om Europæiske økonomiske firmagrupper) af 25/7 1985 (nr. 2137/85/EØF). Begrebet benyttes også i bestemmelsen om etableringsret for selskaber i TEF art. 48. Bestemmelsen kunne synes at antyde, at de omfattede selskaber skal udgøre juridiske personer. Der er imidlertid enighed om, at dette ikke er et krav, idet det er tilstrækkeligt, at selskabet blot i et eller andet omfang har retsevne. De enkelte EU-medlemsstater har reguleret spørgsmålene om retsevne og juridisk personlighed på vidt forskellige måder, hvorfor der må anlægges en bred fortolkning af TEF art. 48. Denne omstændighed ses også at udgøre årsagen til at man anførte sted i Firmagrupperforordningen nøjes med at foreskrive, at Firmagrupper har rets- og handleevne til i eget navn at erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, mens det er overladt til medlemsstaterne at afgøre, om Firmagrupperne registreret i det pågældende land har status som juridiske personer. Der henvises for en omtale af disse nævnte forhold, til *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen*: EU-retten, 2004, s. 509 ff, og *Servaas van Thiel*: Free movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in search of principles, 2002, s. 209.
28. Jf. *Bernhard Gomard*: Selskabsret, 1999, s. 9.

bet²⁹. Denne uenighed kommer til udtryk ved diskussionen om hvilke enheder, der udgør juridiske personer. Nogle forfatteren mener, at der bør sondres mellem kollektive enheder, der har selvstændig retsevne i visse men ikke alle situationer på den ene side, og på den anden side de kollektive enheder, der har selvstændig retsevne i enhver retlig relation³⁰. Efter denne opfattelse bør begrebet »juridisk person« reserveres til sådanne kollektive enheder, som i enhver retlig henseende anerkendes som et selvstændigt retssubjekt. Denne opfattelse kan tilsluttes³¹. Opfattelsen indebærer, at begrebsdannelsen frasorterer visse kollektive enheder, der ikke er retssubjekter og kollektive enheder, der anerkendes som retssubjekter i visse relationer³². Derimod findes der andre kollektive enheder, som ikke giver anledning til betænkeligheder at anerkende som juridiske personer. Sådanne udgør den offentlige sektor, aktieselskaber, anpartsselskaber, fonde, foreninger, der i enhver retlig henseende betragtes som selvstændige retssubjekter.

Dog må det erkendes, at de fleste forfattere tillægger begrebet betydningen retssubjekt eller retlig enhed i en eller flere relationer, hvorved også omfattes kommanditselskaber og interessentskaber³³.

Om begrebet kan tillægges den ene eller den anden betydning har generelt ikke nogen betydning. Lægges førstnævnte opfattelse til grund medfører dette, at det *ikke* kan antages, at der med begrebet er tale om et egentligt juridisk relationsbegreb. I stedet vil der være tale om et

29. Ernst Andersen argumenterer i Personret, 1966, s. 94 ff, for en opspaltning af den juridiske person i pligt-, rådigheds- og interessesubjekt. Om aktieselskaberne anføres det s. 99, at bestyrelse og direktion i forening er rådighedssubjektet, aktionærerne i forening er interessesubjektet, mens selskabets formue indtager rollen som pligtsubjektet (fyldestgørelsesobjekt). Fordelen herved skulle være, at uklarheden vedrørende begrebet forsvinder ved en sådan opdeling.

30. Jf. Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 32 f.

31. 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. Også fysiske personer er som bekendt selvstændige retssubjekter.

32. Jf. Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 32 f. Forfatterne nævner interessentskabet og kommanditselskabet som eksempler herpå.

33. Jf. eksempelvis Erik Hørlyck: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 17, og Bernhard Gomard: Selskabsretten, 1999, s. 9. Claus Molbech Bendtsen konkluderer i Interessentskabsretlige problemer, 2003, s. 80, at et interessentskab generelt må anses som værende en juridisk person.

samlebegreb. På denne baggrund må det principielt afvises at operere med et selvstændigt skatteretlige juridisk personlighedsbegreb.

Såfremt sidstnævnte opfattelse lægges til grund, har dette den følge, at begreberne retssubjekt og juridisk person er sammenfaldende samt, at begge begreber herved udgør juridiske *relationsbegreber*³⁴. Herved må et selvstændigt skatteretligt juridisk personlighedsbegreb accepteres.

Det er ikke muligt på ovenstående grundlag at fremkomme med håndfaste udsagn om funderingen af begrebet juridisk person. Det ses herved, at der ikke i civilretten hersker fuldstændig klarhed over indholdet af det juridiske personlighedsbegreb, og diskussionen drejer sig snarere om indholdet heraf end om den konkrete kvalifikation af selskabstyper. Denne uklarhed i begrebsdannelsen overføres naturligt til skatterettens område. Uanset hvilken opfattelse der lægges til grund, må det fastholdes, at der ikke er tale om et egentligt *civilretligt begreb*, men om et *almenretligt begreb*, der anvendes i de fleste juridiske discipliner. Denne omstændighed diskvalificerer dog ikke de relevante samspil fra nærmere analyser.

Det skatteretlige begreb »skattesubjektivitet« (skatteretsevne) er blot udtryk for, at den konkrete enhed besidder retssubjektivitet i skatteretlig henseende. Et skattesubjekt foreligger med andre ord, hvis en enhed har evnen til at være berettiget og forpligtet i skatteforhold. Spørgsmålet om sammenhængen mellem retssubjektivitet i øvrigt og skattesubjektivitet er temaet for de følgende afsnit.

2.3. Anvendelse af begrebet juridisk person som relationsbegreb eller samlebegreb?

2.3.1. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Nedenstående analyse af betydningen af det juridiske personlighedsbegreb i skatteretten følger ikke samme struktur som afhandlingens øv-

34. Dette fremkommer derved, at en organisationsform i en henseende kan antages at udgøre et retssubjekt og dermed en juridisk person, mens den samme organisationsform i andre henseender ikke udgør et retssubjekt og dermed ej heller en juridisk person. Som eksempler herpå kan nævnes interessentskabet og kommanditselskabet. Relationsbegrebet har herved en særegen natur i forhold til andre relationsbegreber, hvor den samme sproglige formulering dækker over forskellige udformninger af det anvendte begreb. Noget sådant gør sig ikke gældende i forbindelse med det juridiske personlighedsbegreb, idet dette dækker over det samme forhold (retssubjektivitet), men at retssubjektiviteten fastlægges forskelligt fra retsområde til retsområde.

rige analytiske afsnit. Dette skyldes den omstændighed, at begrebet er uklart, og at det ikke umiddelbart lader sig afgøre, om der er tale om et relationsbegreb eller et samlebegreb. Begge muligheder tages derfor op til overvejelse.

Det er oplagt, at der kan opstå flere samspilsproblemer i forbindelse med den skatte- og civilretlige brug af det juridiske personlighedsbegreb. (1) For det første er det en mulighed, at der skatteretligt gøres brug af det juridiske personlighedsbegreb i forskellige henseender. (2) For det andet er det en mulighed, at der opstår en selvstændig skatteretlig »civilret«, som afviger fra begrebets almene udlægning ved en selvstændig skatteretlig fortolkning af det almindelige juridiske personlighedsbegreb. (3) For det tredje er det en mulighed, at der anvendes en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse, der ikke relaterer sig til den øvrige juridiske begrebsverden. (4) For det fjerde er det en mulighed, at skatteretten i et eller andet omfang kan få en afsmittende effekt på civilretten ved brugen af det juridiske personlighedsbegreb. (5) Endelig for det femte kan der opstå det samspil, at der i dansk skatteret indirekte kan forekomme anvendelse af udenlandsk civilret ved fortolkningen af det juridiske personlighedsbegreb, for så vidt angår udenlandske enheder.

Der har tilsyneladende ikke være gjort nærmere overvejelser forud for anvendelse af det juridiske personlighedsbegreb i skatteretten. Noget andet er, at man i skatteretlig sammenhæng utvivlsomt har forudsat en almindelig forståelse heraf. Indholdet af en sådan almindelig forståelse er imidlertid ikke tydeliggjort.

Såfremt det lægges til grund, at det juridiske personlighedsbegreb er et *relationsbegreb*, fremkommer en variant af ovenstående problemstillinger. Efter denne opfattelse er det karakteristisk, at der ved en juridisk person forstås en enhed, der besidder retssubjektivitet i en eller flere henseender. Det er herved ikke muligt at opregne samtlige forekommende juridiske personer, idet dette må afhænge af, i hvilken sammenhæng spørgsmålet opstår. Kernen i det juridiske personlighedsbegreb må bestå i det forhold, at enheden skal udgøre en formuemasse er udskilt således fra sine ejere, som i eget navn og principielt uafhængigt af ejerne har opnået retsevne, handleevne, partsevne og procesevne. Når der således ikke er tale om anvendelse af et civilrettens begreb i skatteretlig henseende, må anskuelsen være den, at der herved ikke er tale om et egentligt samspil mellem skatteretten og civilretten.

Der kunne formentlig opnås fordele af praktisk art, såfremt samme

juridiske personlighedsbegreb kunne anvendes overalt. Dette ville lette overskueligheden af retssystemet.

Begrebet defineres ikke i skattelovgivningen selvom dette indgår i flere skattelove. Opfattes begrebet i overensstemmelse med relationslæren, ligger der imidlertid alene det i begrebet, at der skal være tale om enheder, der udgør retssubjekter i skatteretlig henseende, dvs. skattesubjekter.

Det må antages, at samspilsmulighederne i forbindelse med det juridiske personlighedsbegreb ikke bliver frasortet gennem evalueringsmodellens *censureringsforanstaltninger*. Det juridiske personlighedsbegreb behandles trods det forhold, at begrebet strengt taget ikke kan siges at udgøre et civilretligt begreb, men snarere et almenretligt begreb.

2.3.2. Kongruenskrav og -behov ved anvendelsen af det juridiske personlighedsbegreb – evalueringsprocessens trin 2

Hvis det lægges til grund, at det juridiske personlighedsbegreb udgør et relationsbegreb, må det antages, at *forudsætningerne for kongruens* ikke er til stede. Der ville herved ikke være tale om anvendelse af et alment begreb i skatteretten, men blot om anvendelse af et begreb i dets særlige skatteretlige udformning. Af denne årsag diskvalificeres problematikken umiddelbart til en nærmere analyse i henhold til afhandlingens analyseapparat. Dog må det antages, at anvendelsen af juridiske relationsbegreber står så tilpas centralt, at forholdet alligevel berettiger til nogle yderligere overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Disse overvejelser ligger dog uden for anvendelsesområdet af evalueringsmodellen. Forholdet falder således ikke for afhandlingens censureringsforanstaltninger, hvilke specifikt vedrører evalueringsmodellen. Det er herefter interessant at undersøge, om den skatteretlige anvendelse af det juridiske personlighedsbegreb adskiller sig fra begrebets *kerneindhold*. En sådan undersøgelse foretages sideløbende med nedenstående betragtninger om den skatteretlige anvendelse af det juridiske personlighedsbegreb.

Derimod er *forudsætningerne for kongruens* til stede, såfremt begrebet ikke anses som værende et relationsbegreb. Dette fremkommer ved den konstatering, at almenretten i et vist omfang og med betydelige usikkerheder har fastlagt et begrebsindhold for det forekommende begreb, ligesom det er meningsgivende at tale om kongruens på det konkrete

Del IV – Konfrontation

område. De følgende betragtninger om mulighederne for at fremsætte kongruenspostulater, sigter således alene mod opfattelsen af det juridiske personlighedsbegreb som samlebegreb.

Som nævnt taler mest for at opfatte det juridiske personlighedsbegreb som et samlebegreb, der ikke udgør et relationsbegreb. Det er umiddelbart klart, at det juridiske personlighedsbegreb ikke lever op til flertallet af de kongruensbetingelser, der kan bevirke en fravigelse fra udgangspunktet om disciplinernes autonomi. Således har begrebet ikke stor indflydelse i civilretten eller andre grene af juraen, idet det formentlig ikke benyttes til andre end fremstillingstekniske formål. Begrebet er ikke fundamentalt i civilretlig eller almenretlig henseende, idet det juridiske personlighedsbegreb ikke i sig selv indebærer en retsfølge. Endvidere er begrebet ikke klart og tydeligt i civilretlig eller almenretlig henseende. Begrebet kan ikke siges tydeligt at udtrykke forholdets økonomiske indhold. Derimod kan der argumenteres for, at skatterettens lovgivere har lånt begrebet fra det generelle juridiske tankegods. Dog er det ikke muligt at verificere sidstnævnte udsagn på et objektivt grundlag. Opfattelsen forudsætter naturligvis, at lovgiver ikke opfatter det juridiske personlighedsbegreb som et relationsbegreb, der uden videre kan anvendes i en selvstændig skatteretlig udformning. Også hensynet til praktisk håndterbarhed taler for en kongruent retsopfattelse. Den påkrævede konkrete vurdering af de således opregnede forhold kan umiddelbart se ud til at falde negativt ud, for så vidt angår et behov for koordinationsbestemt kongruens. At der alligevel må siges at bestå et *svagt koordinationsbestemt* kongruensbehov fremkommer af, at et direkte lån af begreber fra den øvrige juridiske verden, ud over at tale for eksistensen af et retskildebestemt kongruenskrav, må opfattes som et stærkt argument for kongruens. Hvad angår *retskildebestemt kongruens*, må kravet herpå ligeledes anses som værende svagt, når der henses til, at det jo ikke med sikkerhed kan dokumenteres, hvad lovgiver på skatteområdet har haft i tankerne ved brugen af begrebet. Dog kunne der argumenteres for, at det har formodningen for sig, at man har tænkt på det almindeligt benyttede begreb. Af denne årsag er kravet efter min vurdering *svagt*.

2.3.3. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3

Der findes ikke et selvstændigt skatteretligt juridisk personlighedsbegreb³⁵. I skatteretlig sammenhæng benyttes det juridiske personlighedsbegreb ikke direkte i den del af skattelovgivningen, der fastlægger skatteretssubjektivitet, herunder SEL § 1. Dog lader det til, at retssubjekter også er tilsigtet at skulle udgøre skattesubjekter i henhold til SEL § 1³⁶. Der er dog ikke nødvendigvis en sådan sammenhæng³⁷.

En sådan kobling mellem rets- og skattesubjektivitet har stor udbredelse i international sammenhæng³⁸. Denne kobling medfører, at det er

-
35. Den skatteretlige kvalifikation af eksempelvis interessentskaber og kommanditselskaber, hvorved der ikke anses at eksistere en skatteretlig retsenhed, indgår da også udelukkende som et argument for om der selskabsretligt eksisterer en juridisk person.
36. Der fremgår ikke noget om spørgsmålet i bemærkningerne til selskabsskatteloven, jf. FT 1959/60, tillæg A, sp. 1013 ff. Kommanditselskaber undtages eksplicit fra skattepligten, hvilket indebar en ændring i forhold til den tidligere retstilstand.
37. Eksempelvis udgør et interessentskab et selvstændigt retssubjekt i flere retlige henseender, men interessentskabet udgør ikke et selvstændigt skattesubjekt. Dette er dog ikke nødvendigvis ensbetydende med, at interessentskabet ikke kan anses som et skattesubjekt i skatteretlig henseende. Det fremgår forudsætningsvis af TfS 2003, 744 H, at Højesteret anerkender interessentskaber som retssubjekter i henseende til optjening af indkomst og af TfS 2003, 983 Ø, at der er interessentskabets erhvervelse af fast ejendom, der lægges til grund for beregningen af skattemæssige afskrivninger. Interessentskabet tjener derved i skatteretlig henseende blot til brug for indkomstfordelingen mellem interessenterne. Spørgsmålet behandles af *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret III, 2004, s. 212. Om en anskuelse af interessentskabet som et retssubjekt i skatteretlig henseende kan anføres to forhold af relevans for foreliggende fremstilling. For det første er det ikke givet, at domstolene i de nævnte domme ikke faktisk blot refererer til civilrettens retssubjektivitet og for det andet er det ganske usikkert hvilken – om nogen – betydning forholdet har for bedømmelsen af interessentskaber som »juridiske personer« i skatteretten.
38. Således var dette også udgangspunktet i amerikansk skatteret før introduktionen af de særlige »check-the-box-regler«, jf. herved *Hugh J. Ault*: Comparative Income Taxation – A Structural Analysis, 1997, 289 f. De fleste vestlige lande følger nøje landets civilretlige organisationsformer ved skattesubjektkonstateringen, ligesom det juridiske personlighedsbegreb er udbredt i denne henseende. I tysk ret normerer KStG § 1, hvilke skattesubjekter, der undergives selskabsbeskatning. Denne bestemmelse knytter skattesubjektiviteten til retsform, og inkluderer alle juridiske personer i privatretlig henseende som selskabsskattesubjekter, jf. herom eksempelvis *Klaus Tipke & Joachim Lang*: Steuerrecht, 2002, s. 447 ff. I norsk ret har man ved grænsedragningen af, hvilke enheder, der udgør skattesubjekter traditionelt knyttet sig til de fra selskabsretten kendte selskabstyper, jf. skattelovens § 15, 1 led b, og herom *Frederik Zimmer*: Lærebok i skatterett, 2002, s. 95. I svensk ret følger dette af Lov om Statlig inkomstskatt (SIL) 6 § 1 mom. b), hvoraf det fremgår, at »... svenska aktiebolag och sådana bolag, som enligt särskild författning äro skyldiga att avstå sin vinst, ekonomiska föreningar, samebyar, samfund, stiftelser, verk, inrättningar och andra inländska juridiska personer, dock såvitt gäller sådana juridiska personer som enligt författning eller på därmed jämförligt sätt bildats för att

interessant at undersøge i hvilket omfang de enkelte retssubjekter opfattes på en ensartet måde i skatte- og civilretten³⁹. Begrebet »juridisk person« anvendes ofte i skattelovgivningen. Det må hævdes, at denne anvendelse er ureflekteret, hvilket navnlig i grænsetilfælde kan få stor praktisk betydning. Der ses således ikke at være foretaget afklarende bemærkninger om, hvad der antages at ligge i begrebet, når det anvendes i skattelovgivningen⁴⁰. I den skatteretlige litteratur benyttes begrebet ikke ganske entydigt. Således defineres begrebet specifikt skatteretligt af *Thøger Nielsen* som en økonomisk enhed, for hvilken lovgivningen kræver opstillet et selvstændigt indkomstberegningsgrundlag som basis for gennemførelsen af en skattepligt, der består uafhængigt af andre retssubjekters eventuelle skattepligt⁴¹. Forfatteren lægger herved

förvalta samfällighet endast om samfälligheten taxerats såsom särskild taxeringsenhet och avser marksamfällighet eller regleringssamfällighet: för all inkomst, som av dem här i riket eller å utländsk ort förvärvats ...». Ligeledes gælder det i canadisk, hollandsk og fransk ret mens situationen er noget anderledes i japansk ret, jf. *Hugh J. Ault: Comparative Income Taxation – A Structural Analysis*, 1997, s. 290 ff. Se endelig for samme konstatering i schweizisk ret *Ernst Höhn & Robert Waldburger: Steuerrecht*, Band I, 1997, s. 409, der anfører følgende om spørgsmålet »... Das geltende Steuerrecht stützt sich auf die Tatsache, dass die juristischen Person nach zivilrecht Rechtssubjekte sind, und erklärt sie deshalb auch als subjektiv steuerpflichtig ...».

39. Det er naturligt, at skattesubjekter udgør retssubjekter med henblik på, at skattefordringerne skal kunne inddrives på en eksekutiv måde, jf. *Sture Bergström: Skatter och civilrätt*, 1978, s. 230. Såfremt skattesubjektet ikke udgjorde retssubjekter ville dette ikke være muligt, selvom der formentlig kunne udvikles andre måder at opkræve indkomstkatten på.
40. Det juridiske personlighedsbegreb anvendes også i svensk skattelovgivning, jf. 16 § 2 mom. første st. SIL om udenlandske juridiske personer. Som sådanne anses associationer, der i henhold til intern ret i hjemlandet kan erhverve rettigheder, påtage sig pligter og har selvstændig procesevne. Disse skatteretlige krav svarer til de karakteristika der generelt tilskrives juridiske personer i svensk ret, jf. 4 § i lagen om handelsbolag och enkla bolag. Herved ses valgt en reguleringsform, der tilsyneladende indebærer, at det juridiske personlighedsbegreb én gang for alle er defineret i lovgivningen, og at denne definition lægges til grund i andre retlige discipliner. Dog er begrebet nok defineret i lovgivning, men nogen udtømmende liste over anerkendte juridiske personer kan næppe udarbejdes. I SvSkT 1997, s. 947 ff, analyserer *Niels Mattsson* udtrykket en »utländsk juridisk person« med udgangspunkt i en forhåndsbesked fra Skatterättsnämnden om et tysk kommanditselskab, jf. RÅ 1997 ref. 36. Som en af de største uklarheder i den konkrete situation, men også i svensk skatteret i almindelighed, fremhæver forfatteren det forhold, at der hersker uklarhed om, hvorvidt retlige (ofte civilretlige) begreber, som anvendes i skattelovgivningen er begrænset til den svenske betydning, eller om de retlige begreber tillige kan antages at omfatte tilsvarende udenlandske begreber. Se tillige om dette spørgsmål SOU 1997:2 del I, s. 366-371.
41. Jf. Indkomstbeskatning Bind II, 1972, s. 12. Forfatteren anfører, at begrebet i den nævnte snævre forstand ikke skulle kunne give anledning til væsentlige misforståelser.

en relationsafhængig begrebsdannelse til grund. Modsat denne definition anvender *Jan Pedersen* en vidtfavnende almen juridisk definition⁴².

Såvel i selskabsretten som i skatteretten må det anerkendes, at det juridiske personlighedsbegreb udgør en alment accepteret reference-ramme, selvom det nærmere indhold ikke lader sig afklare. I skatteretten må man forholde sig til, at begrebet i vidt omfang benyttes i den internationale skatteret⁴³ samt i de fleste lande, hvorfor begrebet figurerer som en retlig realitet. Men skatteretten overtager herved også uklarhederne fra den øvrige juridiske verden. Problemet er blot, at mens uklarhederne ikke har den store praktiske betydning i selskabsretlig eller anden juridisk henseende, har forholdet ganske stor betydning i skatteretten. Ved denne konstatering er det også let at forstå, at der ikke altid er harmoni i samspillet mellem civilretten og skatteretten. I dansk ret gælder det ikke kun, at selskabsskattepligten generelt er knyttet til den juridisk personlighed. Der henvises tilmed i adskillige skattelove (og andre love) henvises direkte til begrebet⁴⁴. Det synes herved forudsat, at der med henvisningen findes en klar reference-ramme til brug for den skatteretlige kvalifikation. Imidlertid er begrebet aldrig i disse love eller forarbejderne hertil blevet behandlet eller nærmere omtalt. Det må derfor have formodningen for sig, at lovgiver har tiltænkt begrebet en tilsvarende betydning i skatteretlig sammenhæng, som det har i øvrigt, herunder i civilretlig og procesretlig henseende. Begrebsanvendelse kan således udgøre en henvisning til den juridiske person som et almenretligt samlebegreb, men kan også ansues som værende specifikke skatteretlige regler om et særligt skatteretligt juridisk personlighedsbegreb. Der findes intet retskildemæssigt materiale til støtte for nogen af fortolkningsmulighederne.

Der er ikke på dette grundlag mulighed for at vurdere, om der er tilsikret en kongruent retstilstand. Der er ej heller grundlag for at vurdere, om der i skatteretten anvendes et specifikt skatteretligt juridisk personlighedsbegreb.

42. Jf. Skatteretten 2, 2004, s. 289.

43. Se OECD MDBO art. 3, stk. 1, litra b). Begrebet juridisk person i den danske oversættelse (engelsk: »body corporate») er dog ikke nærmere defineret i kommentarerne til denne bestemmelse, men er overladt til national lovgivning i de kontraherende stater, jf. pkt. 3 i kommentarerne til OECD MDBO art. 3, stk. 1, litra b).

44. Dette gælder i hvert tilfælde følgende bestemmelser: LL §§ 2 og 5G, Opkrævningslovens § 11, stk. 2, SKL §§ 3, 3B, 6, 8P, 11 D, og 18, SSL § 33 B, SEL § 11, og momslovens § 48. Hertil kommer, at begrebet indgår i de fleste af de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, samt adskillige cirkulærer mv.

Del IV – Konfrontation

Derfor må den yderst sparsomme skatteretlige praksis om emnet konsulteres. Illustrativ om nogle af de problemer denne ureflekterede begrebsanvendelse kan medføre, er således Ligningsrådets bindende forhåndsbesked i TfS 1999, 976, der omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt et interessentskabslignende konsortium kunne anses for en juridisk person i relation til SKL § 3 B. Ligningsrådet blev i sagen bedt om at bekræfte, at grænseoverskridende transaktioner mellem et moder-konsortium og de enkelte underkoncerner og grænseoverskridende transaktioner mellem underkoncernerne ikke ville være omfattet af SKL § 3 B, om oplysningspligt og dokumentationspligt for kontrollerede transaktioner. Moder-konsortiet udgjorde en interessentskabslignende konstruktion, hvor tre interessenter (et dansk og to udenlandske selskaber) hver ejede mindre end 50 pct. af kapital og stemmer. Konsortiet var ejer af en række underkoncerner med hver sit moderselskab registreret i ét af de tre lande. Det juridiske ejerskab til aktierne i alle underkoncernselskaberne lå hos moder-konsortiet. Det var repræsentantens opfattelse, at konsortiet i relation til SKL § 3 B, ikke var en juridisk person, men transparent efter de almindelige skatteregler for interessentskaber. Efter det oplyste blev det lagt til grund, at moder-konsortiet havde status som et interessentskab, der undergives beskatning hos de enkelte deltagere. På den baggrund var Ligningsrådet enig i, at der ikke var hjemmel til at anse moder-konsortiet som værende en juridisk person efter skattekontrollovens § 3 B. De grænseoverskridende transaktioner mellem moder-konsortiet og et dansk datterselskab var derfor ikke omfattet af oplysnings- og dokumentationsforpligtelserne i SKL § 3 B. For så vidt angår de grænseoverskridende transaktioner mellem selskaber på tværs af underkoncernerne, fandtes det imidlertid, at disse var omfattet af SKL § 3 B, idet der forelå fælles aktionærkreds i henhold til koncernbegrebet svarende til principperne i KGL § 4, stk. 2.

Afgørelsen kan *på den ene side* tolkes således, at Ligningsrådet hermed har valgt at respektere det faktum, at der i SKL § 3 B i realiteten er henvist til et almenjuridisk begreb. Man har afstået fra at foretage en skatteretlig fortolkning af begrebet »juridisk person«, selvom dette begreb ikke er ganske afklaret, og også selvom det havde været nærliggende at foretage en bred fortolkning.

På den anden side kan afgørelsen også fortolkes således, at der i realiteten er tale om en selvstændig skatteretlig fortolkning af begrebet

»juridisk person«, således at kriteriet var, om der forelå et selvstændigt skattesubjekt⁴⁵.

Det er vel næppe muligt at få afklaret, hvorvidt et interessentskab eller et interessentskabslignende konsortium er en »juridisk person« eller ej, idet det som nævnt afhænger af, hvilken variant det juridiske personlighedsbegreb der anvendes. Den relationsafhængige variant indebærer, at der opereres med et specifikt skatteretligt begreb, hvor SEL § 1 og FBL § 1, må antages at rumme samtlige skatteretlige juridiske personer. Et interessentskab ville således ikke være omfattet efter denne opfattelse⁴⁶. Det samme må antages at være tilfældet, hvis begrebets snævre variant lægges til grund. Herefter er det som nævnt et krav, at den juridiske person skal udgøre et retssubjekt i samtlige henseender. Interessentskaber opfylder ikke denne betingelse, og ville altså være afskåret fra anvendelsesområdet af SKL § 3 B, uanset hvilken fortolkning der vælges.

Efter de oplysninger, der fremkom under sagen og Ligningsrådets bemærkninger må førstnævnte fortolkning dog lægges til grund.

De samme spørgsmål kan stilles om sagen i TfS 2003, 44 LSR, hvor landsskatteretten ikke fandt, at LL § 2, kunne anvendes i en situation, hvor et interessentskab indgik i transaktionen. Det udtaltes således, at der ikke kunne være tale om koncernforbundne *juridiske personer*, idet den ene part var et interessentskab. Også her synes konklusionen at være, at Landsskatteretten har respekteret det faktum, at der i LL § 2, stk. 2 i realiteten er henvist til et almenjuridisk begreb. Man har afstået fra at foretage en skatteretlig fortolkning af begrebet »juridisk person«.

Modsat denne opfattelse lægges sidstnævnte fortolkning dog klart til grund af Ligningsrådet i bindende forhåndsbesked af 19.6. 2001, journalnr. 99/00-4069-00030. Spørgsmålene var (1) hvorvidt transaktioner mellem et dansk datterselskab og dets moder-L.P. (Limited Partnership) var omfattet af SKL § 3 B, om kontrollerede transaktioner, og (2) hvorvidt gæld fra det danske datterselskab til dets moder-L.P. skulle

45. Kriteriet kunne antages at indebære, at der skal være tale om en juridisk person med status af selvstændigt skattesubjekt. Hermed ville der i realiteten være tale om en selvstændig skatteretlig fortolkning af det juridiske personlighedsbegreb, idet dette sidestilles med skattesubjektivitetsbegrebet, uden at der er foretaget analyser af om noget sådant er korrekt og acceptabelt. Ligningsrådets fortolkning kunne dog tillige antages at være udtryk for, at det således er vurderet om der foreligger en juridisk person og siden vurderet, hvorvidt denne juridiske person har selvstændig skattesubjektivitet.

46. Se eksempelvis *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret 3, 2004, s. 195.

anses som kontrolleret gæld og følgelig være omfattet af reglerne i SEL § 11, om tynd kapitalisering. Ligningsrådet tilsluttede sig Told- og Skattestyrelsens indstilling, hvorefter der ikke var hjemmel til at anse de omhandlede L.P.'er som juridiske personer efter SKL § 3 B og SEL § 11. Dette resultat må tiltrædes. Resultatet bygger dog efter min opfattelse på en argumentation, der ikke har direkte støtte i almindelige retskilder. Told- og Skattestyrelsen lagde til grund – i overensstemmelse med selskabets repræsentant –, at det måtte afgøres efter de danske regler om skattepligt, hvorledes de omhandlede limited partnerships skulle kvalificeres i henhold til dansk skatteret. Det fandtes således nødvendigt at fastslå, om et L.P.'et kunne betragtes som et selvstændigt skattesubjekt efter danske skatteregler, dvs. om partnerselskabet kunne sidestilles med et eller flere af de skattesubjekter, der er nævnt i SEL § 1 eller FBL § 1⁴⁷. Ved denne vurdering måtte der efter Told- og Skattestyrelsens opfattelse særligt lægges vægt på deltagernes hæftelsesforhold, samt hvorvidt enheden er baseret på et deltagerdemokrati. En konkret vurdering af en fremsendt L.P.-aftale indebar, at der ikke var tale om et selvstændigt skattesubjekt i henhold til intern dansk ret. Det var spørgerens opfattelse, at et limited partnership måtte sidestilles med et kommanditselskab. Ligningsrådet tog dog konkret ikke stilling hertil. Som nævnt kan resultatet tiltrædes. Blot burde der – om muligt – i stedet være foretaget en selvstændig vurdering af, om der forelå en juridisk person i almenretlig henseende eller, at der fremførtes støtte for en sidestillelse af det juridiske personlighedsbegreb med spørgsmålet om skattesubjektivitet⁴⁸. Bestemmelserne i SKL 3 B og SEL § 11, samt bemærkningerne hertil giver ikke støtte til en rent skatteretlig vurdering. Bestemmelserne anvender det juridiske personlighedsbegreb uden herved i motiverne at anføre, hvorledes begrebet skal forstås. Når dette er tilfældet, og der som ovenfor anført må siges at bestå kongruensbehov- og krav om end svage, bør den skatteretlige

47. Ligningsrådet lægger herved implicit til grund, at det juridiske personlighedsbegreb er et relationsbegreb der har en selvstændig skatteretlig betydning. Støtte herfor findes i den af *Thøger Nielsen* opstillede selvstændige skatteretlige definition, jf. Indkomstbeskatning Bind II, 1972, s. 12.

48. At der i stedet blev anvendt en særegen skatteretlig anvendelse af det juridiske personlighedsbegreb, der indebar en sidestillelse med spørgsmålet om skattesubjektivitet kan finde sidestykke i udenlandsk ret, herunder tysk ret. En sådan begrebsanvendelse synes dog at forudsætte enten at der er streng overensstemmelse mellem skattesubjektivitetskonstateringen og det juridiske personlighedsbegreb eller at det juridiske personlighedsbegreb udgør et relationsbegreb.

fortolkning som udgangspunkt respektere civilretten og almenretten. At det juridiske personlighedsbegreb er uklart, medfører selvsagt et større behov for en klar skatteretlig retstilstand fremkommet på disciplinens egne præmisser⁴⁹.

Om et Limited Partnership udgør en juridisk person, er dog sin sag at vurdere. Men såfremt det kunne lægges til grund, at selskabet konkret havde kommanditselskabets karakteristika, ville en sådan vurdering formentlig faciliteres. Første led i en test heraf indebærer en selskabsretlig vurdering af enhedens karakteristika. En sådan vurdering er ikke fremmed i skatteretlig henseende, jf. eksempelvis TfS 1999, 411 LR om et Bahamas Ltd. På et sådant grundlag kunne der i testens andet led henses til opfattelsen i den øvrige juridiske teori⁵⁰. Kommanditselskaber udgør ikke selvstændige retssubjekter i alle henseender og udgør dermed altså ikke juridiske personer i snæver forstand. Hermed kunne et tilsvarende resultat nås, men ud fra en overordnet skatteretlig respekt for og hensynstagen til det juridiske personlighedsbegreb i den snævre variant⁵¹.

Det kan anføres, at de kriterier, som Told- og Skattestyrelsen fremhæver til brug for den retlige kvalificering, faktisk hviler på et selskabsretligt grundlag. Det er utvivlsomt, at disse kriterier udspringer af nogle forudsætninger om selskabsretten, som ligger til grund for skattepligtsbestemmelserne, selvom påvirkningen ikke lader sig kvantificere. Det skal dog herved erindres, at de nævnte kriterier snarere end

49. I Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 2005, s. 199, tager *Henrik Dam* med rette afstand fra, at der i forarbejderne til SKL § 3 B eller LL § 2 skulle være støtte for at antage, at begrebet »juridiske personer« alene tager sigte på juridiske personer, der er selvstændige skattesubjekter. Forfatteren antager, at den rigtige løsning af problemstillingen i stedet vedrører spørgsmålet om, hvorvidt et skattetransparent selskab kan anses for at være en juridisk person i henseende til ejerskab over kapitalandele i andre selskaber. Herved ser forfatteren ikke nogen problemer forbundet med at anse interessentskaber og kommanditselskaber for at være juridiske personer i henseende til dette spørgsmål om ejerskab.

50. Det anerkendes, at der herved overtages en vis usikkerhed fra selskabsretten som internt i denne disciplin ikke giver anledning til store problemer, men som i skatteretlig henseende forekommer mere uhensigtsmæssige.

51. Det tillægges ikke betydning for den juridiske argumentation, at en fortolkning som den anbefalede nødvendigvis måtte indebære en praksisændring i forhold til eksempelvis dokumentationskravet i SKL § 3 B for fysiske personers investeringer i visse personselskaber. Sådanne argumenter bør ikke tillægges nævneværdig betydning ved juridiske analyser og giver således ikke i sig selv anvisninger for retsvidenskaben. Tilsvarende er eventuelle omgåelsesmuligheder ikke i sig selv argumenter for givne fortolkninger.

at bygge på selskabsretlige kendsgerninger udspringer af den skatteretlige praksis vedrørende subjekt kvalifikation⁵². Analysen vedrører ikke spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en juridisk person (i civilretlig henseende) eller ej, men i stedet om der foreligger et selvstændigt skattesubjekt.

Rent praktisk synes det dog rimeligt at antage, at alle juridiske personer er omfattet af SEL § 1 og FBL § 1. Hermed kunne det umiddelbart også synes rimeligt at sidestille bedømmelsen af, hvorvidt der foreligger en juridisk person med spørgsmålet om skattepligt i henhold til nævnte bestemmelser. Resultatet er derfor det samme uanset den valgte fortolkningsmetode. Kritikken er derfor ikke graverende. Der er aldrig foretaget en analyse af, hvorvidt en skatteretlig prøvelse af sammenlutningers skattesubjektivitet automatisk fører til, at der foreligger juridisk personlighed i snæver forstand for den pågældende sammenlutning. Det er derfor fortsat min opfattelse, at det juridiske personlighedsbegreb ikke burde anvendes i skattelovgivningen. Som et mindstemål bør det tydeliggøres, hvilken variant af det juridiske personlighedsbegreb der anvendes i skatteretlig henseende, idet alt andet medfører retsusikkerhed.

Selvom der ikke kan tages endeligt stilling til, hvilken variant af det juridiske personlighedsbegreb der anvendes i skatteretlig henseende, kan det om den begrænsede praksis konkluderes, at denne tilsikrer en kongruent retstilstand i den forstand, at interessentskaber og kommanditselskaber hverken i henhold til en relationsafhængig skatteretlig udformning af det juridiske personlighedsbegreb eller en almenretlig forståelse heraf ikke vil udgøre juridiske personer, idet de nævnte enheder ikke i alle henseender udgør retssubjekter.

2.3.4. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Såfremt det juridiske personlighedsbegreb er et relationsbegreb, giver retstilstanden ikke anledning til yderligere bemærkninger, idet det her ved må accepteres, at begrebet i skatteretten anvendes synonymt med kredsen af selvstændige skattesubjekter i henhold til SEL § 1 og FBL § 1. Der er intet heri eller i gennemgangen af praksis, der indikerer, at begrebsanvendelse indebærer en fravigelse fra begrebets kerneindhold.

Antages derimod, at det juridiske personlighedsbegreb ikke er et

52. Der henvises for en udførlig redegørelse for dette forhold, til § 4 infra.

relationsbegreb men derimod et samlebegreb, giver den offentliggjorte administrative praksis om emnet ikke anledning til bemærkninger, og der er tilsikret en kongruent retstilstand. Af denne årsag må det slutes, at det teoretisk konstaterede kongruenskrav- og behov er tilfredsstillet. Den omtalte ikke offentliggjorte afgørelse trækker imidlertid i modsat retning, idet der heri anvendes en selvstændig skatteretlig variant af det juridiske personlighedsbegreb.

Det er centralt at bemærke, at det praktiske skatteretlige resultat langt hen ad vejen er identisk. Således må det gælde, at en anvendelse af begrebet i en selvstændig skatteretlig variant indebærer en henvisning til SEL § 1 og FBL § 1, mens en anvendelse af begrebets snævre variant vil føre til samme resultat. Praktisk må retstilstanden derfor bifaldes. Dog bør der som et minimum fremgå undersøgelser heraf i sammenhæng med de skatteretlige regler, der anvender begrebet. Her til kommer, at mange enheder i den offentlige sektor udgør juridiske personer, men ikke udgør selvstændige skattesubjekter, jf. SEL § 3. En anden forskel ligger specifikt inden for denne afhandling, idet de to mulige varianter indebærer forskellige retlige analysemetoder.

Dog bør det igen understreges, at der ved inddragelsen af det juridiske personlighedsbegreb er indført nogle formentlig utilsigtede uklarheder, der kunne undgås. Fra en teoretisk betragtning kan brugen af det juridiske personlighedsbegreb i skattelovgivningen ikke bifaldes⁵³. Man

53. I strafferetten anvendes det juridiske personlighedsbegreb tilsyneladende med større omtanke. Således følger det af straffelovens § 25, at en juridisk person kan straffes med bøde, når det er bestemt ved eller i medfør af lov. Bestemmelsen hjemler således ikke i sig selv et strafansvar for juridiske personer. I henhold til § 26, stk. 1 omfatter bestemmelser i straffeloven om strafansvar for selskaber mv., medmindre andet er bestemt, enhver juridisk person, herunder aktie-, anparts- og andelsselskaber, interessentskaber, foreninger, fonde, boer, kommuner og statslige myndigheder. I henhold til § 26, stk. 2 omfattes endvidere enkeltmandsvirksomheder, for så vidt disse, navnlig under hensyn til deres størrelse og organisation, kan sidestilles med de i stk. 1 nævnte selskaber. Det ses herved, at man i strafferetten har taget konsekvensen gennem afgrænsningen af ansvarssubjekt-kredsen, og herved eksemplificeret, hvad der antages at udgøre juridiske personer i netop straffelovens forstand. Bestemmelsen opstiller den formodning, at strafansvar for alle andre end enkeltpersoner omfatter alle organisationsformer mv., der kan optræde i retsforhold. Det juridiske personlighedsbegreb er valgt som samlebetegnelse for denne vide kreds. Bestemmelserne er indført med lov nr. 474 af 12.6. 1996, på baggrund af Straffelovrådets betænkning nr. 1289/1995, om juridiske personers bødeansvar. Endnu mere velovervejet forekommer *Sysette Vinding Kruses* reformforslag i forfatterens doktorafhandling, *Erhvervslivets kriminalitet*, 1983, s. 519, hvor der foretages en egentlig strafferetlig definition af den juridiske person, jf. forslaget

kunne derfor håbe, at det juridiske personlighedsbegreb i skatteretten i fremtiden alene kunne indtage en deskriptiv og pædagogisk funktion⁵⁴.

Som opfølgning på de enkelte samspilsproblemer, kan det slås fast, at der i vidt omfang har forekommet brug af det juridiske personlighedsbegreb i skatteretlig sammenhæng. Denne brug har endnu ikke affødt domstolspraksis og kun i ubetydeligt omfang administrativ praksis. Dog er det min erfaring, at inddragelsen af det juridiske personlighedsbegreb ved den praktiske håndtering af regler med en sådan henvisning medfører ikke ubetydelige afgrænsningsvanskeligheder, hvilket forstærkes af det totale fravær af administrative retningslinier på området. Det kan ikke endelig konstateres, om der findes en egentlig selvstændig skatteretlig begrebsdannelse, idet dette forudsætter, at det juridiske personlighedsbegreb er relationsafhængigt. Noget tilsvarende må sluttes om skatterettens eventuelle afsmittende effekt på civilretten. Således må det lægges til grund, at dette spørgsmål ej heller er aktuelt, idet der ikke civilretligt er behov for en klassifikation af enheder under det juridiske personlighedsbegreb. Endelig hvad angår den sidste mulige samspilsproblematik, må det antages, at der er mulighed for indirekte anvendelse af udenlandsk civilret ved fortolkningen af begrebet »juridisk person«. Påvirkningen er imidlertid kun indirekte, idet en bedømmelse af udenlandske enheder kun er et anliggende for dansk intern ret. Derimod kan det formentlig i et eller andet (mindre) omfang spille ind hvorledes enheden klassificeres i udenlandsk civilret. Såfremt udenlandsk ret kvalificerer den pågældende enhed som værende en juridisk person, er der ikke umiddelbart nogen anledning til at afvige herfra efter intern dansk ret. Denne bedømmelse forstærkes blot af det forhold, at der ikke i dansk ret hersker klarhed om begrebsindholdet.

I det følgende præsenteres den selskabsretlige aftalefrihed og de skatteretlige følger heraf.

§ 2. Endvidere anføres det i forslaget § 2, stk. 3, at strafansvar kan pålægges, uanset om den juridiske person civilretligt anerkendes som selvstændigt retssubjekt, hvormed sigtes til at inddrage aktieselskaber under stiftelse.

54. Denne funktion forudsættes de lege lata af *Niels Mørch* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXIIIa, 1988, s. 364.

§ 3 Juridiske personer i selskabsretten – selskabsformer og aftalefrihed

Selskabsretten frembyder et antal forskellige retsformer, hvori sammenslutninger kan optræde i retlig henseende. Med inspiration fra tysk ret kan der til fremstillingsmæssigt brug sondres mellem kapitalsselskaber og personselskaber⁵⁵. *Kapitalsselskaber* kendetegnes ved, at der i lovgivningen stilles krav om, at selskabsdeltagerne ved stiftelsen indskyder en vis kapital i selskabet, som mindst svarer til lovgivningens mindstekrav samt ved, at selskabsdeltagerne ikke hæfter for selskabets gæld. Hertil kan føjes, at der er adgang til at overdrage ejerandele, at overskudsandel følger kapitalandel, at stemmeret følger kapitalandel og at der ikke for selskabsdeltagerne som udgangspunkt gælder nogen loyalitets- og (sam)arbejdsplicht. Endelig kunne det anføres, at kreditgrundlaget i kapitalsselskaber er den kapital der indestår i selskabet. Til kapitalsselskaber henregnes i dansk ret typisk aktie- og anpartsselskaber, andelsselskaber med begrænset ansvar (A.m.b.a.) og fonde.

Personselskaber er kendetegnet ved, at mindst en selskabsdeltager hæfter personligt for selskabets gæld. Karakteristisk er det ligeledes, at et personselskab ikke kan bestå uafhængigt af sine selskabsdeltagere, at der ikke er nogen selskabskapital, at der er vekslende deltagerkreds, at overskudsandel fastsættes i forhold til omsætning eller arbejdsindsats, at der er stemmeret i forhold til omsætning eller eventuelt ligelig stemmeret, at der består en loyalitets- og (sam)arbejdsplicht. Endelig kunne det anføres, at kreditgrundlaget i personselskaber er baseret på, at alle eller nogle af selskabsdeltagerne hæfter personligt for selskabets gæld og at personselskaber typisk er skatteretligt transparente. Som personselskaber fremhæves typisk enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber med personligt ansvar og partrederiet.

Der kan ikke udledes retlige resultater af selve sondringen mellem kapital- og personselskaber. Ved siden af denne traditionelle inddeling kan der siges at bestå nogle andre og »nye« selskabsformer, hvorunder

55. Jf. herom i dansk ret *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 22 f, samme i Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 17 f, *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 7 f, *Carsten Fode & Noe Munk*: Valg af selskabsform, 2000, s. 67 f og *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2002, s. 21 f. Der kan også sondres mellem associationer og selvejende institutioner. Denne sondring bevæger sig på tværs af sondringen mellem kapital- og personselskaber.

falder partnerselskabet (kommanditaktieselskabet), selskabet med begrænset ansvar (S.m.b.a.), partsselskabet, Europæiske økonomiske firmaer (EØFG) samt eventuelt andre selskabsformer, der hidtil ikke har været anvendt⁵⁶. Afgrænsningen til brug for afhandlingens følgende analyser af det retlige samspil mellem retssubjektivitet og skattesubjektivitet udgøres af skattepligtsbestemmelserne i SEL § 1, stk. 1, og FBL § 1. Disse bestemmelser medfører, at såvel kapitalselskaber som visse personselskaber samt visse nye selskabsformer udgør selvstændige skattesubjekter.

Samspillet mellem bestemmelserne og selskabsretten skal analyseres. Der skal i denne forbindelse undersøges, om der hersker klarhed om, hvilke selskaber der faktisk udgør selvstændige skattesubjekter når der henses til den selskabsretlige baggrund herfor. Ligeledes skal det undersøges, hvordan de selskabsretlige enheder behandles i skatteretlig henseende. Samtidig skal dette retlige samspil undergives en analyse i henhold til afhandlingens grundbetragtninger om samspillet mellem skatteret og civilret.

Juridiske personer blev selvstændige skattesubjekter allerede med statsskatteloven af 1903⁵⁷. Således omfattede SL § 2, stk. 5, her i landet hjemmehørende aktieselskaber, kommanditaktieselskaber og andre selskaber med begrænset ansvar (med undtagelse af selskaber, hvis overskudsanvendelse skete i velgørenhed eller humanitært øjemed), så-, forbrugs-, og produktions-, samt andre samvirkende foreninger, i det omfang foreningens hovedvirksomhed ikke blev udstrakt ud over medlemmernes kreds. Der findes ikke betydelige fortolkningsbidrag i forarbejderne til denne bestemmelse⁵⁸. Med revisionen i 1912 af statsskatteloven blev også skattepligtsbestemmelsen tydeliggjort og udbygget⁵⁹. Ej heller i forbindelse hermed fremsættes generelle overvejelser om udstrækningen af selskabers skattesubjektivitet. I forbindelse med 1922 revisionen af statsskatteloven blev der indført skattepligt for stiftelser, korporationer og selvejende institutioner⁶⁰. Heller ikke i forbindelse med denne lovændring synes der at være fremkommet afklarende bemærkninger om kvalifikationen af de omfattede skattesubjekter. Med

56. Se særligt for denne inddeling *Carsten Fode & Noe Munck*: Valg af selskabsform, 2000.

57. Jf. lov nr. 104 af 14.5. 1903, jf. herom RT 1902/1903 tillæg C, sp. 1337 ff.

58. Se dog Vejledning til Anvendelse af Lov Nr. 104 af 14.5. 1903, om Indkomst- og Formueskat til Staten, art. 2. og pkt. F, om den objektive skattepligt.

59. Jf. lov nr. 219 af 8.6. 1912.

60. Jf. lov nr. 149 af 10.4. 1922.

gennemførelsen af selskabsskatteloven i 1960, videreførtes store dele af indholdet fra SL § 2, stk. 5 i SEL § 1, stk. 1⁶¹. Dog gælder det herefter, at kommanditselskaber ikke udgør selvstændige skattesubjekter. Forarbejderne til selskabsskatteloven bibringer således ikke nogen større afklaring af, hvorledes kvalifikationen af de omfattede skattesubjekter skal foretages, herunder hvilken rolle selskabsretten må antages at spille i denne forbindelse.

Det er således ikke muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik, at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne om at skattesubjekterne følger af det civilretlige kvalifikationssystem (in casu det selskabsretlige kvalifikationssystem). Derimod er der næppe tvivl om, at systemet faktisk i et eller andet omfang implicit hviler på sådanne forudsætninger, hvorved de selskabsformer der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf. Udsagnet kan ikke påvises men lægges til grund i det følgende.

Som det anføres af *Thøger Nielsen*, må det imidlertid antages, at selskabsretten, uden for aktieselskabsretten, på tidspunktet for gennemførelsen af selskabsskatteloven, var karakteriseret ved om ikke mørke så tåge⁶². Forfatteren anfører, at dansk skatteret på denne baggrund, for så vidt angår aktieselskaber, har henholdt sig til aktieselskabslovens begreb, mens man for andre juridiske personer har måttet udvikle en selvstændig begrebsverden. Det anføres hertil, at det dog er karakteristisk, at skattelovgivningen i vidt omfang formulerer skattepligtsevnen *som om* de begreber, der benyttes, har et anerkendt og entydigt indhold, der er fastlagt i andre retsdiscipliner. Som eksempel herpå fremhæves skattepligten for »andre foreninger, korporationer, stiftelser, legater og selvejende institutioner«, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 6, hvor der virker som om lovgiver virkelig har vidst, hvad der taltes om. Det anføres, at dette i bedste fald er selvbedrag. Om anvendelsen af hæftelseskriteriet som kriterium i henseende til den skatteretlige afgrænsning af skattesubjektivitet, anføres det, at der snarere er tale om et lån fra selskabsretten, og i mindre grad om et egentlig kriterium, der

61. Jf. lov nr. 255 af 11.6. 1960. Lovforslaget findes i FT 1959/60 tillæg A, sp. 1031 ff, og behandles i tillæg B, sp. 1501 og 1581.

62. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 611 ff. Siden 1960 må det imidlertid erindres, at fondslovgivningen og lov om erhvervsdrivende virksomhed er kommet til. *Mette Neville* finder dog i Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 66, at der fortsat er meget sandt i Thøgers Nielsens udsagn.

Del IV – Konfrontation

har egentlig selvstændig skatteretlig relevans. Herved anføres det, at afgrænsningen således er præget af, at man i vidt omfang har valgt, og til dels har måttet vælge, de i selskabsretten anerkendte afgrænsningskriterier⁶³. Skatteretten er derved dels blevet tvunget over i irrationelle grænsedragninger, dels i et vist omfang blevet præget af den uklarhed, der herskede, og formentlig fortsat hersker, indenfor visse del af selskabsretten.

Selskabsretten har som en af formuerettens specielle dele i lang tid hvilet på en grundsætning om kontraktsfrihed⁶⁴. Denne frihed har efter temperament to eller tre aspekter.

Det første aspekt indebærer selskabsdeltagernes frihed ved valg af selskabsform, uafhængigt af den påtænkes erhvervsvirksomheds karakter⁶⁵. Hertil må fremhæves, at denne del af aftalefriheden med årene er blevet indskrænket gennem en forøgelse af den selskabsretlige regulering. Samtidig er der imidlertid på visse områder sket en udvidelse af kontraktsfriheden⁶⁶.

Det andet aspekt kan i tilslutning hertil siges at bestå i friheden til at skabe en ikke hidtil anvendt selskabsform⁶⁷. Netop dette element har dog givet anledning til en del teoretisk diskussion. Det er på den ene side blevet anført, at man skal vælge mellem et antal kendte – lovregulerede eller ulovregulerede – konstruktioner, hvis man ønsker at drive

63. Jf. *Thøger Nielsen* op.cit., s. 612, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 691 ff, og *Henrik Dam* i Skatteretten – Speciel del, 2005, s. 447.

64. Jf. *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2000, s. 42, samme: Selskabsretten, 1999, s. 28 ff, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 1 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 24 ff, samme: Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 27 ff, *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 157 ff, og *Noe Munck* i Valg af selskabsform, 2000, s. 43 ff samt *Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen*: Selskabsformerne, 2002, s. 19 ff.

65. Begrænsninger kendes alene inden for bestemte erhvervsområder og forekommer dels ved krav om, at en bestemt type af erhvervsvirksomhed skal drives i en bestemt selskabsform (banker, realkreditinstitutter, forsikringsselskaber, pensionskasser), dels ved forbud mod, at en given type erhvervsvirksomhed drives i en bestemt selskabsform (som rendyrket forbud ved virksomhed som apoteker, auktionsholder, dispachør, translator og tolk samt taxikørsel, eller som modificeret forbud ved advokatvirksomhed, revisorvirksomhed, landinspektørvirksomhed, lægevirksomhed og ejendomsformidlervirksomhed), jf. *Carsten Fode & Noe Munck*: Valg af selskabsform, 2000, s. 43 f.

66. Jf. herom *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 159 f.

67. Så vidt ses er det udelukkende *Carsten Fode & Noe Munck*, der i Valg af selskabsform, 2000, s. 43 ff og *Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen*: Selskabsformerne, 2002, s. 28 ff, ser denne frihed som et særskilt element i den selskabsretlige aftalefrihed.

virksomhed⁶⁸. Herved argumenteres for, at aftalefriheden er formindsket. Ud fra denne synsvinkel anføres det, at selvom LEV § 3 (definitionsbestemmelse) tilsyneladende udtrykker lovgivers anerkendelse af, at der ikke er typetvang, er dette næppe korrekt. Det anføres således, at LEV § 3 næppe i sig selv skaber nogen hjemmel til at oprette selskaber med begrænset hæftelse uden for de hævdvundne retsfigurer, men alene er en rammebestemmelse, inden for hvilken de eksisterende retsfigurer må placeres⁶⁹. Det anføres, at LEV § 3, som eksempel er nødvendig som referenceramme for LEV § 4, når denne definerer et andelsselskab, idet sådanne selskaber ikke alene kan bestå i en delmængde af de i § 3 nævnte virksomheder, hvilket atter følger af, at andelsvirksomheder undtagelsesvist kan antage karakter af interessentskab eller kommanditselskab, jf. henvisningen til LEV § 2 i lovens § 4⁷⁰. På denne baggrund anføres det, at der næppe er nogen juridisk organisationsform tilbage til de »selskaber« som erhvervsdrivende måtte ønske at stifte, hvis ikke man udtrykkeligt vil organisere sig som allerede kendt retsfigur. Der syntes dog ikke i udsagnet at indgå et postulat om, at der i selskabslovgivningen eller forarbejderne hertil skulle findes hindringer i adgangen til at stifte selskaber med begrænset hæftelse, som ikke er aktie- eller anpartsselskaber⁷¹ eller andelsselskaber⁷². På den anden side er det blevet anført, at aftalefriheden fortsat består⁷³. Selvom hensynene til omverdenen kreditorer og minoriteter tilsiger, at udgangspunktet om aftalefrihed modificeres, medfører dette næppe, at

-
68. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsret, 3. udg. 1997, s. 24 ff, og 4. udg. 2000, s. 68, men faldet ud i 5. udg., 2003.
69. Dette udsagn kritiseres navnlig af *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 162 ff. Kritikken synes dog på dette punkt at bero på en fejllæsning af udsagnet, idet det netop som udgangspunkt medgives at LEV § 3, forudsætter aftalefriheden, men blot at bestemmelsen næppe i sig selv udgør hjemmel til oprettelsen af sådanne selskaber.
70. Jf. *Erik Werlauff* loc.cit.
71. Se da også Betænkning nr. 362/1964, s. 55, og Betænkning nr. 540/1969, s. 52.
72. *Mette Neville* anfører i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 161 f, at det flere steder i nyere lovgivning tillige har været forudsat, at der kan stiftes selskaber med begrænset hæftelse, som antager en af de nævnte retsformer. Forfatteren henviser yderligere til at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, synes at forudsætte noget tilsvarende.
73. Jf. *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2000, s. 42 ff, samme i Selskabsretten, 1999, s. 28 ff, *Ernst Dyrbye* i UfR 1996 B, s. 13 ff, *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 157 ff, samme: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 48, *Noe Munck* i Selskabsformerne – lærebog i selskabsret, 2002, s. 19 ff, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 1 ff, og *Carsten Fode & Noe Munck*: Valg af selskabsform, 2000, s. 43. Se yderligere

aftalefriheden nødvendigvis skal erstattes af en typetvang⁷⁴. Således kan det anføres, at udgangspunktet om aftalefrihed må fastholdes, men at anerkendelsen af et selskab, der ikke falder ind under en af de kendte selskabsformer, ubetinget må forudsætte, at selskabskonstruktionen fremstår med tilstrækkelig klarhed for selskabets medkontrahenter⁷⁵.

Den teoretiske diskussion om aftalefrihedens fortsatte beståen er i vidt omfang blevet irrelevant efter indførelsen af lov om erhvervsdrivende virksomheder fra 1994, idet der faktisk er blevet registreret selskaber med begrænset hæftelse i henhold til denne lov. Selskaber med begrænset hæftelse, der ikke er aktie- eller anpartsselskaber, skal registreres som at opnå retssubjektivitet, jf. lovens § 8.

Endelig kan det antages, at der i det praktiske erhvervsliv gælder en vis typebundethed, der erstatter udgangspunktet om selskabsrettens aftalefrihed⁷⁶. Dette forhold kan siges at fremkomme navnlig som følge af kravet om, at selskabskonstruktionen skal fremgå med tilstrækkelig klarhed i forhold til omverdenen, idet det herved må formodes, at nye selskabsformer formentlig kun sjældent vil blive anvendt i praksis.

Opmærksomheden bør i denne forbindelse henledes på den debat, der har været ført i den senere tid. Således har holdbarheden af forudsætningen bag erhvervsvirksomhedsloven, om at alle erhvervsdrivende virksomheder, der ikke er omfattet af selskabslovene, er omfattet af erhvervsvirksomhedsloven, været diskuteret⁷⁷.

om diskussionen Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 24, samt David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen: Kommanditselskabet – societas obsoleta, 1999, s. 91 ff.

74. Jf. Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 25 f.

75. Op.cit., s. 26.

76. Jf. Erik Werlauff: Selskabsret, 3. udgave. 1997, s. 26 (udsagnet gentages ikke senere udgaver) og Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 26. Også dette standpunkt imødegås af Mette Neville i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 164 ff. Men denne kritik synes at bero på en læsning af udtrykket »praksis« som »retspraksis« frem for som »erhvervspraksis«.

77. Jf. Otto Bjerg Hausgaard & Peder Harbjerg Reuther i J 2000, s. 38 ff. Argumentet mod denne forudsætning har været, at der grundet en uheldig formulering af erhvervsvirksomhedsloven, synes at eksistere en mulighed for at stifte selskaber som ikke er ansvarlige selskaber i henhold til LEV § 2, og ej heller er selskaber med begrænset hæftelse i henhold til LEV § 3; såkaldte *hybrider*. Sådanne selskaber skulle da ikke være omfattet af loven, og selvom vedtægterne i realiteten indeholder hæftelsesbegrænsninger, er de ifølge opfattelsen ikke registreringspligtige. Synspunktet er, at LEV § 2, indebærer, at der ikke er tale om et interessentskab i lovens forstand, såfremt en selskabsdeltager har påtaget sig en hvilken som helst, herunder også en konkret, hæftelsesbegrænsning.

Det tredje aspekt vedrører adgangen til at tilpasse de for den valgte selskabsform gældende regler til deres konkrete behov og ønsker⁷⁸. Der lader til at være enighed om, at aftalefriheden i vidt omfang stadig består inden for rammerne af den enkelte selskabstype.

I de følgende afsnit præsenteres og analyseres principperne for den skatteretlige subjekt kvalifikation. Det skal herved allerede nu anføres, at grundlæggende civilretlige son dringer ikke er blevet overført til skatteretten. I stedet benyttes en nærmest udtømmende opregning i SEL § 1 og FBL § 1.

Baggrunden herfor er, at betingelserne i LEV § 2, stk. 1, må anses som kumulative således, at ingen af deltagerne i et interessentskab må hæfte personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser. Idet LEV § 3 om virksomheder med begrænset hæftelse udgør en spejlvending af LEV § 2, antages det tilsvarende, at betingelserne i denne bestemmelse er kumulative. Således antages det, at selskaber hvori en deltager hæfter personligt, men begrænset, og dermed kun opfylder to af de tre hæftelsesformer, ej heller omfattes af LEV § 3. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indtager tilsyneladende en modsat holdning, jf. *Jytte Heje Mikkelsen, Lone Wulff Jensen & Jesper Christoffersen* i J 2000, s. 110 ff. Styrelsen indtager det standpunkt, at bestemmelserne skal forstås således, at når betingelserne er kumulativt opfyldt hos bare en deltager, vil selskabet høre til uden for LEV § 3, og i stedet høre til indenfor LEV § 2. Standpunktet uddybes med, at definitionen af et § 3-selskab alene udtrykker, at der ikke må være deltagere, der hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk. Derimod kan et selskab inden for LEV § 3, godt have deltagere, der hæfter personligt, men begrænset, og dermed kun opfylder to af de tre hæftelsesformer. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder således ikke, at der eksisterer såkaldte hybrider i selskabsretten. Førstnævnte standpunkt insisterer på at diskutere, hvorvidt betingelserne i såvel LEV § 2, som i § 3, er kumulative. Dette er for så vidt rigtigt. Essensen må blot være, hvad der ligger i begrebet »ingen af deltagerne«. På dette punkt skiller vandene sig, idet forfægtterne af førstnævnte standpunkt herved forstår ordlyden således, at alle deltagere skal opfylde kravene i LEV § 3. Argumentationen er gentaget af *Peder Harbjerg Reuther* i J 2000, s. 323 f. Modsat fortolker Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bestemmelsen således, at et selskab godt kan have deltagere, der opfylder to af de tre betingelser, blot ingen deltagere opfylder alle tre betingelser. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning har mest for sig, idet denne fortolkning jo faktisk tager højde for at bestemmelsen er kumulativ. Således må det anføres, at det forhold at ingen deltagere i henhold til LEV § 3 må opfylde samtlige tre betingelser er det samme som at alle deltagerne ikke må opfylde betingelserne samlet, men derimod ikke er det samme som, at samtlige deltagere ikke må opfylde enkelte af betingelserne. Skulle sidstnævnte være tilfældet, synes det nødvendigt at benytte ordet »eller« i stedet for »og« i LEV § 3. Det kan anføres, at bestemmelsen netop ikke skulle have været kumulativ, såfremt kritikken skulle være berettiget. Heraf følger det, at der ikke kan stiftes selskaber med begrænset hæftelse, der falder uden for erhvervsvirksomhedslovens anvendelsesområde. Spørgsmålet er dog ikke endeligt afklaret, og må afvente domstolenes stillingtagen.

78. Denne del af princippet kan benævnes som kontraktsfrihed.

§ 4 Selskabsretlig og skatteretlig subjekt kvalifikation

4.1. Subjekt kvalifikation i selskabsretten

Det har såvel civilretlig som skatteretlig relevans at afdække, hvorledes forskellige selskabsformer kan afgrænses over for hinanden. Der hersker dog ikke klarhed om spørgsmålet i selskabsretten trods dettes relevans⁷⁹. Uanset hvad resultatet af en fremtidig Højesteretsdom om spørgsmålet måtte blive, synes det således relevant at overveje, hvad der skal til for at adskille andre selskaber fra aktie- og anpartsselskabet. En sådan eksercits må forudsætte, at de relevante selskabsbegreber belyses. Det forekommer mere naturligt at foretage en sådan belysning i forbindelse med den konkrete konfrontation nedenfor. Det er imidlertid valgt på dette sted at fremhæve de få centrale selskabsretlige overvejelser om subjekt kvalifikation til brug for nedenstående konfrontation⁸⁰.

I selskabsretlig henseende er grænserne mellem de forskellige organisationsformer ofte uklare og flydende. Baggrunden herfor er, at der ikke findes en fast begrebsdannelse, hvilket medfører, at der må være vide rammer for kvalifikationen af de enkelte organisationsformer⁸¹. Det må dog antages, at den selskabsretlige kvalifikation skal foretages med udgangspunkt i en realitetsfortolkning. Afgrænsningsproblemerne har formentlig ikke tiltrukket sig stor interesse, idet det er en forudsætning for afgrænsningen, at denne har retlig betydning. Ligeledes findes der ikke i selskabsretten en skarp grænsedragning der svarer til den skatteretlige grænsedragning mellem selvstændige skattesubjekter og transparente enheder.

I skatteretlig henseende har afgrænsningsspørgsmålet typisk stor betydning grundet en forskellig skattemæssig behandling af forskellige subjekter. Af denne årsag er det nødvendigt for skattesystemet at ope-

79. Afgrænsningsspørgsmålenes relevans træder frem derved, at der tilsyneladende kan konstateres en stigende interesse i at stifte selskaber med begrænset hæftelse, som ikke er aktie- eller anpartsselskaber, jf. herom blandt andre *Mette Neville* i *Nye tendenser i skandinavisk selskabsret*, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 157 ff.

80. Kendskab til principperne for den civilretlige subjekt kvalifikation nødvendiggøres yderligere af det forhold, at der i forbindelse med den skatteretlige omkvalifikation af retsenheder har lydt røster der advokerer for det synspunkt, at de omkvalificerede subjekter end ikke i civilretlig henseende synes at opfylde de nødvendige betingelser for den retlige beståen som påstået selskabstype.

81. Jf. herom *Mette Neville*: *Boligfællesskaber i selskabsform*, 1993, s. 63 og s. 84.

rere med et mere veludviklet kvalifikationssystem, hvorved man i skatteretten kan have set sig nødsaget til at gå egne veje og dermed i retning af en skatteretlig autonomi på området for subjekt kvalifikation.

Det gælder ikke for alle sammenslutninger, at den skatteretlige kvalifikation er ligeså problemfri, som tilfældet er det for aktie- og andelselskaber i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 1. For andre typer af sammenslutninger opstår ofte problemer med (1), at konstatere om disse udgør selvstændige skattesubjekter, og dermed er omfattet af opregningen i SEL § 1, stk. 1, og (2), hvorledes sammenslutningen i bekræftende fald skal placeres blandt bestemmelsens enkeltbestanddele og de heraf følgende forskellige beskatningskategorier⁸². Det følgende afsnit vedrører første del af denne problematik, mens de senere afsnit vedrører den anden del. Denne traditionelle todeling i subjektivitetsspørgsmålet skal dog ikke overvurderes. Således gælder det ofte i praksis, at bedømmelserne er ens, ligesom de er tidsmæssigt sammenfaldende. Det er derfor også forståeligt, at der i vidt omfang sker og er sket en sammenblanding heraf. I dele af retspraksis ses det da også, at der foretages en placering af givne sammenslutninger i en konkret beskatningskategori, uden at der herved er foretaget selvstændige overvejelser om, hvorvidt der i det hele taget består et selvstændigt skattesubjekt. Argumentationen for en sådan fremgangsmåde er da også ligefrem, idet det kan anføres, at det savner mening at operere med en fælles overordnet vurdering af sammenslutningers skattesubjektivitet, og at vurderingen må gå på de særlige karakteristika, der kendetegner de selskaber, der er omfattet af den relevante beskatningskategori i SEL § 1. Dog skal det samtidig holdes for øje, at retspraksis fremviser flere eksempler på, at der alene er taget stilling til spørgsmålet om skattesubjektivitet uden samtidig stillingtagen til placeringen i en konkret beskatningskategori. Den traditionelle todeling fastholdes derfor til brug for det følgende.

I skatteretlig henseende er det afgørende, at forskellige sammenslutninger kan indplaceres i den rette beskatningskategori. Idet noget tilsvarende ikke gør sig gældende på civilrettens område, må skatteretten egenhændigt forsøge at forholde sig til den selskabsretlige aftalefrihed og de konkrete udfald heraf. Særligt er selskabsdeltagernes hæftelse

82. Jf. herom *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 37 ff, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 301 f, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 691 ff og mest indgående *Henrik Dam* i Skatteretten – Speciel del, 2005, s. 448 ff.

overtaget som et betydningsfuldt kriterium. Herved er skatteretten blevet tvunget til at overtage nogle af de usikkerheder, der findes i civilretten.

4.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

På evalueringsmodellens første trin fastslås eksistensen af potentielle retlige samspil. Der er ikke tvivl om, at civilretten frembringer det skatteretlige faktum ved fremkomsten af forskellige selskabsformer dannet i overensstemmelse med den selskabsretlige aftalefrihed. Det særlige spørgsmål om, hvorvidt sådanne selskabstyper skal anerkendes i skatteretlig henseende, hænger tæt sammen med spørgsmålet om den skatteretlige subjekt kvalifikation. Dog er det fundet mere relevant at undersøge samspillet vedrørende anerkendelse nedenfor i afsnittet om omkvalifikation af selskabsdannelser, jf. § 11. Dernæst ses det samspil, der består i, at skatteretten anvender civilretlige begreber, derved at sådanne indgår i den skatteretlige subjekt kvalifikation. Hermed opstår også muligheden for, at der kan opstå en selvstændig skatteretlig civilret, idet sådanne anvendte civilretlige begreber kan tænkes udviklet egenhændigt af skatteretten. Endvidere er det ikke utænkeligt, at skatterettens subjekt kvalifikationskriterier medfører koordinationsproblemer i forhold til civilretten, og herved måske i et eller andet omfang modvirker civilretten og dennes hensyn.

Disse konkrete samspil må nødvendigvis underkastes de særlige *censureringsforanstaltninger*, med henblik på at vurdere, hvorvidt den givne problemstilling som sådan og de enkelte samspilsproblemer egner sig til en nærmere analyse med udgangspunkt i evalueringsmodellen. Som angivet, er det ikke muligt eller ønskeligt på forhånd udtømmende at angive, hvad der nærmere ligger i denne censureringsforanstaltning. Censureringsforanstaltningen skal nærmere ses som en mulighed for, ud fra common sense betragtninger at luge ud i de konkrete samspilsproblemer, der må antages ikke at egne sig til en nærmere analyse i henhold til evalueringsmodellens øvrige trin.

Hvor det gøres gældende, at visse retlige spørgsmål kan analyseres med udgangspunkt i evalueringsmodellen, er det relevant at overveje, hvorvidt noget sådant konkret giver *mening*. Såfremt der er tale om forhold, der er temmelig væsensforskellige, savner det mening at analysere samspillet i henhold til evalueringsmodellen. Det bør i denne

sammenhæng kræves, at disciplinerne ikke er alt for forskellige⁸³. Det må yderligere antages at spille ind, *hvorledes civilretten forholder sig* til den behandlede problemstilling, og herunder om der hersker klarhed over forholdet i civilretlig henseende.

På denne baggrund kan det anføres, at den selskabsretlige kvalifikation af sammenslutninger ikke er sammenlignelig med den skatteretlige kvalifikation af sammenslutninger. I selskabsretlig henseende er det centralt at foretage grænsedragninger mellem forskellige selskabsformer. I skatteretlig henseende udgør dette også en central problemstilling, men for så vidt angår det overordnede spørgsmål om subjektqualifikation, er det alene afgrænsningen mellem personselskaber og andre selskaber, der er relevant. Andre grænsedragninger mellem de enkelte skattesubjekter har alene relevans i forhold til placeringen af sammenslutningen i den korrekte beskatningskategori. Den civilretlige pendant til den skatteretlige subjektqualifikation måtte være spørgsmålet om, hvorvidt der med den konkrete sammenslutning er tale om et selvstændigt retssubjekt. Dette spørgsmål forekommer imidlertid ikke med tilstrækkelig hyppighed i retspraksis til, at der kan siges at findes en fasttømret retspraksis herom⁸⁴. Hertil kommer, at der ikke findes tydelige holdepunkter for at antage, at en eventuel statuering af retssubjektivitet automatisk indebærer statueringen af et retssubjekt. Et personselskab kan således i visse henseende anses som et retssubjekt, mens sådanne utvivlsomt ikke udgør selvstændige skattesubjekter. Det må derfor siges, at problemstillingerne vedrørende subjektqualifikation ikke lader sig sammenligne på tværs af skatte- og civilretten.

Det synes derfor ikke meningsgivende at stille spørgsmålet om, hvorvidt retssubjektivitet generelt er en betingelse for skattesubjektivitet. Tilsvarende er det ikke meningsgivende at stille spørgsmålet om, hvorvidt en enhed kan være selvstændigt skattesubjekt uden samtidig at være selvstændigt retssubjekt. Spørgsmålet må i denne kontekst nuanceres således, at der i stedet spørges, hvorvidt civilretlig (selskabsretlig) retssubjektivitet er en forudsætning for skattesubjektivitet. Et sådant spørgsmål er meningsgivende.

83. De behandlede problemstillinger skal her være af en sådan karakter, at det vil kunne være en fordel endsige overhovedet muligt at drage nogen slutninger fra den skatteretlige til den civilretlige retsstilling.

84. Der findes dog visse sager herom, jf. eksempelvis udlægssagerne i TfS 1997, 288 Ø, om hvorvidt en række såkaldte A.m.b.a.'er måtte anses som selvstændige retssubjekter, og TfS 1997, 287 Ø, om et S.m.b.a.

Der er næppe tvivl om, at de danske skattepligtsbestemmelser i SEL § 1 og FBL § 1 forudsætter, at de omfattede subjekter i øvrigt er selvstændige retssubjekter.

Imidlertid kan udgangspunktet næppe opretholdes undtagelsesfrit. Navnlig de *forskellige hensyn* bag selskabsretlige retssubjektivitetsregler og skatterettens skattesubjektivitetsregler bør fremhæves. Selskabsrettens regler skal blandt andet afveje deltagernes interesser i at opnå hæftelsesindkapsling overfor kreditorernes modsatrettede interesser samt varetage andre væsentlige hensyn til offentlighed mv. Her overfor skal skatterettens subjektivitetsregler som minimum sikre, at alle indkomster tilknyttes et skattesubjekt, og herved at alle indkomster kommer til beskatning, samt at beskatningen så vidt muligt sker løbende⁸⁵.

Selskabsrettens aftalefrihed kan ikke direkte overføres til skatteretten. Skatterettens skattepligtsbestemmelser indebærer ikke mulighed for at tildele nye selskabsformer selvstændig skattesubjektivitet, med mindre disse passer ind i de eksisterende skattesubjektivitetskategorier. Strammere skatteretlige kriterier for anerkende af retssubjektivitet forekommer velbegrunder ud fra fiskale hensyn, idet anerkendelsen af skattesubjektivitet for juridiske personer indebærer en udskydelsen af beskatningen, indtil den juridiske personer foretager udlodning af optjent indkomst.

De præsenterede forskelle i hensyn kan siges at trække i retning af, at selskabsretlig retssubjektivitet ikke er egnet som forudsætning for skattesubjektivitet. Noget andet er dog, at skatteretten i mangel af bedre har måttet adoptere selskabsretlige begrebsdannelser ved udformningen af kriterierne for den skatteretlige subjekt kvalifikation, ligesom skattepligten i flere tilfælde er direkte knyttet an til civilrettens kvalifikation af enheder som retssubjekter. Samtidig findes der dog områder, hvor lovgiver bevidst har gennemført en adskillelse mellem skatteretten og civilretten vedrørende spørgsmålet om retssubjektivitet.

Det må endvidere anføres, at den konkrete skatteretlige anvendelse af civilretlige begreber er indirekte og mudret. Det er nemlig ikke muligt gennem den skatteretlige praksis om subjekt kvalifikation at spore nogen præcis påvirkning fra civilretten. Det kan således hævdes, at der blot er tale om en løs og historisk betinget påvirkning.

Grundet aktiveringen af evalueringsmodellens censureringsforan-

85. Jf. det oprindelige forslag til SL af 22.1. 1897, Rigsdagstidende, A, 1896-97, sp. 3585 ff, og *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 5.

staltninger bortfalder problemstillingen efter evalueringens første trin, og der er ikke behov for at behandle spørgsmålet nærmere efter evalueringsmodellen. Hermed ikke sagt, at de nævnte samspil er irrelevante, men blot at de konkret ikke egner sig til nærmere analyse under anvendelse af evalueringsmodellen. Det forholder sig da også således, at der kan forekomme konkrete samspil mellem de enkelte skatteretlige kriterier og civilretten, uden at det herved er muligt at sige noget generelt om samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med subjekt kvalifikationen. Således er det fortsat muligt, at samle op på de enkelte samspil efter præsentationen af principperne for den skatteretlige subjekt kvalifikation.

4.3. Principper for den skatteretlige subjekt kvalifikation

4.3.1. Indledning og negativ afgrænsning (transparensprincippet)

På dette sted skal principperne for den skatteretlige subjekt kvalifikation undersøges. Herved blotlægges de retningslinier, hvorefter det kan afgøres, om en sammenslutning udgør et selvstændigt skattesubjekt eller ej. Om dette spørgsmål hersker der betydelig usikkerhed, idet der ikke er fastsat præcise retningslinier i lovgivningen. Således indeholder hverken bemærkningerne til selskabsskatteloven eller Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 om selskabsskatteloven bidrag til brug for den centrale afgrænsning af ikke-skattepligtige sammenslutninger over for de selvstændige skattesubjekter⁸⁶.

Et godt sted at starte synes at være en *negativ afgrænsning*. Således gælder det, at sammenslutninger, der ikke omfattes af selskabsskatteloven eller fondsbeskatningsloven, behandles som transparente enheder i skatteretten⁸⁷. For sådanne gælder det, at de ikke er selvstændige skattesubjekter, hvormed det ikke er sammenslutningen som sådan, der

86. Spørgsmålet om hvilken beskatningskategori en skattesubjekt skal henføres til behandles selvstændigt nedenfor.

87. Terminologisk anvendes »transparensprincippet« om denne situation. Internationalt benyttes betegnelsen »fiscal transparency«, jf. herom *Alexander Easson & Victor Thuronyi* i *Tax Law Design and Drafting*, 2000, s. 925 ff, og *Jean Pierre Le Gall* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXa, 1995, s. 662 f. Selvstændige skattesubjekter er modsætningen hertil og betegnes i den internationale skatteret med ordet »opaque« eller »opaqueness«. I dansk ret er transparensprincippet behandlet af *Liselotte Hedetoft Madsen*: *Beskatning ved deltagelse i personselskaber*, 2003, s. 99 ff.

Del IV – Konfrontation

er skattepligtig, men derimod dennes selskabsdeltagere⁸⁸. Dette gælder uanset, at sammenslutningen selskabsretligt kan siges at være et selvstændigt retssubjekt.

Det står klart, at SEL § 1 ikke hjemler selvstændig skattesubjektivitet for det ansvarlige interessentskab⁸⁹, europæiske økonomiske firma-grupper, samejer eller enkeltmandsvirksomheder⁹⁰, og at dette også gælder i tilfælde af delvise hæftelsesbegrænsninger, således som det er tilfældet i kommanditselskaber (og herunder partnerselskaber/kommanditaktieselskaber)⁹¹ eller partrederier⁹².

Transparensprincippet anvendelsesområde er sådanne selskaber, som er karakteriseret ved, at mindst én af deltagerne hæfter (direkte), personligt og solidarisk over for alle selskabskreditorerne.

Transparensprincippet medfører en situation, at visse enheder, som i visse relationer anses for at være retssubjekter, ikke antages at udgøre selvstændige skattesubjekter. Dette gælder eksempelvis interessentskaber og kommanditselskaber. Det gælder dog samtidig, at eksempelvis samejer ikke udgør selvstændige retssubjekter, hverken civil- eller skatteretligt.

De centrale skatteretlige afgrænsningsproblemer vedrørende skattesubjektivitet vedrører netop grænsedragningen mellem de transparente enheder og selvstændige skattesubjekter. Man kan formulere det således, at der foreligger en transparent enhed, såfremt nedenstående skatteretsevnekriterier ikke fører til et andet resultat i medfør af SEL § 1. Transparensprincippet hænger tillige tæt sammen med spørgsmålet om skatteretlig omkvalifikation som analyseres nedenfor under § 11.

88. Se om sondringen mellem personselskaber og kapitalselskaber i tysk skatteret *Harald Herz*: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 138 ff.

89. Dette følger af en modsætningsslutning af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, idet begrænset hæftelse herefter udelukker skattesubjektivitet og af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, idet et interessentskab ikke er en forening, korporation, stiftelse mv. Dette udgangspunkt gjaldt tillige efter den tidligere skattepligtsbestemmelse i SL § 2, stk. 1, nr. 5 g.

90. Hvilket ligeledes følger af en modsætningsslutning af SEL § 1.

91. Dette følger af at, komplementaren hæfter personligt og dermed ikke er omfattet af SEL § 1. Se også TfS 1992, 234 LR.

92. For disse sidstnævnte selskabstyper følger udsagnet af bemærkningerne til SEL § 1 i FT 1959/60 tillæg A, sp. 1049 og SEL § 1, stk. 1, nr. 2 modsætningsvis, idet begrænset hæftelse herefter udelukker skattesubjektivitet. Se også den nu ophævede SEL § 38.

4.3.2. Generelt om de skatteretlige retsevnekriterier

Det er ikke muligt præcist at redegøre for, hvorfra nutidens afgrænsningskriterier stammer. Nogle kriterier er specifikt skatteretlige og udviklet i administrativ praksis, mens andre er fremkommet under inspiration fra selskabsretten. *Thøger Nielsen* har forsøgt at redegøre for de retsevnekriterier, der kunne og kan tænkes at komme i betragtning⁹³. Senere bidrag tager for så vidt ikke principiel stilling til spørgsmålet, men gengiver loyalt kriteriernes betydning i retspraksis og administrativ praksis⁹⁴. *Henrik Dam* anfører, at afgørelsen af om en sammenslutning i grænsetilfælde er et selvstændigt skattesubjekt, beror på en række andre kriterier, der er dannet med udgangspunkt i vore selskabs- og skatteretlige regler⁹⁵. Dette uddybes med den omstændighed, at aftalefriheden bevirker, at de selskaber og foreninger m.fl., der må anerkendes som juridiske personer, ikke kan opregnes udtømmende. Heraf følger det, at det ikke i enkeltheder kan angives, hvilke sammenslutninger, der er selvstændige skattesubjekter. Hvis der således er tvivl om en sammenslutnings selvstændige skattepligt, må der derfor tages udgangspunkt i de begreber, der anvendes i selskabsskatteoven og fondsbeskatningsloven, som har ophav i selskabs- fonds- og foreningsretten. Det anføres videre, at det er dette samspil mellem skatteretten og selskabs-, fonds-, og foreningsretten, der i grænsetilfælde vanskeliggør en nærmere opregning af de selvstændige skattepligtige sammenslutninger. Endelig anføres det, at samspillet kompliceres yderligere af, at den skatteretlige bedømmelse af sammenslutninger undertiden løsrives helt fra selskabs- og foreningsretten. Det følgende viser, at forfatteren har ret i sine antagelser.

Den juridiske teori er ikke entydig, for så vidt angår spørgsmålet om, i hvilke relationer eventuelle afgrænsningskriterier har relevans. Således gengives kriterierne i nogle sammenhænge som relevante ved grænsedragningen mellem de af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, omfattede skattesubjekter og personselskaberne⁹⁶. Kriterierne anses i andre henseender

93. Jf. J 1961, s. 651 ff, og Indkomstbeskatning II, 1972, s. 40 ff.

94. Dette gælder eksempelvis *Henrik Dams* i øvrigt udmærkede gennemgang i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 447 ff. Dog anføres det, at kriterierne har ophav i selskabsrettens regler for oprettelse af aktie- og anpartsselskaber, og at disse regler tjener som sammenligningsgrundlag for andre erhvervsdrivende sammenslutninger, ligesom visse af kriterierne kritiseres.

95. Jf. Skatteret – Speciel del, 2005, s. 447.

96. *Age Michelsen* anfører i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 693, at spørgsmålet om et

Del IV – Konfrontation

som værende relevante ved grænsedragningen mellem de af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, omfattede skattesubjekter og personselskaberne⁹⁷. I atter andre sammenhænge behandles kriterierne som værende generelle for den skatteretlige subjekt kvalifikation⁹⁸. Det står klart, at anvendelse af skatteretlige retsevnekriterier har relevans i de tilfælde, hvor rubriceringen er knap så problemløs, som tilfældet er det for aktie- og anpartsselskaber. Af denne årsag behandles kriterierne generelt for alle sammenslutninger i det følgende, uanset at problemstillingen er mere relevant for nogle end for andre.

Konsekvensen af en sammenslutnings kvalifikation som selvstændigt skattesubjekt er blandt andet, at renteudgifter af lån optaget af sammenslutningen ikke kan fratrækkes ved medlemmernes personlige indkomstopgørelse⁹⁹.

I det følgende skal de forskellige mulige retsevnekriterier analyseres, og det skal i denne sammenhæng belyses, i hvilken udstrækning disse har betydning i gældende ret¹⁰⁰. Der er enighed om, at vurderingen af sammenslutningers skattesubjektivitet beror på en *samlet vurdering* af den pågældende sammenslutning¹⁰¹. Ved denne vurdering kan alle de nedenfor behandlede kriterier komme i betragtning, og det må antages, at intet enkelt kriterium i princippet har forrang. Disse kriterier må som udgangspunkt siges at bestå af de fælles karakteristika, der kendetegner skattesubjekter omfattet af SEL § 1. Herved tilkendes det også, at SEL § 1 udgør det relevante retsgrundlag ved kvalifikationen af

selskab er et selvstændigt skattesubjekt, ofte vil bero på en fortolkning af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, således at de selskabstyper, der er omfattet af bestemmelsen, skal afgrænses over for de selskabstyper, der ikke er selvstændige skattesubjekter. Idet SEL § 1, stk. 1, nr. 6 ikke indeholder en afgrænsning af de omfattede sammenslutninger over for ikke-skattepligtige interessentskaber mv., og da der selskabsretligt ikke er foretaget nogen skarp afgrænsning, har det i skattepraksis efter forfatterens opfattelse været nødvendigt ud fra en samlet bedømmelse af en sammenslutnings hele karakter at afgøre, om der foreligger en skatteretlig korporation eller institution, eller om der foreligger et ikke-skattepligtigt interessentskab eller lignende selskab.

97. Dette er eksempelvis tilfældet i LV 2005 S.A.1.2.

98. Dette er tilfældet hos *Henrik Dam* i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 447 ff.

99. Jf. herom UfR 1960, 355 H *Paul H. Hagerup*, TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*, LSRM 1964, 137 og LSRM 1976, 64.

100. Se herom *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 651 ff, og Indkomstbeskatning II, 1972, s. 40 ff, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 301 ff, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 693 ff, samme i SR-Skat 1991, s. 71 f, LV 2005 S.A.1.2., *Henrik Dam* i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 447 ff.

101. Noget tilsvarende må som nævnt antages at gælde ved den selskabsretlige placering af en given sammenslutning.

juridiske personers skattesubjektivitet. Dog skal det holdes for øje, at civilrettens regler om retssubjektivitet binder skatteretten, i det omfang sådanne regler direkte er inkorporeret i skattepligtsreglerne.

Selvom det formentlig kan udledes af nyere retspraksis, at vurderingen tager udgangspunkt i aktie- og anpartsselskabsretlige principper, må det principielt fastholdes, at dette ikke alene kan være udslagsgivende ved skattesubjektivitetsvurderingen.

4.3.3. Vedtægter

Ved vurderingen af en sammenslutnings skattesubjektivitet tages udgangspunkt i dennes *vedtægter*¹⁰². Vedtægterne må herved antages at have bevismæssig betydning. Dog er tilstedeværelsen heraf dog ikke afgørende for vurderingen af givne sammenslutningers skattesubjektivitet. Således har selve tilstedeværelsen af skrevne vedtægter i praksis udelukkende haft ganske underordnet betydning for spørgsmålet om skattesubjektivitet¹⁰³. Det må da også antages, at skrevne vedtægter ikke kan kræves¹⁰⁴. Forekomsten af skrevne vedtægter kan dog derudover tages som udtryk for, at sammenslutningen har eller vil opnå en sådan fasthed, der i almindelighed kendetegner et selvstændigt skatteobjekt. Også på dette punkt finder *Henrik Dam*, at reglerne for aktie- og anpartsselskaber er anvendt som målestok for andre sammenslutninger¹⁰⁵. Det må dog erindres, at også andre sammenslutninger er kendetegnet ved at have vedtægter. Ligeledes ses der i praksis også eksempler på at vedtægternes ordlyd bliver lagt til grund¹⁰⁶. Vedtægternes indhold er ikke afgørende i alle tilfælde. Dette følger af den omstændighed, at den samlede vurdering endvidere må foretages som en konkret realitetsbedømmelse¹⁰⁷.

102. Sml. *Philip Noes* i Skattekartoteket, kapitel 13, s. 29 ff, og LV 2005 S.A.10.1.

103. Jf. TfS 1994, 165 LR, hvor en forening blev anset for et selvstændigt skattesubjekt trods den omstændighed, at der alene eksisterede et udkast til vedtægter. Sml. *Henrik Dam* i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 470.

104. Jf. LV 2005 S.A.1.10.1.

105. Jf. Skatteret – Speciel del, 2005, s. 470.

106. Jf. eksempelvis TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*.

107. Dette forhold fremgår af Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, hvor det generelt i pkt. 2 ytres, at det afgørende for en juridisk persons skattepligt efter selskabsskatteloven ikke alene er, hvorledes denne formelt er organiseret, men tillige hvordan denne reelt fungerer. Udsagnet er formentlig rigtigt og følges da også i praksis. Imidlertid er det noget vanskeligt at finde direkte støtte herfor i forarbejderne til selskabsskatteloven. Det kan hertil anføres, at en sådan cirkulærefastsat realitetsbedømmelse ikke behøver hjemmel, idet der blot er tale om en almindelig bedømmelse af faktum. Ligeledes kan det anføres, at

4.3.4. Parternes benævnelse

Det står fast, at parternes blotte benævnelse af den givne sammenslutning er af underordnet betydning for den skatteretlige kvalificering af sammenslutningens skattesubjektivitet. Kriteriet kan måske tillægges en vis betydning i særlige situationer, men retspraksis viser klart, at parternes benævnelse kan tilsidesættes til fordel for andre kriterier. Dette fremgår i flere af de nedenfor refererede sager¹⁰⁸.

4.3.5. Offentlig registrering eller anden form for anerkendelse

I henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 1, er registreringskriteriet afgørende ved den skatteretlige definition af aktie- og anpartsselskaber. Derimod er kriteriet ikke nødvendigvis afgørende for aktieselskabsbeskatningen. Et indregistreret aktieselskab kan således fritages fra aktieselskabsbeskatning, såfremt det er af kooperativ karakter¹⁰⁹.

Registreringskriteriet kan ikke tillægges afgørende betydning for øvrige selskabstyper. Således er det ikke afgørende for et selskabs skattesubjektivitet, at dette er registreret i henhold til erhvervsvirksomhedsloven som et selskab med begrænset hæftelse. Derimod kan den selskabsretlige hæftelsesbegrænsning naturligvis indgå i den skatteretlige bedømmelse af enheden. Momsregistrering er uden betydning for selskabers skatteretlige status.

Det kan dog overvejes, om skattemyndighederne er berettigede til at

der for så vidt ikke i ordlyden af SEL § 1, stk. 1, er noget til hinder for at bestemmelsen skal fortolkes realistisk. Når det eksempelvis i nr. 2, hedder »andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser ...«, er der ikke hermed særligt tilkendegivet at være tale om en formel (civilretlig) hæftelse, og ikke en reel økonomisk hæftelse. Endelig kan det ikke udelukkes, at der også i tiden forud for 1960, fandtes en praksis, hvorefter spørgsmålet om skattesubjektivitet blev afgjort ved en konkret realitetsbedømmelse af de påkendte sammenslutninger.

108. Se hertil eksempelvis forudsætningen i TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*, og LSRM 1982, 36.

109. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 41. Se også hertil pkt. 3 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 om selskabsskatteloven, hvor det anføres, at et aktieselskab kan blive skattepligtigt efter andelsselskabsbeskatningsreglerne, hvis en sammenslutning, selv om den er indregistreret som et aktieselskab, fungerer som andelsselskab. Se herom videre SKMD 1971, s. 100, nr. 73, TfS 1990, 233 LSR og TfS 1990, 264 TS. *Aage Michelsen* bemærker i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 704, at kooperationsbeskatning af et aktieselskab viser en disharmoni mellem selskabsretten og skatteretten, idet sådanne selskaber selskabsretligt ikke burde være registreret som et aktieselskab, jf. ASL § 1, stk. 4. Der er hermed forudsat identitet mellem det skatteretlige og det selskabsretlige og andelsbegreb.

foretage en selvstændig kvalifikation af forskellige typer af sammenslutninger. Diskussionen herom er så småt ført i henseende til andelselskaber¹¹⁰.

4.3.6. Kapitalgrundlag

4.3.6.1. Generelt

Aktie- og anpartsselskaber er kapitalselskaber, hvori indskudskapitalen er en selskabsretlig eksistensforudsætning. Denne kapital skal for aktieselskaber udgøre mindst 500.000 kr., jf. ASL § 1, stk. 3, og 125.000 kr., for anpartsselskabers vedkommende, jf. ApSL § 1, stk. 3. Et selskab uden selskabskapital, selskaber med varierende selskabskapital og selskaber med garantikapital kan ikke registreres som et aktie- eller anpartsselskab¹¹¹. Da der uden for selskabslovens område hersker aftalefrihed, kan der i henhold til erhvervsvirksomhedslovens stiftes selskaber som de nævnte, hvor indskudskapital ud fra et selskabsretligt synspunkt ikke er nogen nødvendighed. Kapitalbaggrunden kan foreligge i form af deltagergarantier (garantikapital) eller blot være et resultat af den økonomiske aktivitet. End ikke i sidstnævnte afsvækkede form er det helt sikkert, at man kan opretholde et krav om en selskabskapital som forudsætning for at anerkende et selvstændigt skattesubjekt¹¹². På denne baggrund kan der blive tale om at pålægge en forening skattesubjektivitet, selv om foreningens økonomi helt hviler på medlemmernes økonomiske hæftelse, og selv om man ikke ud fra et kapitalkriterium kan adskille foreningen fra et interessentskab¹¹³. Hermed kan det fastslås, at de kapitalkrav, der gælder for visse sammenslutninger, er baseret på mangeartede hensyn, men at disse variationer ikke isoleret set er afgørende for den skattemæssige behandling. Manglende indskudskapital kan således ikke i sig selv føre til, at en sammenslutning frakendes den selvstændige skatteretsevne. Dog har det vist sig, at indskud ved etablering og krav ved udtræden har været tillagt en vis om end begrænset – betydning i forbindelse med vurderingen af givne sammenslutningers skattesubjektivitet.

110. Jf. *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 13.

111. Jf. Betænkning om revision af aktieselskabslovgivningen, nr. 362, 1964, s. 55.

112. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 652.

113. Loc.cit.

4.3.6.2. Indskud ved etablering

I teorien antages det, at en manglende indskudskapital ikke i sig selv kan frakende en sammenslutning sin selvstændige skattesubjektivitet¹¹⁴. Trods dette udgangspunkt kan det formentlig ikke udelukkes, at det tillægges betydning, om en virksomhed har en indskudskapital, når det skal vurderes, om sammenslutningen er et selvstændigt skattesubjekt. Synspunktet synes ikke direkte at have støtte i retspraksis, men kriteriet tillægges betydning i udlægssagen i TfS 1997, 287 Ø *Sunita Dhir*, hvor et S.m.b.a. blandt andet grundet det forhold, at indskudskapitalen ikke på noget tidspunkt havde været tilvejebragt, ikke blev anset for et selvstændigt retssubjekt. Herom bemærker *Henrik Dam*, at det er bemærkelsesværdigt, at en indskudskapital ikke er påkrævet efter de selskabs- og foreningsretlige regler, men at tilstedeværelsen af en sådan har betydning for, om sammenslutningen er et selvstændigt skattesubjekt¹¹⁵. Forfatteren finder på denne baggrund, at Landsrettens kendelse blot er udtryk for, at reglerne for oprettelse af aktie- og anpartsselskaber også i dette tilfælde anvendes som målestok for andre erhvervsdrivende sammenslutninger. Det sluttes derfor, at selvstændig skattepligt ikke kan være udelukket, alene fordi en sammenslutning mangler indskudskapital. Navnlig mindre foreninger, som har ideelle formål, har kun undtagelsesvis en indskudskapital eller garantikapital af betydning, men må efter forfatterens opfattelse, ikke desto mindre kunne være selvstændige skattesubjekter. På den anden side anføres det, at en indskudskapital kan være med til at begrunde skattesubjektivitet, al den stund kapitalen har en sådan størrelse, at den i sig selv er tilstrækkelig til at bære sammenslutningen.

Hertil må for det første bemærkes, at Landsretten i den konkrete sag ikke har forudsat, at manglende indskudskapital har betydning for spørgsmålet om skattesubjektivitet. Sagen vedrører alene spørgsmålet om retssubjektivitet i forbindelse med en udlægsforretning. Hvad mere principielt angår spørgsmålet om, hvorvidt et kriterium om tilstedeværelse af indskudskapital er hentet fra aktie- og anpartsselskabsretten, må det anføres, at dette næppe er en rigtig udlægning af retstilstanden.

114. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 44, og samme i J 1961, s. 651 f, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 691 ff, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 301 ff, *Henrik Dam* i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 467 ff, samme i Festskrift til Bernhard Gomard, *Lennart Lynge Andersen m.fl. (red.)*, 2001, s. 94 f, og LV 2005 S.A.1.2.

115. Jf. Skatteret – Speciel del, 2005, s. 468.

Efter min vurdering er der i stedet tale om, at man generelt må hente inspiration i de økonomiske foreninger, herunder andelsselskaberne og at det er normalt (men ikke påkrævet) for disse selskaber, at der findes en indskudskapital¹¹⁶. I den konkrete sag kan det endvidere antages, at der ved bedømmelse af et S.m.b.a. såvel er taget udgangspunkt i forholdene for aktie- og anpartsselskaber som for A.m.b.a.'er, idet der ikke findes nogen vejledende praksis for S.m.b.a.'er.

Henrik Dam & Søren Friis Hansen er yderligere fremkommet med nogle retspolitiske ytringer om den skatteretlige betydning af manglende indskudskapital¹¹⁷. Således anføres det, at det ikke kan udelukkes, at aftalefriheden vedrørende kapitalkravene på selskabsrettens område til en vis grad mister betydning, når skatteretten fører til, at virksomheden ikke tillægges selvstændig skatteretsevne. Det anføres videre, at det i praksis formentlig kun er et fåtal af selskabsdeltagere, der vil stille sig tilfreds med den begrænsede hæftelse, hvis virksomhedens overskud blandt andet grundet den manglende selskabskapital medregnes til deres personlige indkomst frem for som selskabsindkomst. Betragtningerne synes rigtige, men mon ikke en vis indskudskapital er den praktiske hovedregel. Herved kan skatteretten ikke beskyldes for at underminere den selskabsretlige aftalefrihed. Endvidere skal det erindres, at kriteriet i skatteretten ikke i sig selv afgør spørgsmålet om skattesubjektivitet, og at der ikke findes klare præjudikater herom.

4.3.6.3. *Krav ved udtræden*

Det er kendetegnende for aktie-/anpartsselskaber og foreninger, at udtrædende deltagere ikke har krav på nogen del af sammenslutningens formue, og at deltagernes udtræden er uden retlig betydning for sammenslutningens beståen¹¹⁸.

Det er et interessentskabstræk, at udtræden selskabsretligt betragtes som en opløsning og stiftelse af et nyt selskab. Derfor er deltagernes krav på sammenslutningen ved udtræden ofte blevet benyttet som kriterium for vurderingen af sammenslutningers skattesubjektivitet. Således må det tale for selvstændig skattesubjektivitet, såfremt deltagerne ikke har krav på formuen ved udtræden, idet det herved indikeres, at

116. Jf. eksempelvis *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 57 f og s. 135 ff.

117. Jf. bidraget til Festschrift til Bernhard Gomard, *Lennart Lyngø Andersen m.fl. (red.)*, 2001, s. 94 f.

118. Herom LV 2005 S.A.1.10.1.

Del IV – Konfrontation

sammenslutningen har egen kapital, der kan sikre dens eksistens, selvom deltagerne måtte træde tilbage¹¹⁹. Hvis derimod deltagerne har krav på formuen, kan dette indikere, at det er de enkelte deltagers personlige økonomi, der bærer af sammenslutningen.

Det ledende præjudikat til understøttelse af dette element i den samlede skatteretlige vurdering findes i TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst* (U 1999, 1225 H). Sagen omhandlede et samvirke om boligfællesskab, hvor deltagerne havde betegnet sammenslutningen som et interessentskab. Skatteyderen, der var ledende lærer ved Tvind, havde sammen med et anden ansat lærer oprettet et »interessentskab«, som havde erhvervet en fast ejendom. Formålet med sammenslutningen var at købe og drive denne ejendom, der skulle stilles til rådighed som bolig for sammenslutningens deltagere. Sagen drejede sig om den skattemæssige kvalifikation af samvirket og den skattemæssige behandling af indtægter og udgifter vedrørende ejendommen. Vedtægterne indeholdt nogle for interessentskaber atypiske bestemmelser¹²⁰. Landsskatteretten og Vestre Landsret fandt, efter en samlet vurdering, at Interessentskabet uanset anvendelsen af ordet »interessentskab« var en forening eller lignende med selvstændig skattepligt i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Nogle af de atypiske vedtægtsbestemmelser blev af Højesterets flertal (7 dommere) fortolket således, at der ikke tilkom en interessent nogen andel af formuen ved ophør af medlemskabet eller ved eksklusion. Dette gjaldt vedtægternes § 4 om ophør af medlemskab med ordene »... Ved ophør af medlemskabet fortaber den pågældende sin ret til at have del i interessentskabets værdier ...«, og § 17, om eksklusion med ordene »... I tilfælde af eksklusion tilfalder den ekskluderes andel af interessentskabets værdier interessentskabet ...«, ligesom man i henhold til § 16, ved opløsning alene havde krav på udbetaling af, hvad de oprindeligt havde indskudt i interessentskabet. Ligeledes fandt flertallet, at en interessent i henhold til vedtægterne ikke kunne forhindre, at en ny interessent blev optaget i interessentskabet om ejendommen, selv om dette efter sin karakter kun kunne have ganske få deltagere. Disse forhold, fandt flertallet, klart trak i retning af, at interessentskabet, hverken kunne karakteriseres som et interessentskab eller et sameje. Grundet det forhold, at betalin-

119. Jf. Henrik Dam i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 469.

120. Dette var dog ikke så bemærkelsesværdigt, idet den ene af interessenterne i henhold til vidneforklaringerne havde udfærdiget vedtægterne ved afskrift af vedtægter vedrørende en selvejende institution.

ger vedrørende ejendommen betaltes over en Tvind fælleskonto, fandtes det yderligere, at interessenterne hæftelse ikke kunne antages at indebære en hæftelse af betydning. Fire dommere udtalte på denne baggrund, at indtægter og udgifter vedrørende ejendommen ikke kunne henføres til skatteyderen som deltager i et interessentskab eller et sameje. Disse dommere fandt imidlertid ikke anledning til at tage stilling til, om »interessentskabet« var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, og valgte derfor at stadfæste Landsrettens dom. Tre af flertallets dommere fandt, at samvirket havde så væsentlige foreningstræk, at dette måtte anses for en af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, omfattet forening. Disse dommere stemte derfor også for at stadfæste dommen. Sammenslutningen må på baggrund heraf antages at være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, selvom dette ikke klart fremgår af dommens præmisser. En mindretal bestående af to dommere fandt ikke anledning til at underkende interessentskabskonstruktionen.

Der er med denne dom usikkert, om der er tale om en omkvalifikation med baggrund i en konkret realitetsbedømmelse¹²¹. Det kunne antages, at der alene var tale om en fortolkning af sammenslutningens vedtægter holdt op mod skatteevnekriterierne til afgrænsningen af interessentskaber og samejer over for foreninger¹²². Såfremt der måtte antages at være civilretlig sikkerhed om kvalifikationen af samvirket, ville en selvstændig og afvigende skatteretlig kvalifikation indebære en realitetsbegrundet omkvalifikation. Dog er det ikke givet, at der kan siges at være tale om et interessentskab i civilretlig henseende. Blot er spørgsmålet ikke blevet prøvet. Man kan derfor ikke uden videre antage, at skatteretten i sagen har omkvalificeret civilretten. Det ses også i sagen, at skattemyndighederne procederede på, at der hverken selskabsretligt eller skatteretligt forelå et retssubjekt.

Skattedepartementet lægger også i TfS 1984, 434, vægt på, om deltagernes udtræden er uden betydning for sammenslutningens beståen, og om den eller de udtrædende har krav på nogen del af sammenslutningens formue¹²³. At forholdet ikke er eneafgørende, fremgår af R&R 1962, s. 59, hvori der statueredes tilstedeværelse af et interessentskab.

121. Mindre usikker er Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 144.

122. Som sådan er dommen også rubriceret i LV 2005 S.A.10.1., og Tommy V. Christiansen i JUS 1999/22.

123. Se også LSRM 1962, 88, TfS 1990, 30 LR og TfS 2000, 455 LR.

4.3.7. Hæftelse

Selskabsdeltagernes hæftelsesforhold overfor tredjemand spiller en rolle ved bedømmelse af sammenslutningers skattesubjektivitet. Det kan endda hævdes, at hæftelseskriteriet er det mest anvendte og mest centrale kriterium ved den skatteretlige subjekt kvalifikation. Som nævnt er transparensprincippets anvendelsesområde sådanne selskaber, som er karakteriseret ved, at mindst én af deltagerne hæfter (direkte), personligt og solidarisk over for alle selskabskreditorerne. Såfremt alle deltagerne hæfter begrænset, foreligger der derimod et selvstændigt skatte-subjekt¹²⁴. Derimod kan der være tale om en transparent enhed, såfremt blot én af deltagerne hæfter som nævnt. I relation til den skatteretlige afgrænsning synes det ikke afgørende, om deltagerne hæfter solidarisk – for hele selskabets gæld – eller kun pro rata –for en bestemt del af gælden. Derimod synes det afgørende at være, hvad der hæftes med, og ikke hvad der hæftes for (altså spørgsmålet om personlig eller realhæftelse)¹²⁵. Det er overvejende ved den personlige hæftelse, at den transparente enhed adskiller sig fra eksempelvis aktie- og anpartsselskaber og SEL § 1, stk. 1, nr. 2-subjekter. Derimod adskiller de transparente enheder sig ikke ved hæftelsesformen fra eksempelvis brugs-, indkøbs-, produktions- eller salgsforeninger eller fra nr. 6-foreninger, hvis medlemmer kan hæfte både direkte, personligt og solidarisk på samme måde som i et interessentskab. Forskelligheden viser sig i stedet med ejerskabet til formuen, ved formålet med sammenslutningen og ved overskudsanvendelsen.

Hæftelseskriteriet kan således få betydning for dels det overordnede spørgsmål om sammenslutningers skattesubjektivitet, dels for spørgsmålet om, til hvilken beskatningskategori den givne sammenslutning skal henføres.

Det ledende præjudikat ved belysningen af hæftelseskriteriets betydning ved skattesubjektivitetsbedømmelsen er formentlig TfS 1997, 611 V *Jørgen Mehl*. I sagen skulle det vurderes om et interessentskab, der indgik i et flyprojekt, var reelt. En revisor og en flymekaniker havde stiftet et aktieselskab, der købte et fly, som selskabet videresolgte til et en sammenslutning, som parterne havde betegnet som et interessentskab. Hensigten var blandt andet sikre deltagerne i interessentskabet afskrivningsret på flyet. Om deltagernes hæftelse fremgik det af ved-

124. Herom *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 45, og samme i J 1961, s. 652 f.

125. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 2, 2000, s. 584.

tægterne, at denne var begrænset til et beløb svarende til vedkommen- des del af sammenslutningens nominelle kapital. Det fremgik ligeledes, at sammenslutningens bestyrelse var forpligtet til at anmode deltagerne om at indskyde et yderligere beløb på 200.000 DKK, såfremt der i forbindelse med driften var behov for likvid kapital ud over de oprin- delige indskud. Endelig fremgik det om hæftelsen, at den enkelte del- tager aldrig kunne tilpligtes at indbetale mere end et fastsat beløb pr. andel af eventuelle lån der var optaget i interessentskabets navn. Vestre Landsret fandt, at en naturlig sproglig forståelse af samvirkets vedtæg- ter, der samlet set var usædvanlige for et interessentskab, måtte føre til, at de enkelte deltagere i samvirket udadtil havde begrænset deres hæf- telse, i hvert tilfælde over for de kreditorer, der disponerede efter at være blevet bekendt med vedtægternes indhold. Støtte herfor fandt Landsretten også i projekts prospektmateriale samt det senere hæn- delsesforløb, hvor deltagerne alene kom til at foretage begrænsede ef- terbetalinger. På denne baggrund fandt Landsretten, at det ikke var godtgjort, at samvirket reelt var et interessentskab. Det må antages, at der herved primært er henset til hæftelsesbegrænsningen. Dog blev der ikke taget stilling til, om samvirket i stedet var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, men hjemvist til fornyet ligning.

Af stor værdi er i denne forbindelse også dommen i SpO 1967, 339 Ø *Niels Lundquist Andersen*, som er det ledende præjudikat vedrørende grænsedragningen mellem foreninger og interessentskaber/samejer. Sa- gen vedrører den skattemæssige kvalifikation af et ejerlav, der drev en varmecentral. Skatteyderen havde for skatteårene 1962/63 og 1964/65 foretaget fradrag for dennes andel i underskud vedrørende driften af varmecentralen. Dette forudsatte, at ejerlavet udgjorde et interessent- skab eller et sameje. Skattemyndighederne fandt imidlertid, at der var tale om en forening, der var et selvstændigt skattesubjekt. Vedrørende hæftelsesforholdene gjorde sig det særlige gældende, at vedtægterne i 1960 blev ændret derhen, at medlemmerne hæftede direkte personligt overfor ejerlavets kreditorer, men med den særlige udformning, at der hæftedes *solidarisk* for gæld stiftet før 1.1. 1961, og *proratarisk* for senere stiftede fordringer. Landsretten fandt ikke tilstrækkeligt grund- lag for at anse ejerlavet som et sameje om lavets aktiver. Retten henså i denne forbindelse til, at ejerlavet var organiseret som et selvstændigt retssubjekt, der ejede de administrerede ejendomme og varmeanlægget, og til oplysningerne om medlemmernes hæftelse, samt til betydningen af lavets aktiver for vurderingen af medlemmernes ejendomme og der-

med deres skattepligtige indtægter. Lavet blev derfor anset som værende en forening omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6¹²⁶.

Formentlig kan det udledes, at en *personlig hæftelse ikke udelukker skattesubjektivitet*. Således er det fremgået, at direkte, personlig pro rata hæftelse og subsidiær solidarisk hæftelse kan lede til skattesubjektivitet. Derimod må det fortsat gælde, at sammenslutninger, hvori deltagernes hæftelse er direkte, personlig og solidarisk ikke udgør selvstændige skattesubjekter¹²⁷.

Personlig hæftelse fandtes ikke at være til stede i Tfs 2001, 371 V *Frederich Hindrichsen*, hvorfor sammenslutningen efter en samlet vurdering blev anset for at have så væsentlige foreningstræk, at denne hermed måtte udgøre et selvstændigt skattesubjekt.

Personlig hæftelse udelukker skattesubjektivitet i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, men ikke i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 6¹²⁸.

Af hæftelsen er begrænset forudsætter, at stiftelsen af selskabet som juridisk person med begrænset hæftelse har været forsvarlig, og at hæftelsesbegrænsningen har været kendelig for tredjemand¹²⁹. Det står endvidere klart, at begrænset hæftelse for deltagerne ikke per se indebærer pålæggelse af selvstændig skattesubjektivitet¹³⁰.

Hæftelseskriteriet indtog en central placering ved Landsskatterettens

126. Se også SpO 1968, s. 34 Ø *Holger Tryde*, også om en varmecentral, hvor hverken en solidarisk og subsidiær hæftelse eller en direkte, personlig pro rata hæftelse medførte interessentskabs- eller samejekonstatering. Se endelig R&R 1973 SM 91, hvor pro rata hæftelse i et ejerlav medførte selvstændig skattesubjektivitet samt LSRM 1982, 36, LSRM 1962, 88 og Tfs 1984, 342.

127. Kritisk over for en sådan retstilstand kunne formentlig indvendes, at SEL § 1 skal forstås i overensstemmelse med den tidligere SL § 2, nr. 5a og g. Heraf kunne det antages at følge, at SEL § 1, stk. 1, nr. 6, skal fortolkes i overensstemmelse med SEL § 1, stk. 1, nr. 2, jf. bemærkningerne i Østre Landsrets dom af 1.7. 1933 vedrørende Dansk forening for international Motorkøretøjsforsikring som henvist til i SpO 1967, s. 339 ff.

128. Jf. Tfs 1984, 342 LSR, hvor en andelsboligforening blev anset for skattepligtig i henhold til nr. 6, i stedet for i henhold til nr. 2 som antaget af skattemyndighederne. Skattedepartementet fremhæver også hæftelsesbegrænsningen som et kriterium, der trækker i retning af skattesubjektivitet i Tfs 1984, 434. I LSRM 1962, 88 blev en hyrevognssammenslutning anset for en forening og ikke for et interessentskab, idet Landsskatteretten lagde vægt på, at medlemmerne ikke var solidarisk ansvarlige for foreningens forpligtelser, at et lån var optaget af foreningen som sådan, og at medlemmerne ikke havde krav på nogen andel af foreningens formue ved udtræden, dog bortset fra ved foreningens eventuelle ophævelse.

129. Jf. herved udlægssagen i Tfs 1998, 644 V.

130. Jf. SKDM 1978, 95, hvor det blev udtalt, at en sammenslutning med to medlemmer og begrænset hæftelse ikke blev anset for et selvstændigt skattesubjekt.

bedømmelse af 10-mandsprojekterne. I korthed drejede projekterne sig om at benytte personselskabers skatteretlige transparens til at opnå modregning af udgifter vedrørende driftsaktiver og afskrivninger herpå i investorernes personlige indkomst. Sagerne vedrørte den skattemæssige behandling af disse projekter, idet skattemyndighederne havde nægtet skatteyderne de pågældende fradrag¹³¹. Et gennemgående træk var, at de låneaftaler, der blev indgået vedrørende det relevante driftsaktiver, blev indgået på såkaldte limited recourse-vilkår. Herved opstod der en hæftelsesbegrænsning i forhold til selskabernes eneste kendte kreditorer; leasingtager, der skulle lease det pågældende aktiv og den långivende bank. Landsskatteretten fandt, at de respektive kommanditselskaber og interessentskaber opfyldte betingelserne for at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, skulle finde anvendelse trods angivelse af direkte, personlig og solidarisk hæftelse. Således blev det for anført, at skatteyderne gennem de indgående aftaler med den finansierende bank reelt havde afskåret sig fra, at der kunne opstå krav mod komplementaren/interessenterne, hvorfor dennes/disses hæftelse var uden reelt indhold. Der blev herved lagt vægt på, at kommanditselskabet/interessentskabet for alle praktisk forekommende situationer kontraktretligt havde afskåret sig fra risiko. Hertil kom, at det endvidere fremgik af kommanditselskabskontrakterne/interessentskabskontrakterne, at nettoprovenu og -tab skulle deles mellem investorerne i forhold til deres ejerandel. Dermed fandtes betingelserne for at anvende SEL § 1, stk. 1, nr. 2 opfyldt¹³².

I TfS 1996, 484 LSR, gjorde der sig dog det særlige gældende ved-

-
131. Sagerne er offentliggjort i TfS 1996, 458 LSR (K/S – vedrørende flyvemaskine), TfS 1996, 459 LSR (I/S – vedrørende containere), TfS 1996, 474 LSR (I/S – vedrørende diesellokomotiv), TfS 1996, 430 LSR (I/S – vedrørende containere), TfS 1996, 484 LSR (I/S – vedrørende containere) (kommenteret i R&R 1996 SM 271) og TfS 1996, 485 LSR (I/S – vedrørende togvogne) samt TfS 1996, 71 LR (vedrørende togvogne). Landsskatterettens præmisser er tilnærmelsesvis enslydende i disse sager, hvorfor de omtales samlet, selvom der er forskellige i faktum og investeringsobjekter. Sagerne er kommenteret af Ole Bjørn i SR-Skat 1996, s. 286 ff med udgangspunkt i TfS 1996, 430 LSR.
132. Det bemærkes herved, at Landsskatteretten direkte har kvalificeret sammenslutningerne i henhold til en konkret beskatningskategori i SEL § 1. Se for en kritik af omkvalifikationstankegangen i 10-mandsprojekterne *David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen*: Kommanditselskabet – societas obsoleta?, 1999, s. 72 ff og 91 ff. Forfatterne foretrækker en nægtelse af fradragsret hos kommanditisterne ved en realitetstankegang, frem for gennem en omkvalifikation. Som begrundelse herfor anføres blandt andet, at man herved undgår en del juridiske problemstillinger, herunder at skabe en unødvendig divergens mellem civilretten og skatteretten.

Del IV – Konfrontation

rørende hæftelsesspørgsmålet, at momsmyndighederne rent faktisk havde rejst moms krav over for en enkelt interessent. Dette forhold frakendte Landsskatteretten betydning, idet det kryptisk bemærkedes, at »... *det kunne heroverfor ikke føre til andet resultat, end at deltagerne i I/S B hæftede personligt, solidarisk og direkte for tilbagebetaling af et fejlagtigt udbetalt negativt momstilsvær ...*«. Retten lagde herved dels vægt på kravets atypiske karakter set i forhold til den almindelige drift, dels på at beløbet, medmindre det var blevet hævet af interessenterne, ville henstå i interessentskabet, da pengestrømmene efter de indgåede aftaler gik uden om interessentskabet.

Med sin endelige stillingtagen til 10-mandsprojekterne i TfS 2000, 1011 H *Simon Bent Sørensen* (udspringer af TfS 1996, 458 LSR), har Højesteret undladt at tage nærmere stilling til spørgsmålet om den skatteretlige kvalifikation af de deltagende selskaber. Selvom årsagen hertil ikke fremgår noget steds, kan det ikke antages, at hæftelseskriteriets generelle betydning for den skatteretlige subjekt kvalifikation skal nedtones¹³³. Årsagen til sagens afgørelse er en anden.

Det ses af ovenstående, at hæftelseskriteriet indgår som et element ved en konkret samlet bedømmelse af det konkrete sammenslutninger, men at kriteriets tilstedeværelse ikke nødvendigvis fører til statueringen af skattesubjektivitet. Praksis kan sammenfattes derhen, at deltagerne begrænsede hæftelse som hovedregel vil føre til sammenslutningens skattesubjektivitet, men ikke udelukker skattemæssig transparens¹³⁴. På den anden side fører personlig og direkte hæftelse som hovedregel til, at sammenslutningen anses som værende skattemæssigt transparent, men udelukker ligeledes ikke, at sammenslutningen ses som et selvstændigt skattesubjekt.

På baggrund af den beskrevne retstilstand er der gennem tiderne blevet fremsat kritik af den praksis, hvorefter kommanditselskaber med aktieselskaber som komplementar ikke behandles som selvstændige skattesubjekter. Formelt har selskabskomplementaren ubegrænset hæftelse, men reelt nærmer forholdet sig en generel hæftelsesbegrænsning. Således fandt *Thøger Nielsen* i 1972 og *Aage Michelsen*, i 1974 belæg for at antage, at visse kommanditselskaber, der ud fra en typologisk betragtningsmåde adskiller sig markant fra det typiske kommanditsel-

133. Sml. *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 80.

134. Sml. *Henrik Dam* i *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 456 f.

skab, må anses for selvstændige skattesubjekter¹³⁵. *Age Michelsen* finder, at opsamlingsbestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 6, udgør den relevante beskatningshjemmel, idet SEL § 1, stk. 1, nr. 2 ikke kan finde anvendelse, fordi komplementaren formelt hæfter personligt med hele sin formue¹³⁶. *Age Michelsen* berører i denne forbindelse spørgsmålet om samspillet mellem skatteret og civilret. Det overvejes således om det forhold, at selskabsretten ikke har ønsket at omkvalificere de atypiske kommanditselskaber, må føre til, at man også i skatteretlig henseende må afstå herfra eller, om skatteretten konkret kan frigøre sig fra civilretten ved at anse sammenslutningen som et selvstændigt skattesubjekt i kategorien »korporationer«. Forfatteren afstår dog fra nærmere overvejelser herom, og slår sig til tåls med en konstatering af, at skatteretten i andre henseende foretager fravigelser. På denne baggrund konkluderes det, at der ikke er noget til hinder for, at man skatteretligt betragter et »kapitalistisk kommanditselskab« som et selvstændigt skattesubjekt i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, selvom man fortsat foretrækker at tale om et kommanditselskab i selskabsretten¹³⁷. Dog fremsættes der afslutningsvis et ønske om en ensartet behandling¹³⁸. Diskussionen drejer sig navnlig om kommanditselskaber, der har indgået i leasingarrangementer. Selvom omkvalifikationstankegangen i 1990'erne har nydt tilslutning hos de retligt lavere instanser, har sagerne ikke drejet sig om subjekt kvalifikation for Højesteret. I stedet har fokus været rettet mod arrangementernes realitet og dermed om kriteriet om ejendomsret og erhvervsmæssig risiko som forudsætning for afskrivningsadgang.

Selve anvendelsen af hæftelseskriteriet bliver også mødt med en vis skepsis af *Erik Werlauff*, der i TfS 1999, 237, ser en skatteretlig omkvalifikation som følge af hæftelseskriteriet som udtryk for tankegangen om »let us pretend« – lad os lade som om parterne har stiftet et særskilt retssubjekt, selvom de ikke har iagttaget de nødvendige selskabsretlige formalia, som er nødvendige for at tilvejebringe en generel civilretlig hæftelsesbegrænsning. Vi lader som om, dette alligevel var tilfældet,

135. Jf. Indkomstbeskatning II, 1972, s. 45, og R&R 1974, s. 223 ff, R&R 1975, s. 143 og R&R 1984, s. 530 ff.

136. Op.cit.

137. I R&R 1974, s. 242. Se nok modsat *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 63.

138. *Erik Hørlyck* fremhæver det i *Interessentskaber og konsortier*, 1996, s. 28, som en ejendommelighed, at den selskabsretlige virkning af komplementarmangler er fuld ansvarlighed mens den skatteretlige virkning er, at der kan blive tale om et selskab med begrænset hæftelse.

fordi parterne gennem særskilte aftaler med medkontrahenter (långiver, leasingtager) i specifikke henseender har begrænset hæftelse og ansvar, uden at vi dog sikkert ved, om denne begrænsning holder. Som eksempel anfører forfatteren, at ansvar for grov uagtsomhed ikke gyldigt kan fraskrives. Forfatteren tilkendegiver dermed en vis skepsis over for det skatteretlige synspunkt. Det skal dog hertil bemærkes, at låneaftalerne i flere af 10-mandsprojekterne netop ikke søgte at fraskrive ansvar for ond tro, forsæt eller grov uagtsomhed i forhold til misligholdelse. Hermed ikke sagt, at der ikke stadig er mulighed for, at der kunne opstå krav, for hvilke der ikke gjaldt en hæftelsesbegrænsning.

Et interessentskab der har påtaget sig *konkrete hæftelsesbegrænsninger* falder uden for erhvervsvirksomhedslovens interessentskabsdefinition i § 2, stk. 1. I henhold til den traditionelle materielle interessentskabsretlige opfattelse fratager en konkret hæftelsesbegrænsning over for bestemte selskabskreditorer ikke et interessentskab sin karakter af et sådant¹³⁹. Et sådant selskab falder uden for erhvervsvirksomhedslovens anvendelsesområde, men må altså fortsat i selskabsretlig henseende anses som et interessentskab blot uden at måtte benytte navnet, jf. LEV § 6, stk. 4. Der er dog ikke herved tale om en virksomhed med begrænset hæftelse, jf. LEV § 3, idet de resterende deltagerne, trods den konkrete hæftelsesbegrænsning for en eller flere andre deltagere, fortsat hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk. Det kan samtidig ikke udelukkes, at sådanne enheder i skatteretlig henseende vil blive anset som selvstændige skattesubjekter i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, grundet den konkrete hæftelsesbegrænsning¹⁴⁰. Derimod er dette ikke tænkeligt for interessentskaber omfattet af erhvervsvirksomhedsloven, idet sådanne begrebsmæssigt tilsyneladende ikke kan eksistere.

Ud fra denne betragtningsmåde synes der således at være belæg for at antage, at der kan forekomme en forskellig anvendelse af hæftelses-

139. Jf. eksempelvis *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 212 f, og *Otto Bjerg Hausgaard & Peder Harbjerg Reuther* i J 2000, s. 38 ff. Det ligger dog ikke fast, hvor langt en konkret hæftelsesbegrænsning kan gå førend selskabet ikke længere kan antages at udgøre et interessentskab, herunder om en hæftelsesbegrænsning over for alle tænkelige aftalekreditorer er acceptabel. Se også til spørgsmålet sidstnævnte forfatter i TfS 2003, 653.

140. Dette spørgsmål analyseres tillige af *Liselotte Hedetoft Madsen* i Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 81 ff. Forfatteren har tillige s. 75 ff, undersøgt spørgsmålet om generelle hæftelsesbegrænsninger og herom konkluderet, at sådanne vedtægtsbestemte begrænsninger fratager et samvirke sin identitet som personselskab.

begrebet i selskabsskatteloven og erhvervsvirksomhedsloven, selvom en sådan uensartethed formentlig ikke er tilsigtet¹⁴¹. Der ligger formentlig også en erkendelse i den foretagne navneændring af erhvervsvirksomhedsloven til »lov om *visse* erhvervsdrivende virksomheder«, om at der kan bestå erhvervsdrivende virksomheder ved siden af erhvervsvirksomhedsloven. Dette gælder dog nok ikke for virksomheder med begrænset hæftelse. Vi taler altså fortsat om et I/S, selvom der er påtaget visse konkrete hæftelsesbegrænsninger. Det er uklart, om der ved den skatteretlige omkvalifikation er taget højde for denne civilretlige nuance i interessentskabsretten, idet man vel nærmest har antaget, at konkrete hæftelsesbegrænsninger medfører, at der er tale om et andet kapitalsekskab, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Forarbejderne til selskabsskatteloven bibringer således ikke nogen større afklaring af, hvorledes kvalifikationen af de omfattede skattesubjekter skal foretages, herunder hvilken rolle selskabsretten må antages at spille i denne forbindelse. Som det er påvist, er det ikke muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne om, at skattesubjekterne følger af det selskabsretlige kvalifikationssystem. Derimod er der næppe tvivl om, at noget sådant dog i et eller andet omfang faktisk implicit er forudsat, hvorved de selskabsformer der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf.

Andre selskaber med begrænset hæftelse udgør utvivlsomt selskaber med betydelige lighedstræk med aktie- og anpartsselskabsformen. Officielle vejledninger taler da også om aktieselskabslignende eller andre lignende selskaber¹⁴². Disse selskaber er blot ikke registreringspligtige eller registreringsberettigede i henhold til ASL og ApSL. De i bestemmelsen opregnede karakteristika afskærer selskaberne fra at blive anset som kooperative foreninger. Ligeledes må det antages, at kriterierne

141. Det må således antages at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, med ordene »ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser« som udgangspunkt refererer til den selskabsretlige hæftelse, der svarer til LEV § 3 med ordene »ingen hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk«.

142. Jf. Cirk. nr. 136 af. 7.11. 1988, pkt. 4 og LV 2005 S.A.1.2. Der kan ikke hentes vejledning i bemærkningerne til selskabsskatteloven, jf. FT 1959/60, tillæg A, sp. 1013 ff.

fører til, at der ikke er tale om foreninger, idet foreninger som regel ikke har indskudskapital og ej heller regler om overskudsfordeling¹⁴³.

Hæftelsesbetingelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 2, refererer til den selskabsretlige hæftelse. Nr. 2 subjekter adskiller sig herved fra personsselskaber. Hvis mindst en af deltagerne hæfter personligt for sammenlutningens forpligtelser, er det udelukket, at det er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Det fremgår dog intetsteds, om der i bestemmelsen kan indfortolkes den selskabsretlige nuance i sontringen mellem konkrete og generelle hæftelsesbegrænsninger, herunder vurderinger af omfanget af konkrete hæftelsesbegrænsninger. Det vides ikke, om der bag Højesterets begrundelse i 10-mandssagerne ligger sådanne overvejelser om civilretlige nuancer. Det skal herved erindres, at der i 10-mandssagerne blev foretaget en hæftelsesbegrænsning overfor alle kendte kreditorer, hvormed der er stor sandsynlighed for, at andre kreditorer ikke kan opstå. Derfor kunne hæftelsesbegrænsningen anses som såvel generel som konkret. I visse projekter fremgik det endda, deltagerne ikke måtte påtage sig andre forpligtelser end dem, som fulgte af selskabets formål. Hermed er der formentlig overensstemmelse mellem den skatteretlige og den civilretlige interessentskabsdefinition og begrebsanvendelse.

Thøger Nielsen anfører om hæftelsesforholdes betydning for skatteretsevnespørgsmålet, at »... *Det er en hyppigt forekommende misforståelse, som måske kan siges at være resterne af det arvegods, der er overladt skatteretten fra en lang og historisk kompliceret selskabsretlig fortid, at det retligt selvstændige foretagende altid skulle være forbundet med regler om begrænset hæftelse. Det er i og for sig ud fra et historisk synspunkt bemærkelsesværdigt, at ikke engang aktieselskabet i sin oprindelse var udtryk for en selskabsdannelse med hæftelsesbegrænsning ...*»¹⁴⁴. Det kan på denne baggrund ikke undre, at hæftelseskriteriet er blevet tillagt betydning ved den skatteretlige subjektqualifikation.

143. Jf. LV 2005 S.A.1.

144. Jf. Indkomstbeskatning II, 1972, s. 44. Samme forfatter betegner i J 1961, s. 652, forholdet som udslag af vanetænkning.

4.3.8. Deltagerkredsen og momenter, der står i forbindelse hermed

4.3.8.1. Generelt

Det er kendetegnende for aktie-/anpartsselskaber og foreninger, at udtrædende deltagere ikke har krav på nogen del af sammenslutningens formue, og at deltagernes udtræden er uden retlig betydning for sammenslutningens beståen¹⁴⁵. Derimod er det et interessentskabstræk, at udtræden selskabsretligt betragtes som en opløsning og stiftelse af et nye selskab. Tilsvarende kan det antages, at tilstedeværelsen af objektive kriterier for optagelsen af nye deltagere er et kendetegn for børsnoterede aktieselskaber og unoterede aktie- og anpartsselskaber, hvis aktier eller anparter handles OTC. Varierende deltagerkreds er tillige et kapital-selskabs- og foreningskarakteristikum.

4.3.8.2. Deltagerantal og kredsens uforanderlighed (udskiftning)

Man kan ikke sige, at deltagerkredsens størrelse eller mere eller mindre bestemte karakter i sig selv er et forhold, som er afgørende ved bedømmelsen af, om der foreligger en selvstændig skattemæssig enhed. Aktieselskaber og andre juridiske personer kan være deltagere i interessentskaber og kommanditselskaber og andre sammenslutninger, uden at dette forhold i sig selv nødvendiggør, at sammenslutningen bliver underkastet selvstændig skattesubjektivitet. Derimod kan man næppe helt udelukke, at den omstændighed, at deltagerkredsen er forholdsvis stor og eventuelt skiftende, kan være afgørende ved skattesubjektivitetsbedømmelsen¹⁴⁶. Dette gælder ikke mindst, hvis der er en skiftende medlemskreds med adgang til overdragelse af deltagerinteresserne. Sådanne forhold kan, i forbindelse med andre omstændigheder (centraliseret ledelse og regler, der sikrer sammenslutningens fortsatte tilværelse uanset enkelte deltageres udtræden) bevirke, at sammenslutningen som sådan tillægges selvstændig skatteevne¹⁴⁷. Eksempler herpå findes i R&R 1977 SM 150, hvor der var 18 deltagere og TfS 1994, 165 LR, om en forening med kun 8 medlemmer. I LSRM 1962, 88, blev der blandt andet ved foreningsstatueringen henset til, at sammenslutningen stod åben for en ubestemt kreds af personer. Deltagerantallet kan på den

145. Herom LV 2005 S.A.1.10.1.

146. Jf. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 47 og samme i J 1961, s. 653. Se også TfS 1984, 434 SKD.

147. Loc.cit.

anden side være så lavt, at foreningssynspunktet forlades¹⁴⁸. Med TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*, synes antallet af deltagere at være af begrænset betydning ved afgrænsningen af foreninger over for samejer eller interessentskaber. Der var i sagen konkret to deltagere. I TfS 2001, 371 V *Frederich Hindrichsen*, lægger Landsretten dog vægt på deltagerantallet (cirka 200) i en lodsejersammenslutning, og anså denne som et selvstændigt skattesubjekt ud fra en samlet vurdering¹⁴⁹.

Endvidere har det formentlig betydning, om deltagerkredsen er *uforandret* (*skiftende*) under sammenslutningens beståen. En sådan uforanderlighed taler for eksistensen af et interessentskab. Således var det af betydning i R&R 1962, s. 59, at der ikke var skiftende medlemskreds, ligesom forholdet blev lagt til grund i TfS 1984, 434 SKD¹⁵⁰. Dog må dette kriterium ikke overvurderes¹⁵¹.

148. Jf. måske SKDM 1978, 95, og Ligningsdirektoratets afgørelser fra 1963 (O.21.572 og O.21.616). Dette må også antages at være baggrunden for den ændring, der med lov nr. 232 af 2.4. 2003 er sket i SEL § 1, stk. 7 og 8. Således er der hermed indført specifik lovhjemmel for at opfatte investeringsforeninger med helt ned til ét medlem som foreninger i skatteretlig henseende. Forud for lovændringen blev de investeringsforeninger gennem hvilke et enkeltstående pensionsselskab foretog investeringer i innovative virksomheder ikke anerkendt som selvstændige skattesubjekter.

149. *Henrik Dam* anfører, at det forhold at aktie- og anpartsselskaber kan stiftes som enkeltmandsselskaber bør give anledning til at overveje, hvilken betydning antallet af deltagere i en sammenslutning bør have, jf. *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 456. Det anføres derfor, at et begrænset deltagerantal formentlig ikke bør udelukke selvstændig skattepligt for sammenslutninger med rent erhvervsmæssigt formål. Dette resultat fremkommer gennem et argument om lighed i beskattningen. Det anføres, at ideelle foreninger ofte har en større medlemskreds, men at dette ikke kan føre til, at foreninger med meget få medlemmer formentlig selvstændig skatteevne. Derfor hævdes det, at det forhold, at en erhvervsdrivende eller ideel sammenslutning har én eller meget få deltagere næppe har større betydning for skatteretsevnen. Derimod tilslutter forfatteren sig, at tilstedeværelsen af en større kreds af deltagere kan anvendes som argument for, at en sammenslutning af ideel karakter er et selvstændigt skattesubjekt. Kritikken forekommer ikke overbevisende, idet det ikke kan antages at alle skattesubjekter skal være kendetegnet ved samme karakteristika. Når der videre henses til, at grænsedragningen netop tager udgangspunkt i foreningerne overfor personselskaberne ses der ikke at være holdepunkter for at forlade almindelige foreningskendetegn til fordel for aktie- og anpartsselskabskendetegn. Der burde jo netop ved den konkrete vurdering være taget hensyn til foreningskendetegnene for økonomiske foreninger. Ligeledes kan det vel ikke nægtes, at skatterettens andelsforeningsbegreb fokuserer på medlemsantal, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 3. Dette krav fremkommer ikke af materiel andelsret.

150. Se også LV 2005 S.A.1.10.1.

151. Således anfører *Henrik Dam*, at det må være uden betydning for skattepligten, om deltagerkredsen er meget skiftende, som det ofte er tilfældet i bredt anlagte foreninger, eller om deltagerkredsen vedvarende består af de samme personer, som det ofte er tilfældet for erhvervsdrivende sammenslutninger og foreninger med meget specielle formål, jf. *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 465. Af denne årsag finder forfatteren, at

Medlemmernes manglende indflydelse på optagelse af nye medlemmer kan medvirke til støtte for foreningssynspunktet¹⁵². Uforanderligheden dækker formentlig tillige over restriktioner i deltagertilgang¹⁵³.

4.3.8.3. Indtræden og udtræden

Som et kriterium ved skattesubjektivitetsbedømmelsen lagde Skattedepartementet i TfS 1984, 434, vægt på, om deltagerkredsen kan skifte, således at nogle deltagere kan afløse andre. Ligeledes lægges der vægt på, om nye deltageres indtræden sker efter objektive kriterier, herunder eventuelt om medlemsadgangen er helt fri, og der lægges vægt på, om en deltagers udtræden er uden retlig betydning for sammenslutningen.

Anvendelse af kravet om objektive kriterier kritiseres af *Henrik Dam*¹⁵⁴. For så vidt angår sammenslutninger af ideel karakter, har det dog ikke været kritiseret, at det er nærliggende at lægge vægt på reglerne for optagelse af nye medlemmer. Således må det antages at tale mod eksistensen af et selvstændigt skattesubjekt, såfremt nye medlemmer kun vanskeligt eller slet ikke kan indtræde. Herved tilkendegiver de allerede optagne medlemmer indirekte, af foreningen som sådan

udelukkende reglerne for deltagernes ind- og udtræden kan tillægges betydning, hvorimod den faktiske udskiftning alene kan tjene som indicium for, om adgangen til at blive optaget i sammenslutningen reelt har været fri eller stærkt begrænset. Der savnes i denne forbindelse en tydeliggørelse af, hvorledes udsagnet stemmer overens med den sparsomme men trods alt eksisterende praksis.

152. Jf. SpO 1967, s. 339 Ø *Niels Lundquist Andersen*, og TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*.
153. Jf. LSRM 1962, 88, hvor foreningspræget blev understreget af åbenhed for en ubestemt kreds af personer, jf. også TfS 1990, 30 LR.
154. I *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 463 f. Således anføres det de lege ferenda, at erhvervsdrivende sammenslutningers skattepligt ikke bør påvirkes, om disse optager nye deltagere ud fra subjektive kriterier. Atter henviser forfatteren til forholdene for noterede aktie- og anpartsselskaber, hvor subjektive kriterier – og ofte helt uigennemsigtige kriterier – i vidt omfang kan benyttes. Forfatteren kritiserer ikke det kriterium, hvorefter der lægges vægt på om optagelsen af nye deltagere betragtes som stiftelse af en ny erhvervsdrivende sammenslutning, eller om nye deltagere kan optages inden for den eksisterende sammenslutning. Herved henser forfatteren velvilligt til kendetegnene for interessentskaber, kommanditselskaber og partrederier. Igen må det bemærkes, at enten benyttes foreningskendetegn, herunder for økonomiske foreninger, som målestok og sammenligningsgrundlag, hvor dette er relevant, eller også anvendes forholdene for aktie- og anpartsselskaber som målestok. Mest taler for at opretholde anvendelsen af foreningskriterier som målestok ved den skatteretlige afgrænsning. Dette ses oftest at være relevant. Det er et legitimt ærinde at påvise en stigende tendens i praksis til at anvende aktie- og anpartsselskabskendetegn, men sammenligningen holder næppe ikke vand som retspolitisk præference og i dette tilfælde heller ikke ved beskrivelsen af gældende ret, jf. eksempelvis TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*, hvor Højesteret blandt andet lagde vægt på kriterierne for optagelse af nye deltagere.

tillægges langt mindre betydning end deres personlige indflydelse, og at foreningen derfor er uden selvstændigt væsen¹⁵⁵.

4.3.9. Organisatoriske forhold

Selvom den selskabsretlige typeinddeling af selskabsformerne er udtryk for visse organisatoriske forskelle, medfører dette dog ikke, at man generelt kan kræve bestemte organisatoriske forhold opfyldt som forudsætning for skattepligt¹⁵⁶. For aktie- og anpartsselskabernes vedkommende er de organisatoriske krav givet ved selve henvisningen til aktie- og anpartsselskabsloven, herunder lovgivningens krav til ledelsesorganer, generalforsamling etc. Ud over for disse selskaber savnes der holdepunkter for at diskvalificere en sammenslutning som skattesubjekt, blot fordi den ikke har en typisk opbygning¹⁵⁷. Et kriterium om en organisatorisk opbygning, der svarer til foreninger eller andre selskaber, ses da heller ikke i sig selv at være afgørende. Imidlertid kan sammenslutningens organisatoriske forhold tale for eller imod eksistensen af et selvstændigt skattesubjekt som et element i den samlede konkrete bedømmelse. Dette kan ske ved at sammenholde sammenslutningen med en normal organisation, der kendetegner den pågældende selskabstype. Det taler mod skattesubjektivitet, at beslutninger i en sammenslutning træffes af deltagerne i fællesskab og/eller med enstemmighed¹⁵⁸. Hertil kommer, at tilstedeværelsen af ledelsesorganer ikke i sig selv uden videre fører til at statuere skattesubjektivitet for en sammenslutning¹⁵⁹.

Om de organisatoriske forhold har *Thøger Nielsen* anført, at forestillingen om bestemte sådanne som regel hidrører fra synspunkter, der hører hjemme i selskabsretten, og at disse ikke uden videre kan lægges til grund ved den skatteretlige bedømmelse¹⁶⁰. Det fremhæves dog ikke nogen nærmere begrundelse for dette standpunkt. Henset til den nære sammenhæng med selskabsretten ses der ikke umiddelbart at findes

155. Jf. *Henrik Dam* i *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 463, og TfS 1990, 30 LR, hvor indtræden i en forening krævede enighed blandt de eksisterende deltagere, der følgelig blev anset for at være et sameje og TfS 1994, 165 LR, hvor en forening udelukkende henvendte sig til en snæver kreds af institutionelle investorer, hvilket dog ikke udelukkede foreningen fra at blive anset som et selvstændigt skattesubjekt.

156. Jf. *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning II*, 1972, s. 47, og samme i J 1961, s. 653.

157. Loc.cit.

158. Enstemmighedskriteriet ses anvendt i TfS 1990, 30 SD.

159. Dette ses eksempelvis i SKDM 1978, 95.

160. *Indkomstbeskatning II*, 1972, s. 47, og J 1961, s. 653.

nogen hindringer for en sådan anvendelse. På den anden side vil forfatteren ikke udelukke, at fraværet af enhver form for fastlæggelse af organisations styreform kan give sammenslutningen en sådan løshed, at der allerede af denne grund savnes basis for at opstille et selvstændigt beregningsgrundlag. Omvendt kan man sige, at en centralt organiseret ledelse styrker antagelsen af, at der foreligger et selvstændigt skatte-subjekt¹⁶¹.

I TfS 1985, 549 LSR blev en forening anset som værende et selvstændigt skattesubjekt. Landsskatteretten henså herved blandt andet til indholdet af foreningens vedtægter, hvorefter der forelå en organisation, bestående af medlemmer, og med organer som generalforsamling, styringsgruppe mv. I udtalelsen om skattepligt for andelsbrug i TfS 1984, 434, finder Skattedepartementet også, at der skal lægges vægt på, om en sammenslutning styres af foreningsorganer, hvilket vil sige generalforsamling/repræsentantskab og en valgt bestyrelse. Det kan heller ikke udelukkes, at afholdelsen af generalforsamlinger og administration af ejerlavet i SpO 1967, 339 Ø *Niels Lundquist Andersen*, blev tillagt betydning. Det samme kan siges om TfS 1994, 165 LR og eksplicit TfS 2000, 455 LR, hvor Ligningsrådet anså det for en forudsætning, at der i en udenlandsk forening var en selvstændig ledelse.

4.3.10. *Beslutningsprocedure*

Beslutningsproceduren i en sammenslutning må formentlig tillægges betydning som et kriterium. I interessentskabet kræves normalt enighed blandt deltagerne, mens det i foreninger mv. er generalforsamlingen/repræsentantskaber og bestyrelsen, der træffer beslutningerne. I R&R 1966 SM 86, var det dog ikke nogen hindring for klassifikation som interessentskab, at der var tillagt interessentskabsbestyrelsen ubegrænset ret til at bestemme over fællesformuens anvendelse i tilfælde af opløsning.

161. Udsagnet hos *Henrik Dam* kan ikke tilsluttes. Denne anfører, at de aktie- og anparts-selskabsretlige regler om ledelsesorganer anvendes som målestok for andre sammenslutninger, der ikke er omfattet af reglerne i selskabslovene, jf. Skatteret – Speciel del, 2005, s. 465. Der synes snarere tale om en sammenholdelse af selskabskarakteristika for andre selskaber, når disse skal afgrænses overfor personselskaberne. Dette synspunkt støttes af den omstændighed, at det ikke alene er tilstedeværelsen af gængse ledelsesorganer så som generalforsamling, bestyrelse eller direktion der tillægges betydning. Også en fælles ledelse i styregrupper er tilstrækkeligt ved den skatteretlige bedømmelse af sammenslutningers skattesubjektivitet.

4.3.11. Aktivitetsform, virkeområde og formål

I sjældne tilfælde kan en sammenslutnings aktivitetsform og virkemåde spille en rolle for skattesubjektivitetsbedømmelsen¹⁶². Interessentskabets formål er typisk erhvervsmæssigt, mens foreningens er ideelt. Det foreningsprægede formål var formentlig medvirkende til kvalifikationen af sammenslutningen som forening i SpO 1967, s. 339 Ø *Niels Lundquist Andersen*¹⁶³.

Overvejelser om sammenslutningens formål indgår tillige visse domme¹⁶⁴. Det kan dog måske anføres, at formålet snarere spiller ind ved den efterfølgende placering af sammenslutningen i en given beskatningskategori.

4.3.12. Principperne for indkomstanvendelsen

Det overskudssøgende selskab af ikke-kooperativ karakter har normalt til formål at skabe et overskud, der tjener til forrentning af indskudskapitalen, og i tilfælde af uddeling vil der normalt ske fordeling i forhold til indskud. De transparente enheders formål er typisk at varetage deltagerens økonomiske interesser og overskuddet fordeles typisk efter indsats eller kapital. Selve vedtagelsen af en overskudsfordeling i forhold til indskud er i sig selv ikke tilstrækkeligt grundlag for at behandle en sammenslutning som selvstændigt skattesubjekt. Hertil må yderligere kræves hæftelsesbegrænsning. Omvendt kan afvigelser fra normale overskudsfordelingsprincipper medføre en ændring af skattepligtsforholdene¹⁶⁵.

For de kooperative sammenslutninger og foreninger er det helt afgørende, at et eventuelt overskud fordeles i forhold til medlemsomsætning. Indkomstens anvendelse til formål, der ikke kommer deltagerne til gode, herunder dens anvendelse til velgørende og almennyttige formål, påvirker ikke skattepligtsvurderingen.

162. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, 1972, s. 48 f.

163. Se også TfS 1984, 434, hvor et andelslandbrug opfyldte betingelserne for beskatning i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 6.

164. Jf. eksempelvis TfS 2001, 371 V *Frederich Hindrichsen*, hvor Landsretten fandt, at afgørelsen af, om en lodsejersammenslutnings skattesubjektivitet eller ej, måtte ske efter en samlet vurdering af sammenslutningens formål og karakter.

165. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 50 f, og samme i J 1961, s. 655 f.

4.3.13. Fordeling af likvidationsprovenu

Særregler om fordeling af et eventuelt likvidationsprovenu kan spille en vis rolle i skattepligtsvurderingen¹⁶⁶. Det er kendetegnende for de fleste erhvervsdrivende sammenslutninger, at deltagerne har ret til en andel af et eventuelt likvidationsprovenu. Uden for selskabslovene hersker der dog aftalefrihed vedrørende spørgsmålet.

Bestemmelser om likvidationsudlodning i forhold til indskud kan være til hinder for kooperationsbeskatning, og bestemmelser om, at sammenslutningens formue aldrig kan komme til uddeling til deltagerne, kan være af betydning ved bedømmelsen af, om der foreligger et interessentskab eller en forening¹⁶⁷. I en økonomisk forening skal aktiverne fordeles ved opløsning. Der foreligger dog ikke i dansk retspraksis klare tegn på anvendelsen af dette synspunkt, men det kan ikke fuldstændig frakendes betydning i den samlede bedømmelse af karakteren af en sammenslutning. Det må da også hævdes, at fordelingen af likvidationsprovenu indgår i domstolenes overvejelser i flere sager, dog uden at det er muligt at vurdere om forholdet er blevet tillagt betydning ved kvalifikationen.

4.3.14. Betydningen af regnskabsmæssig selvstændighed

Det antages, at tilvejebringelsen af et selvstændigt selskabsregnskab ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at medføre skattesubjektivitet for en given sammenslutning¹⁶⁸. I visse situationer tillægges manglende regnskabsmæssige oplysninger dog betydning. Det tydeligste eksempel herpå findes i udlægssagen i TfS 1997, 288 Ø, om hvorvidt en række såkaldte A.m.b.a.'er kunne anses som selvstændige retssubjekter. Landsretten bemærkede, at der bortset fra en række saldobalancer ikke forelå andre regnskabsmæssige oplysninger, herunder reviderede årsregnskaber, der kunne belyse selskabernes drift og økonomiske stilling. På denne baggrund fandt Landsretten, at der ikke var fornødent grundlag for at antage, at andelsselskaberne kunne anses for selvstændige retssubjekter.

Et næsten tilsvarende eksempel findes i en anden udlægssag i TfS 1997, 287 Ø *Sunita Dhir*, hvor spørgsmålet var, om et såkaldt S.m.b.a. måtte anses som et selvstændigt retssubjekt, hvilket tillige blev besvaret

166. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 51.

167. Loc.cit.

168. Op.cit., s. 52.

benægtende. Landsretten lagde vægt på, at det efter bevisførelsen ikke var dokumenteret, at indskudskapitalen på noget tidspunkt havde været tilvejebragt, og at der ej heller forelå regnskabsmæssige oplysninger, der kunne belyse selskabets drift og økonomiske stilling.

Kriteriet udgør næppe et juridisk kriterium, men har nærmere karakter af en nødvendig praktisk forudsætning, idet der herved kan tilvejebringes bevis for adskillelsen mellem enheden og dels deltagere.

4.4. Sammenfattende betragtninger om skatteretsevnekriteriernes oprindelse, begrundelse og samspil med selskabsretten

Selvom problemstillingen vedrørende skatteretlig subjekt kvalifikation ikke er fundet egnet til behandling efter afhandlingens evalueringsmodel, er det ikke hermed givet, at den ikke rummer adskillige samspil mellem skatteret og civilret. Dette ses netop at være tilfældet. Samspillet mellem skatteret og civilret består ikke i, at der sideløbende eksisterer en civilretlig og en skatteretlig metode til brug for subjekt kvalifikationen. Civilretligt har problemstillingen ikke stor relevans.

Som det er fremgået beror den skatteretlige subjekt kvalifikation på en konkret samlet vurdering af sammenslutninger. Denne vurdering inddrager en række parametre i bedømmelsen. Det er ikke muligt at formulere noget generelt om oprindelsen af disse parametre. Det må antages, at de enkelte kriterier så vidt det er muligt udgør nogle karaktertræk, der kendetegner de forskellige selvstændige skattesubjekter omfattet af SEL § 1. Ved udfindelsen heraf må der i vidt omfang henses til den relevante selskabsret, hvorved forudsatte karakteristika for de omfattede selskabers normaltyper kan formuleres og inddrages. Herved ses i vidt omfang at finde et samspil mellem skatteret og civilret sted. Med disse betragtninger må ske en afvisning af den omtalte tese, hvorefter kvalifikationskriterierne overvejende benytter aktie- og anparts-selskabers som målestok¹⁶⁹. Det er i lige så høj grad grundlag for at antage, at andre selskaber har dannet basis for sammenligningen. Det er et legitimt ærinde at påvise en stigende tendens i praksis til at anvende

169. Dette gælder i særlig grad ved bedømmelsen af udenlandske aktieselskabslignende selskaber, jf. eksempelvis TfS 1999, 411 LR om et Bahamas LLC. I sådanne situationer forekommer det nærliggende, at man foretager en direkte sammenligning mellem det udenlandske subjekt og danske aktieselskaber. Det er en naturlig tanke at søge sammenligningsgrundlag i den danske pendant til den undersøgte enhed. Tilsvarende ses ved investeringsforeninger, jf. eksempelvis TfS 1994, 815 LR.

aktie- og anpartsselskabskendetegn, men sammenligningen holder næppe vand som retspolitisk præference og i dette tilfælde heller ikke ved beskrivelsen af gældende ret. Det kan endvidere anføres, at der ikke i selskabsskatteloven eller dennes forarbejder synes at være belæg for en så snæver tilgang til spørgsmålet om subjekt kvalifikation. Endda må tankegangen siges i nogen grad at være selvmodsigende, idet selskabsskatteloven netop forudsætter og tilsigter, at andre selskaber en aktie- og anpartsselskaber skal udgøre selvstændige skattesubjekter. Herved må typiske kendetegn for sådanne andre selskaber naturligvis inddrages ved den skatteretlige subjekt kvalifikation. De enkelte kriterier ved subjektivitetsbedømmelsen har da også et klart slægtskab med selskabsretten. Dette gælder eksempelvis den skatteretlige hensynstagen til hæftelse, kapitalforhold og ledelse mv.

Henrik Dam har påpeget, at der i spændingsfeltet mellem skatteret og selskabsret ikke levnes mange muligheder for, at aftalefriheden på selskabs- og foreningsrettens område kan komme til udfoldelse¹⁷⁰. Baggrunden for denne opfattelse er, at forfatteren netop antager, at aktie- og anpartsselskaberne udgør den relevante målestok for andre sammenslutninger ved bedømmelsen af skattesubjektivitet. Når det hertil kommer, at den herskende opfattelse i den selskabsretlige teori er, at sammenslutninger med begrænset hæftelse, der har mange lighedstræk med aktie- eller anpartsselskaber må opfattes som forsøg på omgåelse af selskabslovene med en registreringsnægtelse til følge, er bekymringen velbegrundet. Som det er fremgået deles ikke opfattelsen af aktie- og anpartsselskabers rolle som målestok ved den konkrete vurdering af sammenslutningens skattesubjektivitet. Ligeledes skal der erindres, som det påpeges nedenfor, at den selskabsretlige teori deler sig på dette område, samt at der i praksis faktisk findes selskaber med sådanne karakteristika.

Som en *opsamling* på de potentielle samspil mellem skatteret og civilret, kan det konstateres, at der ikke er tvivl om, at civilretten frembringer det skatteretlige faktum ved fremkomsten af forskellige selskabsformer dannet i overensstemmelse med den selskabsretlige aftalefrihed. Dog blev det fundet mere relevant at undersøge samspillet vedrørende anerkendelse nedenfor i afsnittet om omkvalifikation af selskabsdannelser, jf. § 11. Dernæst kommer det samspil, der består i, at

170. Jf. Skatteret – Speciel del, 2005, s. 472.

skatteretten anvender civilretlige begreber i den skatteretlige subjekt-kvalifikation. Dette synes at forekomme i et vist men ubestemt omfang og med en ubestemt fasthed. Anvendelse af selskabsretlige kriterier ved den skatteretlige subjekt-kvalifikation blev fundet mudret og historisk betinget. Der kan derfor ikke udledes noget klart herom. Det kan formentlig konstateres, at der er blevet udviklet en selvstændig skatteretlig civilret. Hæftelsesbegrebet udgør formentlig et eksempel herpå. Dog er det ikke muligt at konkretisere udviklingen nærmere.

Endvidere viste det sig som antaget ikke utænkeligt, at skatterettens subjekt-kvalifikationskriterier medfører koordinationsproblemer i forhold til civilretten, og herved måske i et eller andet omfang modvirker civilretten og dennes hensyn. Dette samspil sås særligt at indgå i overvejelserne om den skatteretlige betydning af manglende kapitalgrundlag. Der er imidlertid ikke grundlag for at antage, at aftalefriheden vedrørende kapitalkravene på selskabsrettens område til en vis grad mister betydning, når skatteretten fører til, at virksomheden ikke tillægges selvstændig skatteretsevne. Baggrunden for afvisningen heraf var, at en vis indskudskapital formentlig er den praktiske hovedregel i flere økonomiske foreninger og, at skatteretten herved ikke kan beskyl-des for at underminere den selskabsretlige aftalefrihed. Ligeledes var afvisningen begrundet i, at kriteriet i skatteretten ikke i sig selv afgør spørgsmålet om skattesubjektivitet, og at der ikke findes klare præjudikater herom.

§ 5 Kvalifikation af udenlandske selskaber og fonde mv.

5.1. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Spørgsmålet om kvalifikation af udenlandske selskaber mv. kan siges at give anledning til de samme samspil mellem skatteret og civilret som de spørgsmål, der vedrører intern dansk subjekt-kvalifikation. Som det skal fremgå, benyttes da også ved vurderingen identiske principper. Der henvises derfor til ovenstående § 4. Derimod kan kvalifikationen af udenlandske enheder give anledning til det yderligere samspil, at udenlandsk civilret i et eller andet omfang påvirker dansk skatteret.

Med henvisning til argumentationen i § 4, afsnit 4.2. må det også på

dette sted antages, at de særlige *censureringsforanstaltninger* bevirker, at den selskabsretlige kvalifikation af sammenslutninger ikke er sammenlignelig med den skatteretlige kvalifikation af sammenslutninger. Dette forhold ændres ikke af, at der er tale om udenlandske enheder eller af det yderligere påpegede samspil mellem skatteret og civilret.

Grundet aktiveringen af evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger bortfalder problemstillingen efter evalueringens første trin, og der er ikke behov for at behandle spørgsmålet nærmere efter evalueringsmodellens systematik.

5.2. Problemstillingen

Spørgsmålet om udenlandske selskabers selvstændige skattesubjektivitet har betydning i flere henseender¹⁷¹. Spørgsmålet har således betydning i relation til reglerne om begrænset skattepligt i SEL § 2, der benytter ordene »... skattepligt i henhold til denne lov påhviler endvidere selskaber og foreninger mv. som nævnt i § 1, stk. 1, der har hjemsted i udlandet ...«¹⁷². Kvalifikationen af udenlandske selskaber mv. har yderligere betydning i relation til spørgsmålet om fuld skattepligt til Danmark grundet placeringen af ledelsens sæde i udenlandske selskaber mv. her i landet, jf. SEL § 1, stk. 6, der benytter ordene, »... Selskaber og foreninger mv. omfattet af stk. 1, nr. 2-6 ...«. Sådanne selskaber er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, idet nr. 1, alene vedrører her i landet indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, og idet de udenlandske selskaber oftest består af udenlandske pendanter til aktie- eller anparts-selskaberne¹⁷³. Reglerne i aktieavancebeskatningsloven finder alene anvendelse på andele i selvstændige skattesubjekter. Det er derfor af afgørende betydning ved en eventuel afståelse at vurdere, om virksom-

171. Se for en omfattende international sammenligning af den skattemæssige kvalifikation af personselskaber i andre lande, *John F. Avery Jones m.fl.*: Characterization of other states' partnerships for income tax i BIFD 2002, s. 288 ff, *Alexander Easson & Victor Thuronyi* i Tax Law Design and Drafting, 2000, s. 925 ff, og Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXIIIa, 1988, hvor *Niels Mørch* s. 363 ff aflagde dansk nationalrapport. I det følgende behandles ikke problemerne om subjektkvalifikation i henhold til dobbeltbeskatningssaftaleretten, jf. herom eksempelvis *Luis Eduardo Schoueri* i Festskrift til Klaus Vogel, Paul Kirchhof m.fl. (red.), 2000, s. 925 ff.

172. Dette omfatter også fonde, foreninger mv., der ville have været omfattet af fondsbeskatningsloven, såfremt de havde haft hjemsted her i landet, jf. pkt. 14 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988.

173. Jf. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 30, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 329, og *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskattebogen med kommentarer, 1997, s. 62.

heden udgør et selvstændigt skattesubjekt i henhold til principperne i dansk ret. Tilsvarende er bedømmelsen afgørende for, om danske selskabsdeltagere skal beskattes direkte af al virksomhed i udlandet.

Hertil kommer yderligere, at kvalifikationen af udenlandske selskaber mv. som selvstændige skattesubjekter har betydning for anvendelse af en række bestemmelser i dansk udlandsskatteret. Disse bestemmelser medfører dog ikke, at udenlandske sammenslutninger pålægges skattepligt til Danmark, men derimod at danske eller udenlandske selskaber mv. pålægges nogle skatteretlige pligter eller tildeles nogle skatteretlige lempelser på baggrund af kvalifikationen af udenlandske koncernforbundne selskaber mv.¹⁷⁴. De relevante bestemmelser angiver ikke nogen nærmere kriterier, der skal lægges til grund ved afgørelsen af, om en i udlandet hjemmehørende sammenslutning efter dansk ret skal anses som et selvstændigt skattesubjekt.

5.3. Den valgte løsning i dansk skatteret

Spørgsmålet om udenlandske selskabers selvstændige skattesubjektivitet kan gribes an på flere måder. En løsning består i at overtage kvalifikationen fra udenlandsk civilret, en anden består i at overtage kvalifikationen fra udenlandsk skatteret, og endelig består en tredje i at foretage en selvstændig internskatteretlig kvalifikation¹⁷⁵. Dansk ret har valgt sidstnævnte løsningsmodel – *lex fori* betragtningen¹⁷⁶.

De generelle danske kriterier, til bestemmelsen af om der foreligger et selvstændigt skattesubjekt, har således tillige stor betydning i forhold til udenlandske selskaber mv. Det er almindeligt antaget, at afgørelsen af, om udenlandske selskaber efter dansk ret skal behandles som selvstændige skattesubjekter eller ej, skal ske efter intern dansk ret¹⁷⁷.

174. Se for en oversigt herover *Jakob Bundgaard* i SU 2002, 298.

175. Jf. herom *Harald Herz*: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 203 ff for tysk ret.

176. En anden måde at anskue mulighederne kan resultere i en inddeling i følgende kategorier: (a) anse alle udenlandske enheder som selskaber, (b) lade spørgsmålet afhænge af, om enheden er en juridisk person, (c) lade skatteyderen vælge kvalifikationen, og (d) forsøge at sammenligne enheden med den nærmeste nationale selskabsform, jf. om disse *John F. Avery Jones m.fl.* i BIFD 2002, s. 288 ff (s. 305). Danmark må også efter denne anskuelse henvises til sidstnævnte kategori. Hensynet bag denne er tydeligt en ligebehandlingstankengang. I Hollandsk ret er reglerne for kvalifikation af udenlandske selskaber objektiviseret i 2005, jf. hertil *Auke W.G. Lamers & Ton J. A. Stevens* i Intertax 2005, s. 240 ff.

177. Jf. herom *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 186 ff, samme NTS 1999, s.

Herefter danner kriterierne i SEL § 1 udgangspunkt for vurderingen af, om et udenlandsk selskab mv. skal anses for et selvstændigt skattesubjekt. Det er ikke i sig selv afgørende, om et udenlandsk selskab i henhold til sit domicillands skatteregler anses for et selvstændigt skattesubjekt. Derimod kan det antages, at det bør medtages som et moment, om selskabets domicilland selv har anerkendt selskabet som et selvstændigt skattesubjekt¹⁷⁸. Afgørelsen beror dog på en *samlet bedømmelse* af selskabets *hele karakter*. Der kan således ikke helt bortses fra, hvorledes den pågældende juridiske person behandles efter sit hjemlands love. Baggrunden herfor synes at måtte være, at et sagsforholds retlige karakter kan fremtræde som et relevant faktum i ligningsgrundlaget, og at det derfor heller ikke kan være udelukket at inddrage udenlandsk rets behandling af et sagsforhold som et sådant faktum¹⁷⁹. Disse synspunkter synes efter *Thøger Nielsens* opfattelse forudsat i SEL § 2¹⁸⁰. Den i noteteksten nævnte opfattelse i ældre tysk ret går igen i moderne dansk skatteret. Således stilles der ikke i gældende ret krav om, at det udenlandske selskab i alle henseender skal være identisk med en dansk selskabsform omfattet af SEL § 1. Baggrunden herfor må også søges i den selskabsretlige kontraktsfrihed, der som nævnt medfører, at det

96, samme i SR-Skat 1991, s. 71 ff, samme i *International Studies in Taxation: Law and Economics – Liber Amicorum Leif Mutén, Gustaf Lindencrona m.fl. (red.)*, 1999, s. 277 ff, *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 300 f, og *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 238 ff, *Indkomstbeskatning II*, 1972, s. 103 ff, og i *J* 1962, s. 26 ff, *Jakob Bundgaard* i *SU* 2002, 298, *Erik Werlauff*: *Selskabsskatteret*, 2004/05, s. 34, og *Nikolaj Vinther*: *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 299 ff. Skatteministeriet, Departementet deler tilsyneladende denne opfattelse, jf. brev af 19.2.1999 vedrørende forståelsen af begrebet »udenlandske selskaber« efter L 53 (lov nr. 1026 af 23.12.1998), journalnr. 10.1999-620-0091. I Cirk. nr. 135 af 2.9.1999, pkt. 2.3 anføres det, at kriterierne i LV 2005 S.A.1.2., om aktieselskabslignende selskaber og S.A.1.10., om foreninger generelt skal anvendes ved bedømmelse af, om en udenlandsk juridisk enhed er et »selskab mv.« i selskabsskattelovens forstand. De to sidstnævnte forfattere taler om at dansk skatteret er internationalt præceptiv, hvilket dog ikke forekommer helt velvalgt.

178. Jf. *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 238, og *Aage Michelsen*: *International skatteret*, 2003, s. 186 ff.

179. Jf. *Thøger Nielsen* i *J* 1962, s. 26 f, der finder støtte for sin udlægning i tysk skatteret. Det anføres, at tanken i tysk ret blev formuleret således, at det måtte være berettiget at tage hensyn til, om den udenlandske selskabsform på væsentlige punkter afveg fra de typer, som man efter national ret tillagde retssubjektivitet. Forfatteren finder, at dette er en tankevækkende konsekvens af skatterettens principielle afvisning af muligheden for at anvende fremmed ret. Det anføres, at man ikke kan bortse fra de faktisk opståede fænomener i et fremmed retssystem, men at man kan sammenligne dem med de hjemlige.

180. Jf. *Indkomstbeskatning II*, 1972, s. 103.

ikke er muligt udtømmende at angive, hvilke selskaber der er omfattet af SEL § 1.

Det er blevet anført, at der er meget få selskabstyper, der ikke bør respekteres ud fra danske synspunkter¹⁸¹. Endvidere er det blevet påpeget, at der ikke findes hjemmel til generelt at nægte visse selskaber anerkendelse¹⁸². Tilsvarende giver det dog anledning til betænkeligheder, uden forbehold at skulle tage hensyn til de efter udenlandsk selskabsret eksisterende selskabsformer.

Selv om det ikke klart kan udledes af praksis, hvilken vægt der skal lægges på *kvalifikationen i selskabets domicilland*, er det i praksis forholdsvis sjældent forekommende, at selskaber, der i domicillandet anses for selvstændige skattesubjekter, ikke også anerkendes som sådanne i Danmark¹⁸³. Se dog TfS 2005, 771 Ø *Boye Nielsen*, hvor der skete en tilsidesættelse af en selskabsdannelse på Gibraltar ved følgende præmis: »... Sagsøgeren er den reelle enejer af Mota Ltd. Sagsøgeren har trods opfordring ikke fremlagt regnskaber eller andet materiale vedrørende Mota Ltd.'s økonomiske forhold. Landsretten finder, at sagsøgeren efter sagens beskaffenhed har haft en naturlig anledning hertil. Mellemregningskontoen hos DanaMatiC A/S vedrører såvel transaktioner med sagsøgeren som med Mota Ltd. Sagsøgeren har ikke kunnet redegøre for denne sammenblanding. Herefter finder Landsretten det ubetænkeligt at fastslå, at Mota Ltd. ikke er et selvstændigt skattesubjekt adskilt fra sagsøgerens formue ...«. Dommen må dog snarere ses som udslag af processuel skadevirkning for skatteyderen som følge af manglende dokumentation end som en rendyrket tilsidesættelse af selskabsdannelser.

Dog skal det holdes for øje, at de såkaldte hybride selskaber i stigende grad ses at give anledning til kvalifikationsproblemer i den internationale skatteret.

Det kan videre overvejes, hvilken rolle *udenlandsk civilret* spiller, derved at der eventuelt tages hensyn til, om den givne enhed er *lovligt indregistreret og bestående*. Det må det antages, at et udenlandsk selskab skal anerkendes, såfremt dette er stiftet og administreres lovligt i henhold til det pågældende lands regler herom. *Aage Michelsen* anfører, at

181. Jf. *Thøger Nielsen*: Loc.cit. og Indkomstbeskatning I, 1965, s. 238.

182. Loc.cit.

183. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000, s. 301. *Niels Mørch* finder i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXIIIa, 1988, s. 364, at det kan spille en rolle om en sammenslutning i hjemlandet betragtes på samme måde som i dansk ret, dog uden at dette er et afgørende kriterium. Se også hertil *Jens Wittendorff* i SR-Skat 1999, s. 352.

hjemstedsreglerne i SEL § 1, stk. 6 og FBL § 1, stk. 1, nr. 4, samt CFC-reglerne i SEL § 32, LL § 16 H og FBL § 3 A, synes at udgøre et mere effektivt værn mod skatteflugt end nullitetsbetragtninger i henseende til behandlingen af fonde¹⁸⁴. Derimod finder forfatteren, for så vidt angår selskaber, at disse såvel selskabsretligt (grundet aftalefriheden) som skatteretligt må anerkendes, såfremt de er lovligt stiftet og administreret i henhold til den lovgivning, der gælder i det pågældende land. Dette resultat følger også af TfS 1997, 506 H *Tage S. Nielsen*, hvor et selskab på Jersey blev anerkendt, idet Højesteret blandt andet henså til, at selskabet var lovligt oprettet og bestående.

Hermed må man også som hovedregel tilbagevise muligheden for i proformalignende tilfælde ud fra selvstændige skatteretlige overvejelser at anse et selskab i et skatteoaseland for en nullitet¹⁸⁵.

Der findes ej heller retningslinier om, til hvilken beskatningskategori i SEL § 1 en given udenlandsk sammenslutning skal henføres. Dette får dog også sjældent betydning, idet beskatningen i henhold til SEL § 2, udgør en enhedsbeskatning, jf. SEL § 21, jf. SEL § 17. Ofte må selskabet mv. dog som nævnt vurderes på baggrund af kriterierne i SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

5.4. Opfattelsen i tysk skatteret

I moderne tysk ret antages der at gælde en todeling i subjektkvalifikationen¹⁸⁶. For så vidt angår indenlandske selskaber, består der en høj grad af retsformafhængighed og dermed civilretskonformitet. Dette for-

184. Jf. *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 186.

185. Jf. herom Betænkning nr. 1060, 1985, s. 225 ff, *Jørn Quiste* i TfS 1987, 577, *Michael Frank* i TfS 1988, 62, og 584, *Thøger Nielsen* i TfS 1989, 213, *Peter Dyhr & Kjeld Hemmingsen* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXIVa, 1989, s. 249 ff, *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 186 ff, *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 301, og *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 432 ff.

186. Jf. herom og for det følgende *Harald Herz*: Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, 1997, s. 171 ff vedrørende indenlandske selskaber og s. 200 ff, vedrørende udenlandske selskaber. Forfatteren henviser til den betydelige tyske litteratur om emnet. Forfatteren analyserer i afhandlingen primært problemstillingen vedrørende selskaber, der er indregistrerede i et land og hvor ledelsen, via hovedsædeforlæggelse, har sit sæde i et andet land (dobbeltdomicilerede selskaber). Denne problemstilling findes at skulle løses ud fra andre kriterier end kvalifikationen af rent udenlandske selskaber, herunder kvalifikation i henhold til tysk international selskabsret. Den her tidligere forfægtede hovedsædetheori (sitztheorie) er blevet tilsidesat med EF-Domstolens afgørelse i sag C-208/00 *Überseering*, som værende i strid med EF-Traktatens artikel 43, om den fri etableringsret, jf. herom *Harald Hermann* i *International Tax Review* 2003/1, s.

hold begrundes i § 1 KStG og dennes civilretskonformitet i henhold til den herskende opfattelse¹⁸⁷. For så vidt angår udenlandske selskaber, har tysk ret valgt den løsning, der indebærer, at kvalifikationen skal ske i henhold til intern tysk skatteret (lex fori betragtningen). Tysk retspraksis og teori har siden 1930 lagt sig fast på denne betragtningsmåde¹⁸⁸, hvorom to argumenter typisk er blevet fremhævet: (1) hensynet til lighedsprincippet og (2) ordlyden af KStG, der i § 1 alene henviser til tyske organisationsformer vedrørende ubegrænset skattepligt, men i § 2, vedrørende begrænset skattepligt, mere generelt henviser til forskellige organisationsformer¹⁸⁹. Ved kvalifikationen foretages i tysk ret i første række en bedømmelse af sammenslutningen med henblik på at vurdere, om denne er sammenlignelig med selskabsformerne i tysk ret. Dernæst vurderes det, om sammenslutningen er et person- eller et kapitalselskab i henhold til tysk ret. Hertil kommer, at det skal konkretiseres, hvilken type person- eller kapitalselskab sammenslutningen må antages at udgøre. På dette sted griber man til udenlandsk civilret (men ikke enhedens egne interne regelsæt). Det udenlandske selskab anses som en faktisk omstændighed og sammenlignes med tyske retsformer. Udenlandsk civilret tjener hermed til at fastlægge det udenlandske selskabs retsnatur, hvilket efterfølgende kan henføres som faktum under tysk ret. Mens tysk ret leverer rammerne, benyttes udenlandsk ret således til en udfyldning heraf. Det kan på denne baggrund tilbagevises, at udenlandsk civilret overhovedet ikke skulle kunne tillægges nogen betydning ved subjektqualifikationen. Grundet forskelle i de selskabsretlige systemer på tværs af lande, er det klart, at der ikke kan bestå fuldstændig sammenlignelighed. Sammenligningen sker derfor også i tysk ret ved, at fremdrage typiske kendetegn ved de skattepligtige subjekter og lægge vægt på de væsentligste heraf og mindre vægt på de mindre væsentlige kendetegn. Det afgørende vil derfor være

42 ff. Se endelig generelt *John F. Avery Jones m.fl.* i BIFD 2002, s. 307 ff, hvor kvalifikationskriterierne for Italien, Schweiz, Belgien, USA, Tyskland, Sverige, Holland og UK behandles.

187. Det anføres op.cit., s. 200, at alle økonomiske betragtninger i denne sammenhæng må betragtes som de lege ferenda. Se om bestemmelsen eksempelvis *Klaus Tipke & Joachim Lang: Steuerrecht*, 2002, s. 447 ff.

188. Fastlagt ved en skelsættende dom af 12.2. 1930, jf. RFH v. 12.2. 1930, RFHE 27, s. 73 ff (s. 75), om kvalifikationen af en venezuelansk sammenslutning.

189. Dog har standpunktet ikke stået fuldstændig uimodsagt. Det har særligt været hævdet, at § 1 KStG ikke udelukkende tager sigte på indenlandske, men også på udenlandske retsformer, jf. eksempelvis *Helmut Debatin* i BB 1988, s. 1155 ff (s. 1157).

tilstedeværelsen af en overvejende del af de typiske kendetegn, herunder selskabets struktur. Der skal dog herved foretages en vægtning af kriterierne ved sammenligningen. I modsætning til tilfældet for indenlandske selskaber, anvendes en økonomisk betragtningsmåde ved kvalifikationen af udenlandske selskaber, hvilket som nævnt ikke er tilfældet for rent nationale selskaber, der er direkte afhængige af civilrettens organisationsformer¹⁹⁰.

De tyske skattemyndigheder har offentliggjort de kriterier, der benyttes ved sammenligningen, men holder ikke rigtigt fast heri¹⁹¹. Herefter lægges der vægt på hæftelsesforhold, spørgsmålet om hvorvidt selskabsandele er frit overførbare, om enheden har selvstændig juridisk eksistens samt spørgsmålet om medlemmernes ledelse af enheden og deltagelse i virksomheden¹⁹².

Det er interessant at bemærke, at der i dansk ret stort set ikke har fundet nogen diskussion sted vedrørende den skatteretlige kvalifikation af udenlandske selskaber. I tysk ret derimod har problemstillingen været diskuteret intensivt, og der hersker ikke fuldstændig enighed herom. Der kan rettes en vis kritik mod den valgte kvalifikationsmetode. Således kan det anføres, at metoden har den begrænsning, at man skal forstå baggrunden og terminologien i det udenlandske retssystem. Således kan der forekomme eksempler på, at konkrete besvarelser på spørgsmål om en given sammenslutning fører til at der formelt, men ikke reelt er tale om forskelle¹⁹³.

5.5. Belysning af kriteriernes anvendelse i praksis

I det følgende skal fremhæves eksempler fra nyere praksis vedrørende kvalifikationen af udenlandske kapitalselskaber.

I TfS 1999, 411 LR, tog Ligningsrådet stilling til den skattemæssige kvalifikation af et Bahamas Ltd. To danske selskaber og en fysisk person

190. Jf. *Harald Herz*: Op.cit., s. 217 f.

191. Herved er der mulighed for at forholde sig til nye hybride selskabstyper.

192. Jf. herom *John F. Avery Jones m.fl.* i BIFD 2002, s. 308.

193. Jf. *John F. Avery Jones m.fl.*: op.cit., s. 313. Disse forfattere analyserer i stedet tre alternative metoder til brug for kvalifikationen af partnerships. Således analyseres muligheden for (1) at lægge den skatteretlige kvalifikation i enhedens hjemstat til grund, (2) at afgøre kvalifikationsspørgsmål i henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, samt endelig (3) at acceptere kildestatens kvalifikation, men at fortolke dobbeltbeskatningsoverenskomster eller udforme særlige bestemmelser der medfører, at kildestaten skal følge kvalifikationen i selskabsdeltagernes (i partnerships) hjemstat. Forfatterne finder ikke anledning til at anbefale en metode frem for de øvrige.

påtænkte at stifte og indskyde kapital i et Bahamas Ltd. Ligningsrådet svarede, at selskabet ikke kunne anses for at være skattemæssigt transparent, hvorved indtægter og udgifter ikke kunne indtægtsføres henholdsvis fradrages hos de danske skatteydere. Skatteyderne ønskede selskabet sidestillet med et partrederi. Vurderingen af Bahamas Ltd.'s skattesubjektivitet tog udgangspunkt i The International Business Companies Act fra 1989, som selskabet forventedes omfattet af. Told- og Skattestyrelsen fandt, at en kvalifikation efter dansk ret af et selskab omfattet af den nævnte lov måtte foretages ud fra en konkret vurdering af det pågældende selskabs formål og planlagte virke, stiftelsesdokumentet, vedtægterne og evt. andre dokumenter, der måtte være oprettet i den forbindelse, sammenholdt med og udfyldt af loven. Told- og Skattestyrelsen tog udgangspunkt i de kriterier, der ligger til grund for SEL § 1. Ud fra den nævnte International Business Companies Act og de konkrete oplysninger blev det fastslået, at Bahamas Ltd. på flere punkter adskilte sig fra et dansk aktie- eller anpartsselskab, herunder eksempelvis ved, at et Ltd. kan stiftes med mindre kapital end efter danske regler, og at bestyrelsen ville have meget vidtgående beføjelser. Styrelsen fandt, at det næppe kunne kræves, at udenlandske selskaber opfylder de samme betingelser som de i Danmark hjemmehørende selskaber, der anses som værende selvstændige skattesubjekter i henhold til SEL § 1. Idet Bahamas Ltd. afveg så minimalt fra aktie- eller anpartsselskabslignende selskab, kunne de nævnte afvigelser ikke i sig selv medføre, at selskabet skulle anses for transparent. Hertil kom, at retspraksis har afvist interessentskabsstatus for selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt, solidarisk og direkte. Når der videre blev henset til oplysninger om selskabets struktur, deltagernes indflydelse og stemmeret, selskabsorganer og beslutningsprocesser, og udbetaling af overskud og likvidationsprovenu i forhold til indskudt kapital, fandt styrelsen og Ligningsrådet ud fra en samlet konkret bedømmelse, at der var dannet et selvstændigt skattesubjekt, et selskab med begrænset ansvar, der ville være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, såfremt selskabet var skattepligtigt i Danmark.

Et amerikansk Limited Liability Company (LLC) blev af Ligningsrådet anset for skattemæssigt transparent i en utrykt sag fra 24.2. 1998, journal nr. 99/97-4029-00024. Herved blev afkast for en dansk pensionskasse fra LLC'ets investering i udenlandske skovselskaber i realrenteafgiftsmæssig sammenhæng anset som en direkte investering i de udenlandske skovselskaber. Der var tale om investering i en såkaldt

puljeordning. Ligningsrådet lagde ved afgørelsen vægt på de meddelte oplysninger om investorernes tilknytning til og indflydelse i LLC'et, ledelsens beføjelser og i det hele LLC'ets virkemåde og struktur og fandt på denne baggrund, at der var tale om en sammenslutning af investorer, der gennem LLC'et foretog direkte investering i diverse aktiver. Ligningsrådet lagde endvidere vægt på, at LLC'et ikke vedtægtsmæssigt afholdt regelmæssige og beslutningskompetente deltagermøder, hvor deltagerne skulle godkende årsregnskabet og overskudsfordelingen, og hvor deltagerne vedtægtsmæssigt skulle vælge ledelsen. Den foretagne skatteretlige kvalifikation var præjudicerende for realrenteafgiftsloven.

Lignende sager med tilsvarende resultat fremgår af TfS 2000, 751 LR, og TfS 2000, 752 LR, hvor den ovenfor refererede sag indgik i betydeligt omfang¹⁹⁴. Sagerne vedrørte også spørgsmålet om danske pensionkassers investering i skovdrift gennem udenlandske LLC'er. Ligningsrådet svarede afkræftende på spørgsmålet om, hvorvidt investeringen i LLC'erne ville blive anset for at være en aktieinvestering, jf. pensionsafkastbeskatningslovens § 8. Begrundelserne herfor var de samme som i den ovenfor refererede sag, og Ligningsrådet henviste endda hertil¹⁹⁵.

-
194. Kvalifikationsspørgsmålet har stor betydning for udenlandske investeringsforeninger. Således er sådanne af Ligningsrådet anerkendt som selvstændige skattesubjekter i TfS 1994, 815 LR, TfS 1995, 195 LR, j.nr. 99/96-4326-00051, j.nr. 99/96-5683-00269, j.nr. 99/98-4024-00003, j.nr. 99/98-3831-00036. I sagen j.nr. 99/98-4326-00004, blev en investeringsforening derimod ikke anset for et selvstændigt skattesubjekt.
195. *Jens Wittendorff* har kritiseret disse afgørelser i SR-Skat 2001, s. 133 f. Forfatteren anfører, at det på baggrund af oplysningerne i sagen er vanskeligt at nå til det resultat, at LLC'erne ikke skulle anses for at være selvstændige skattesubjekter. Forfatteren begrundet dette med, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2 hjemler en beskatning af andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordele overskuddet i selskabet i forhold til den indskudte kapital. Forfatteren fremhæver, at der i LLC'erne var begrænset hæftelse for deltagerne, ligesom overskud blev fordelt på baggrund af den indskudte kapital. Dertil kom, at LLC'et bortset fra aktieselskabslovens kapitalkrav lignede et dansk aktieselskab. På denne baggrund finder forfatteren, at alle betingelser for at anse LLC'erne for selvstændige skattesubjekter var opfyldte. Til kritikken kan vel anføres, at bedømmelsen, af om der foreligger et selvstændigt skattesubjekt, er en samlet vurdering. Denne vurdering kan konkret føre til, at der ikke lægges overvejende vægt på hæftelseskriteriet og overskudsanvendelsen. I stedet kan der som sket i de nævnte sager lægges vægt på andre generelle skattesubjektivitetskriterier. Placeringen i en konkret beskatningskategori skal først ske efter den eventuelle konstatering af selvstændig skattesubjektivitet, hvor hæftelsesbegrænsning og overskudsfordeling i denne henseende vil pege i retning af at placere sammenslutningen under SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Trods ovenstående skal det dog betones, at kvalifikationen

Spørgsmålet om subjekt kvalifikation indgik også i TfS 1995, 905 LSR vedrørende et spansk kommanditselskab, men Landsskatteretten tog ikke direkte stilling hertil¹⁹⁶.

Anvendelsen af betegnelsen »selskab mv.« i SEL § 2, stk. 1, litra c, er i TfS 2000, 455 LR, kommet til prøvelse for så vidt angår en udenlandsk forening. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en udenlandsk forening kunne opnå kildeskattefritagelse i henhold til SEL § 2, stk. 1, litra c. Selvom det står klart, at anvendelsen af ordene »selskab mv.« henviser til de af SEL § 1, omfattede og hermed sammenlignelige skattesubjekter, foretog Ligningsrådet med rette også en vurdering af, om der overhovedet forelå et selvstændigt skattesubjekt. Som forudsætning herfor blev det fremhævet, at det var afgørende, at formuen var uigenkaldeligt udskilt fra stifterens rådighed, og at subjektet havde en selvstændig ledelse adskilt fra den oprindelige stifter eller dennes nærtstående. På baggrund af de tilvejebragte oplysninger antog Ligningsrådet herefter, at der var tale om et skattesubjekt, der svarede til et subjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Ved denne bedømmelse blev der særligt lagt vægt på, (1) at medlemmernes manglende ejerstatus til kapitalen, (2) at et overskud skulle ikke fordeles i forhold til medlemmernes indskudte kapital, og (3) at et eventuelt likvidationsprovenu skulle ikke tilgå medlemmerne, men i stedet uddeles til velgørende institutioner.

5.6. Særligt om udenlandske fonde og trusts

Der er gennemgående enighed om, at de danske fondsretlige principper tillige finder anvendelse i forbindelse med den skatteretlige *kvalifikation af udenlandske »fonde«*. Vurderingen af sådanne enheder sker i henhold til danske fondsretlige begreber, uanset om fonden er lovligt stiftet efter sit hjemlands regler. Denne vurdering har betydning i forbindelse med spørgsmålet om begrænset skattepligt i henhold til SEL § 2¹⁹⁷. Hvis derfor en dansk hjemmehørende fysisk eller juridisk person har nær tilknytning til den udenlandske fond, og hvis fonden ikke opfylder helt

af LLC'er beror på en konkret bedømmelse, og at en sådan bedømmelse i andre situationer kan føre til LLC'ets selvstændige skattesubjektivitet. Også *Aage Michelsen* finder at LLC'er i dansk ret udgør selvstændige skattesubjekter, jf. SU 1998, 235, s. 412.

196. Se herom *Aage Michelsen* i R&R 1996 SM 41 ff.

197. SEL § 2 omfatter formentlig udenlandske begrænset skattepligtige fonde, idet FBL som bekendt henviser til fonde omfattet af dansk fondslovgivning, jf. herom *Aage Michelsen: International skatteret*, 2003, s. 194.

grundlæggende fondsretlige selvstændighedskriterier, vil fonden ikke blive anset som et selvstændigt skattesubjekt. I stedet betragtes fondsformuens reelle ejer som skattepligtig af fondens indtægter mv.¹⁹⁸. Der skal foretages en tilsvarende kvalifikation af udenlandske fonde og selv-ejende institutioner, hvis ledelse har sit sæde i Danmark, jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 4. Sådanne skal tilsvarende kvalificeres efter danske fondsretlige og selskabsskatteretlige principper.

Der er dog uenighed om *kvalifikationen af trusts* i dansk skatteret. Nogle tilslutter sig en analogibetragtning, hvorefter trusts skal bedømmes efter danske fondsretlige principper¹⁹⁹. Det kan herimod indvendes, at analogibetraktningen indebærer, at udenlandske trusts underkendes i dansk ret, idet sammenligningen mellem fonde og trusts er som at sammenligne pærer og appelsiner og derfor på forhånd dømt til at mislykkes²⁰⁰. Konsekvensen heraf er, at de begunstigede eller stifteren beskattes af trust-formuens afkast samt gevinster og tab. Det kan videre anføres, at der savnes grundlag for at opstille sådanne strenge krav som betingelse for, at en sammenslutning kan være et selvstændigt skattesubjekt. Baggrunden for dette argument er, at et krav om formuens uigenkaldelige adskillelse fra stifteren og et krav om tilstrækkelig formue til at varetage sit formål, ikke har betydning for den almindelige subjekt kvalifikation.

Det kunne således anføres, at afgørelsen af trusts selvstændige skattesubjektivitet bør ske efter de almindelige kriterier om subjekt kvalifikation, og ikke på grundlag af om de fondsretlige karakteristika er opfyldt²⁰¹. Ved dette resultat skal der også henses til den omstændighed, at trusts i common law lande anses for at være forskellig fra foun-

198. Jf. herom Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997 om international beskatning, pkt. 9.2.2. (ad FBL § 3 A), Rasmus Kristian Feldthusen: Trusts, 2002, s. 285 ff, Aage Michelsen: International skatteret, 2003, s. 187 f, Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 114 f, samme i ET 1997, s. 159 ff, samme i UfR 1997 B, s. 96 ff, og i ET 1998, s. 143 ff, Thøger Nielsen i TfS 1989, 213, Michael Frank i TfS 1988, 584, og kort Margrethe Nørgaard i SR-Skat 1989, s. 152 f, TfS 1988, 199 LSR og senest TfS 2005, 144 Ø Boet efter Jens Funch, hvor midler overført til en fond (stiftung) med hjemsted i Liechtenstein ikke blev anset for uigenkaldeligt og bindende udskilt fra stifternes formue, hvorfor disse var skattepligtige af midlerne og hertil Aage Michelsen i R&R 2005 SM 149 ff. Se TfS 1994, 605 LSR, om en trust på Guernsey og herom Aage Michelsen i R&R 1994 SM, s. 274 ff. En »anstalt« anerkendes af Østre Landsret i TfS 1992, 395 H straffesag.

199. Jf. Erik Werlauff i UfR 1997 B, s. 96 ff.

200. Jf. Rasmus Kristian Feldthusen: Trusts, 2002, s. 286, og Thøger Nielsen i TfS 1989, 213, s. 415.

201. Herom Rasmus Kristian Feldthusen: Trusts, 2002, s. 287.

Del IV – Konfrontation

dations (fonde), og at der fortsat gælder en vis aftalefrihed på selskabs- og foreningsrettens område. Trusts anses ikke for juridiske personer i common law jurisdiktionerne. Ved en konkret vurdering af trusts, må der tages hensyn til, *at* trusten, for så vidt angår hæftelsesspørgsmålet, har betydelige lighedstræk med kommanditselskabet²⁰², *at* deltagernes ind- og udtræden kan have betydning, men ikke behøver at have betydning for trusts, *at* det er svært at afgøre, om en trust har ledelsesmæssige organer, *at* der er visse vanskeligheder forbundet med at vurdere, om der i en trust findes indskudskapital, *at* den enkelte deltager i en trust normalt ikke har krav på en andel af formuen, idet udtræden af en trust normalt ikke vil komme på tale, *at* vedtægter ikke forekommer og *at* regnskabsoplysninger er fortrolige. En sådan præliminær gennemgang af skatteevnekriterierne peger i retning af, at trusts i lighed med kommanditselskaber ikke har selvstændig skattesubjektivitet²⁰³. Dog bør det i denne forbindelse holdes for øje, at trusts ikke er noget entydigt fænomen, men findes i mange forskellige udformninger. Hermed kan der tænkes at findes trusts, der kan være selvstændige skattesubjekter og dermed svare til subjekter omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, men ikke egentligt omfattet heraf²⁰⁴.

Andre mener, at bedømmelsen af udenlandske trusts skal ske efter de samme kriterier som spørgsmålet om anerkendelse af en båndlagt formue uden aktuel ejer. De afgørende kriterier ved en sådan vurdering er (1), at kapitalen definitivt er udskilt af båndlæggerens formuesfære, og (2), at der ikke findes nogen aktuel ejer, hvortil kræves, at det er usikkert, hvem der til sin tid skal være ejer af kapitalen²⁰⁵. Også dette synspunkt er blevet kritiseret²⁰⁶.

202. Op.cit., s. 251 ff.

203. Op.cit., s. 290.

204. Modsat Rasmus Kristian Feldthusen: op.cit., s. 290, der tilsyneladende forudsætter, at sammenligningen med nr. 6-subjekterne resulterer i, at trusten bliver omfattet af bestemmelsen.

205. Jf. Aage Michelsen: International skatteret, 2003, s. 187, note 41 in fine, og samme i International Studies in Taxation: Law and Economics – Liber Amicorum Leif Mutén, Gustaf Lindencrona m.fl. (red.), 1999, s. 279 f.

206. Jf. Rasmus Kristian Feldthusen: Trusts, 2002, s. 292, der anfører, *at* en trust ikke er nogen båndlæggelse, *at* betingelsen om definitiv udskillelse af kapitalen fra båndlæggelsens formuesfære passer dårligt med trustens retlige struktur, og *at* kravet om aktuel ejer må være rettet mod trustee, hvorfor der i realiteten altid vil være en aktuel ejer og dermed et skattesubjekt.

5.7. Sammenfattende betragtninger om den skatteretlige kvalifikation af udenlandske selskaber og fonde mv.

De almindelige betragtninger om subjektkvalifikation, som fremført ovenfor i § 4, afsnit 4.4., gælder tillige for dette afsnit om kvalifikationen af udenlandske selskaber mv.

Hertil kan dog føjes, at det ville være nærliggende at koordinere kvalifikationen i skatte- og selskabsretten, for så vidt angår selskaber, der svarer til danske aktie- og anpartsselskaber. Det gælder eksempelvis, at den udenlandske hovedvirksomhed ved registreringen af filialer i Danmark skal være direkte sammenlignelige med danske aktie-, anparts-, og kommanditaktieselskaber²⁰⁷.

Det påpegede mulige samspil vedrørende anvendelse af udenlandsk civilret må siges faktisk at bestå. Samspillet er dog kun middelbart. Således må det antages, at samspillet er relevant ved udenlandske virksomheders aktiviteter i Danmark, såfremt visse af de udenlandske enheder skal undergives danske pligt- eller fordelsregler, herunder hvis den udenlandske enhed skal undergives dansk skattepligt. I disse situationer gælder det, at den overordnede bedømmelse foretages i henhold til dansk ret, men at visse spørgsmål afgøres med udgangspunkt i udenlandsk civilret. Tilsvarende ses det, at udenlandsk registrerede og bestående selskaber skal anerkendes i dansk skatteret. Herved spiller selskabets udenlandske retsevne ind ved den danske bedømmelse. Det gælder dog ikke, at den blotte anerkendelse i udlandet automatisk fører til at enheden anses som et selvstændigt skattesubjekt i dansk skatteret.

Det er derfor rammende at sige, at udenlandsk civilret bidrager til fremskaffelsen af faktum til brug for det dansk beregningsgrundlag, men at den endelige bedømmelse sker i henhold til intern dansk skatteret. Problemstillingen tager til i kompleksitet i det omfang, der ikke i dansk ret findes retsinstitutter eller begreber der svarer til det udenlandske begreb der skal tages stilling til. Et oplagt eksempel herpå er trust-instituttet i common law landene.

207. Jf. pkt. 2.1 i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vejledning for filialer af udenlandske selskaber i Danmark.

§ 6 Indledende bemærkninger om konkrete skattesubjekter og forskellige beskatningsformer

Den skatteretlige subjekt kvalifikation har betydning i henseende til spørgsmålet om, hvorvidt der overhovedet foreligger et selvstændigt skattesubjekt. Dette spørgsmål afklares ud fra ovenstående kriterier. Dernæst har den skatteretlige subjekt kvalifikation betydning i forhold til indplacering af skattesubjektet i de kategorier, der findes i SEL § 1, stk. 1, idet der til de forskellige kategorier udløses forskellige beskatningseffekter²⁰⁸.

Som det er påvist ovenfor, er det ikke muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne i SEL § 1, om at skattesubjekterne følger af det civilretlige kvalifikationssystem (in casu det selskabsretlige kvalifikationssystem). Derimod er der næppe tvivl om, at systemet faktisk i et eller andet omfang implicit hviler på sådanne forudsætninger, hvorved de selskabsformer der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf. Udsagnet kan ikke påvises, men lægges til grund i foreliggende afhandling²⁰⁹. Dette taler for en høj grad af konformitet med civilretten. Som det anføres af *Thøger Nielsen*, må det imidlertid antages, at selskabsretten, uden for aktieselskabsretten, på tidspunktet for gennemførelsen af selskabsskatteloven, var karakteriseret ved om ikke mørke så tåge²¹⁰. Forfatteren anfører, at dansk skatteret på denne baggrund, for så vidt angår aktieselskaber, har beholdt sig til aktieselskabslovens begreb, mens man for andre juridiske

208. I tysk ret indeholder § 1 KStG tilsvarende et katalog over skattesubjekter. Disse skattesubjekter benævnes i bestemmelsen som kapital selskaber. De omfattede selskaber udgør de i civilretten kendte selskabsformer.

209. Noget mere håndfast ses *Søren Friis Hansen* at være i Dansk selskabsret III, 2004, hvor det s. 92, anføres at lovgiver ved vedtagelse af SEL i 1960 *utvivlsomt* lagde den civilretlige kvalifikation til grund ved den skatteretlige kvalifikation af de samvirker (forfatteren benytter et bredt samvirkebegreb, jf. definitionen s. 100), der er omfattet af loven. Videre anføres det: »... På dette sted skal det konstateres, at den civilretlige kvalifikation af et samvirke efter gældende dansk ret er afgørende for den skatteretlige kvalifikation af det pågældende samvirke ...«.

210. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 611 ff. Siden 1960 må det imidlertid erindres, at fondslovgivningen og lov om erhvervsdrivende virksomhed er kommet til. *Mette Neville* finder dog i Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 66, at der fortsat er meget sandt i *Thøger Nielsens* udsagn.

personer har måttet udvikle en selvstændig begrebsverden. Det anføres hertil, at det dog er karakteristisk, at skattelovgivningen i vidt omfang formulerer skattepligtsevnen *som om* de begreber, der benyttes, har et anerkendt og entydigt indhold, der er fastlagt i andre retsdiscipliner. Herved anføres det, at afgrænsningen således er præget af, at man i vidt omfang har valgt, og til dels har måttet vælge, de i selskabsretten anerkendte afgrænsningskriterier²¹¹. Skatteretten er derved dels blevet tvunget over i irrationelle grænsedragninger, dels i et vist omfang blevet præget af den uklarhed der herskede, og formentlig fortsat hersker, indenfor visse del af selskabsretten.

Det følgende tager udgangspunkt i SEL § 1. Denne bestemmelse opregner de selskaber, der som selvstændige skattesubjekter skal undergives en af de forskellige beskatningsformer. Bestemmelsen kan ikke antages at være udtømmende, grundet selskabsrettens aftalefrihed. Dog udgør bestemmelsens ordlyd en grænse for, hvilke sammenslutninger, der kan pålægges selvstændig skattepligt.

Indledningsvis kan der dog være anledning til at gøre opmærksom på spørgsmålet om, hvad der udgør et »selskab«. Begrebet indgår i visse skattelovsbestemmelser, jf. eksempelvis SEL § 32. Der findes ingen retningslinier vedrørende dette spørgsmål. At der menes er selskab omfattet af SEL § 1, er nærliggende, men samtidig må det erindres, at der sædvanligvis i lovteknisk sammenhæng henvises til »selskaber mv.«. Et selskab kan også skulle forstås i overensstemmelse med sædvanlig sprogbrug. Herved omfattes tillige eksempelvis interessentskaber og kommanditselskaber, som ikke har skatteretssubjektivitet. Spørgsmålet er ikke endeligt afklaret.

Af relevans for denne afhandling skal fremhæves den relevante traditionelle sondring mellem 5 former for beskatning. (1) *Aktieselskabsbeskatningen* er kendetegnet ved, at skattelovgivningens almindelige regler om indkomstopgørelsen finder anvendelse i det omfang andet ikke følger af lovgivningen eller dennes natur, jf. SEL § 8, stk. 1. Der svares aconto en proportional skat på 30% af den opgjorte indkomst, jf. SEL § 17, stk. 1. Aktieselskabsbeskatningen omfatter navnlig aktie- og anpartsselskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1 og andre selskaber med begrænset hæftelse omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Hertil kommer at beskatningsformen omfatter sparekasser, brugsforeninger, visse

211. Jf. Thøger Nielsen op.cit., s. 612, Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 691 ff, og Henrik Dam i Skatteretten – Speciel del, 2005, s. 447.

Del IV – Konfrontation

gensidige forsikringsforeninger, realkreditinstitutter, certifikatudstedende akkumulerende investeringsforeninger, samt en række nærmere opregnede statsselskaber mv., jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 2a-d, 3a, 5, 5a og 5b. (2) *Andelsselskabs-/kooperationsbeskatning* er kendetegnet ved, at indkomsten ikke opgøres efter de almindelige regler. I stedet opgøres indkomsten som en nærmere angivet procentdel af foreningens formue, jf. SEL §§ 14-16 A. Indkomstskatten beregnes som 14,3% af den opgjorte indkomst, jf. SEL § 19. Denne beskatningsform omfatter andelsforeninger bestående af indkøbs-, produktions-, og salgsforeninger, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 3. (3) *Fonds- og foreningsbeskatning* er detaljeret normeret i fondsbeskatningsloven. Heraf fremgår det, at fondsbeskatningen som udgangspunkt følger lovgivningens almindelige regler for aktieselskaber, jf. FBL § 3. Dog er fondsbeskatningen kendetegnet ved en række særregler, herunder vedrørende fradrag for almennyttige udlodninger, hensættelser mv. Fonde mv. beskattes a conto med 30% af den opgjorte indkomst, jf. FBL § 11, efter tilsvarende regler som ved opgørelsen af selskabsskat, jf. FBL § 15. Fondsbeskatningen omfatter fonde, brancheforeninger og lignende foreninger, arbejdsmarkedssammenslutninger samt visse realkredit- og finansieringsinstitutter. (4) *Institutionsbeskatningen* er kendetegnet ved alene at omfatte indkomst ved erhvervs-mæssig virksomhed. Af den almindelige indkomst svares en aconto beskatning på 30%, jf. SEL § 17, stk. 1. Institutionsbeskatningen omfatter stiftelser, legater, fonde og foreninger, som ikke er omfattet af selskabs-, kooperations- eller fondsbeskatningen, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 6. (5) Endelig kan nævnes *deltagerbeskatning*, der er kendetegnet ved en beskatning af deltagerne i selskaber, der ikke omfattes af opregningen i SEL § 1, stk. 1 eller FBL § 1. Deltagerbeskatning er et kendetegn for personselskaberne.

Der kan være grund til at bemærke, at sondringen mellem personselskaber og andre selskaber har betydning for det generelle spørgsmål om skattesubjektivitet, mens sondringen mellem alle andre selskabsformer har betydning for i hvilken beskatningskategori skattesubjektet skal placeres.

§ 7 Aktie- og anpartsselskaber

7.1. Oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse

De juridiske personer, der udgøres af aktie- og anpartsselskaber, er selvstændige retssubjekter og skatteretssubjekter. Denne status indtræder med registreringen hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. ASL § 12 og ApSL § 12. Et endnu ikke registreret selskab savner således retsevne, handleevne, partsevne og procesevne. Dette indebærer, at et selskab under stiftelse ikke kan anlægge en sag ved domstolene²¹², at en enestifters kreditorer kan foretage udlæg i indskudte aktiver indtil registreringen, at fælleskreditorer i tilfælde af flere stiftere har fortrinsret til selskabsformuen, idet selskabet indtil registreringen betragtes som et interessentskabslignende forhold, og at der ikke kan indgives konkursbegæring mod et endnu ikke registreret aktie- eller anpartsselskab²¹³. Formålet med det selskabsretlige registreringskrav er, at en række oplysninger om selskabet derved bliver gjort offentligt tilgængelige²¹⁴.

Udgangspunktet i selskabsretlig henseende er, at selskabet og selskabsdeltagerne (herunder andre selskaber) er selvstændige retssubjekter og selskabsdeltagerne kun kan udøve deres indflydelse på selskabets generalforsamling, jf. ASL § 65, stk. 1 og ApSL § 28, stk. 1.

Der findes ikke nogen fastlagt definition af, hvad der skal forstås ved et aktieselskab eller et anpartsselskab i selskabslovene fra 1973 (aktieselskabsloven) og 1996 (anpartsselskabsloven). Imidlertid tilkendegiver begge loves § 1, nogle væsentlige karakteristika ved de selskabstyper der er omfattet af lovene. Således er de omfattede selskaber ka-

212. Et selskab der ikke er registreret kan kun være part i retssager, som vedrører aktietegningen og indbetaling af aktiekapitalen, jf. ASL § 12, stk. 1 og ApSL § 12, stk. 1.

213. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 80 f, og *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 162 ff.

214. Se generelt om det selskabsretlige registreringskriterium: *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 54 ff, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 162 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II – kapitalselskaber, 2000, s. 79 ff, *Noe Munck m.fl.*: Selskabsformerne – lærebog i selskabsret, 2002, s. 183 f, *Marianne Philip m.fl.*: Selskabsret, 2000, s. 31 f og s. 41 f, *Allan Philip*: Studier i den internationale selskabsrets teori, 1961, s. 175 ff, *Ida Rosenberg m.fl.*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, s. 121 ff, og samme Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer, 1997, s. 90 ff., *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 166 ff, og samme Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 102 ff. Se endelig kritisk til selve registreringskriteriet *Karl Olivercrona*: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Uppsala Universitets Årsskrift, 1928, s. 191 f.

rakteriseret ved (1) at være erhvervsdrivende²¹⁵, (2) have en fast indskudskapital²¹⁶, og (3) at selskaberne hæfter med hele deres formue for deres forpligtelser, mens (4) deltagernes økonomiske forpligtelser i almindelighed kun består i pligten til at foretage deres indskud i selskabet – begrænset hæftelse²¹⁷. Selskaber der opfylder disse karakteristika kan følgelig registreres i henhold til aktie- eller anpartsselskabsloven. Formentlig kan man på denne baggrund definere aktie- og anpartsselskaber som juridisk personer, der er oprettet og registreret i overensstemmelse med aktie- eller anpartsselskabsloven²¹⁸.

Det kan anføres, at den *begrænsede hæftelse* udgør det vigtigste karakteristikon ved aktie- og anpartsselskabsformen. Hensynet bag den begrænsede hæftelse fremgår ikke klart noget steds i den selskabsretlige lovgivning eller praksis. Udviklingen af den begrænsede hæftelse som selskabsretligt begreb har måttet gennemløbe en snørklet vej i både dansk og fremmed retspraksis, retsteori og lovgivning²¹⁹. Først i 1800-tallet vendte man i dansk teori tilbage til den klassiske romerrets opfattelse af korporationen og opfattede aktieselskabet som en juridisk person, hvis grundfond udgjorde hæftelsesgrundlaget. På dette grundlag accepterede retspraksis en moderne begrænset hæftelse, der ikke opfattedes som en særlig begunstigelse²²⁰.

Med inspiration i *retsøkonomisk tankegods* kan der i vidt omfang gives en økonomisk forklaring på hæftelsesbegrænsningen som fænomen²²¹. Baggrunden kan herefter i det væsentligste ses som en tilvejebringelse

-
215. Herved forstås selskaber, der har som overordnet formål, at indvinde økonomisk udbytte. Det er i denne forbindelse uden betydning, om det af selskabet indvundne udbytte skal fordeles mellem selskabsdeltagerne eller om det skal fordeles til andre. Et aktie- eller anpartsselskab betragtes som erhvervsdrivende, uanset hele det indvundne overskud i henhold til vedtægterne skal fordels til almennyttige formål.
216. Denne kapital skal for aktieselskaber udgøre mindst 500.000 kr., jf. AL § 1, stk. 3 og 125.000 kr., for anpartsselskabers vedkommende, jf. ApL § 1, stk. 3. Et selskab der har varierende selskabskapital, kan ikke registreres som et aktie- eller anpartsselskab.
217. Jf. *Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 2000, s. 46 ff. *Ida Rosenberg m.fl.: Aktieselskabsloven med kommentarer*, 1999, note 1 ad § 1, og samme: *Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer*, 1997, note 1 ad § 1, *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret*, 2004, s. 5 ff og *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II – Kapitalselskaber*, 2000, s. 32 ff.
218. Begreberne »aktie- og anpartsselskab« anvendes på hele civilrettens område i den betydning som de har i selskabslovene. Det samme er tilfældet i svensk ret, jf. *Sture Bergström: Skatter och civilrätt*, 1978, s. 231.
219. Jf. herved *Inger Dübeck: Aktieselskabernes Retshistorie*, 1991, s. 67 ff.
220. Hvormed der atter blev overensstemmelse mellem teori og retspraksis, jf. *Inger Dübeck: Aktieselskabernes Retshistorie*, 1991, s. 106.
221. Se herom generelt *Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fishel: The Economic Structure*

af finansieringsmuligheder for virksomhederne, såvel egen- som fremmedkapitalfinansiering. En investor der overvejer at starte en kapitalkrævende virksomhed, er næppe indstillet på at risikere hele sin formue på denne ene virksomhed. Såfremt virksomheden er mere kapitalkrævende, end én investors formue kan klare, kræves enten et samarbejde mellem flere virksomhedsdeltagere, der vil skyde deres egen kapital ind i virksomheden, eller eventuelt samarbejde med eksterne investorer, der ikke ønsker andet end at placere (en del af) deres formue i virksomheden, men som udover rente ønsker en vis indflydelse på virksomheden, samt en andel af virksomhedens overskud. Såfremt der ikke fandtes hæftelsesbegrænsning i selskabsretten, ville denne form for samarbejde ikke være muligt²²². Rationalet bag den begrænsede hæftelse kan dog nuanceres ganske betragteligt²²³.

Det er en almindelig antagelse i den selskabsretlige litteratur, at en virksomhed, hvis organisationsform er identisk med eller som ligger tæt på et aktie- eller anpartsselskab, alene skal registreres som et aktie- eller anpartsselskab, og dermed opfylde de krav der gælder for disse selskabstyper i henhold til ASL og ApSL²²⁴. Det følger heraf, at et selskab, der ikke er et aktie- eller anpartsselskab, men som skal have begrænset hæftelse for selskabsdeltagerne, som udgangspunkt kun anerkendes som selvstændigt retssubjekt, såfremt selskabet registreres i henhold til LEV § 8, stk. 1. Bag dette krav ligger et notoritetshensyn. Såfremt der således stiftes et selskab, hvis retlige regulering kun på mindre væsentlige områder afviger fra reglerne i aktieselskabs- eller anpartsselskabsloven, vil det pågældende selskab blive anset som et ikke-gyldigt stiftet aktie-

of Corporate Law, 1993, s. 40 ff, *Roberta Romano*: Foundations of Corporate Law, 1993, s. 3 ff, *Richard Posner*: Economic Analyses of Law, 1992, § 14, og *Claes Bergström & Per Samuelsson*: Aktiebolagets grundproblem, 1997.

222. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 174.

223. Se eksempelvis *Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel*: The Economic Structure of Corporate Law, 1993, s. 41 ff, der nøje analyserer rationalet bag hæftelsesbegrænsningen ud fra forskellige økonomisk teoretiske orienteringer. Der kan således i et vist omfang fremhæves økonomiske rationaler bag den juridiske hæftelsesbegrænsning eller hæftelsesindkapsling. For så vidt angår aktie- og anpartsselskabsinstituttet, må det således formentlig antages, at de bærende principper bag hæftelsesindkapslingen udgøres af hensynet til økonomiske og forretningsmæssige nødvendigheder.

224. Jf. *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 56, *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 165 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 27, og *Jytte Heje Mikkelsen*: Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar, 1995, s. 65 ff. Synspunktet – og den dermed forbundne realitetsprøvelse – synes at være båret af en omgælsesankegang.

eller anpartsselskab. Dette gælder navnlig, hvor etableringen af selskabet alene sker med henblik på at omgå de mindstekrav, der gælder til indbetaling af selskabskapitalen i ASL § 1, stk. 3 og ApSL § 1, stk. 3. Sådanne selskaber skal følgelig registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Såfremt der selskabsretligt er tale om et registreringspligtigt selskab, opnår selskabet retsevne ved selve registreringen. Tilsvarende synes at fremgå forudsætningsvis af dommen i UfR 1998, 1088 Ø, og Industriministeriets Erhvervsankenævns kendelse af 7.1. 1993²²⁵. I begge sager, der vedrører tiden før indførelsen af lov om erhvervsdrivende virksomhed, kunne det konkrete samarbejde ikke anses som en selvstændig juridisk person, da det ikke adskilte sig væsentligt fra aktie-/anpartsselskabsformen. Konsekvensen af dette kan være, at selskabet må kvalificeres som et uregistreret aktie- eller anpartsselskab, hvilket blandt andet har den konsekvens, at selskabet ikke udgør et selvstændigt retssubjekt, jf. LEV § 12. Synspunktet er, at et selskab ikke alene skal opfylde de formelle krav til selskabsformen, men i et vist omfang tillige reelt skal svare til denne selskabsforms karakteristika, og ikke i højere grad må svare til de nærliggende selskabers karakteristika²²⁶. *Carsten Fode & Noe Munck* vender sig mod denne opfattelse²²⁷. Forfatterne tager udgangspunkt i, at det må antages at være muligt at skabe kapital-selskaber, der hverken er aktieselskaber, anpartsselskaber eller A.m.b.a'ere. Forfatterne konstaterer, at selskabslovgivningen ikke bygger på en forudsætning om, at disse love har et eksklusivt anvendelsesområde, i den forstand, at kapital-selskaber inden for området alene kan stiftes som aktie- og anpartsselskaber. Det anføres, at et så afgørende brud med et af grundprincipperne i den selskabsretlige aftalefrihed må forudsætte et særligt sikkert grundlag. Under henvisning til, at der udelukkende består en udtrykkelig materiel begrænsning af anvendelsesområdet for aktie- og anpartsselskaber i forhold til andelsselskaber, jf. selskabslovenes § 1, stk. 4, finder forfatterne det nærliggende at nå til den antagelse, at der herudover gælder fuldstændig selskabsretlig valgfrihed²²⁸. Konsekvensen af dette standpunkt synes at være den, at

225. Jf. Årsberetningen 1993, s. 254.

226. *Carsten Fode & Noe Munck* påviser i *Valg af selskabsform*, 2000, s. 277, at denne tankegang til dels er fraveget gennem senere praksis til fordel for et mere formalistisk synspunkt.

227. Jf. *Valg af selskabsform*, 2000, s. 278 ff.

228. *Op.cit.*, s. 281.

eksempelvis et S.m.b.a. kan registreres som sådanne trods betydelig lighedstræk med aktie- og anpartsselskabsformen.

Afgrænsningen mellem aktie- og anpartsselskaber og andre selskaber med begrænset hæftelse er ikke klar, men er nødvendig, uanset hvilken holdning man indtager, til spørgsmålet om selskabslovenes eksklusivitet²²⁹. Det er således af en vis betydning at sikre, at selskaber der etableres som andre selskaber med begrænset hæftelse, ikke i realiteten udgør aktie- eller anpartsselskaber. Det er særligt værd at holde sig for øje, at det ikke er etiketten der er afgørende for den selskabsretlige kvalifikation²³⁰. Også i selskabsretlig henseende ses der på realia frem for udelukkende formalia. Den selskabsretlige kvalifikation beror i stedet på en konkret vurdering. Tidligere indgik hæftelsesforhold som det overvejende kriterium i forbindelse med typeinddelingen af ulovregulerede selskabstyper. I nutidig selskabsret synes det snarere at være opfattelsen, at hæftelsesforholdene ikke kan være eneafgørende ved kvalifikationen af sammenslutninger²³¹. Der foretages en samlet vurdering af den konkrete selskabsopbygning, hvori f.eks. hæftelsen, ledelsesstrukturen, beslutningsproceduren mv. kan indgå²³². Det afgørende er, at man sørger for, at der er væsentlig forskel på det stiftede selskab og aktie- og anpartsselskabsformen. Afgrænsningen skal på dette punkt foretages med udgangspunkt i de fremhævede karakteristika, der kendetegner aktie- og anpartsselskabsformen. Selskabslovene afgrænser i § 1, stk. 4, anvendelsesområdet fra *selskaber med andelskarakter*, jf. herom ovenfor. Forskellen mellem aktie-/anpartsselskabet og andelsselskabet ligger blandt andet i *hovedformålet* bag selskabsdannelserne; altså »erhvervsdrivende« i forhold til »andelsformålet«, jf. LEV § 4, og selskabslovenes § 1, stk. 4. Andelsvirksomhederne har til formål at opfylde deres medlemmers behov for forsyning eller afsætning (andelsformålet)²³³. Hertil kommer *overskudsfordelingsmåden*, der adskiller sig markant mellem selskabsformerne derved, at andelsselskaberne fordeler overskuddet på baggrund af den omsætning, medlemmerne har haft

229. Se om afgrænsningen *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 109 ff og samme i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 165 ff, og *Carsten Fode & Noe Munk*: Valg af selskabsform, 2000, s. 281 ff.

230. Jf. *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 14 f, *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 165 f og samme: Boligselskaber i selskabsform, 1993, s. 49 samt *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 4.

231. Jf. *Mette Neville* op.cit., s. 167.

232. Jf. *Mette Neville* op.cit., s. 167.

233. Jf. *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 10.

Del IV – Konfrontation

med selskabet bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital, jf. atter LEV § 4, og selskabslovenes § 1, stk. 4. Er det herefter klart, at de lovgivningsmæssige betingelser er opfyldt, er det uden betydning, om andelsprincipperne i øvrigt er tilsidesat, for eksempel gennem lukket deltagerkreds, overdragelsesadgang eller stemmeret i forhold til kapitalindskud, idet disse kriterier ikke vedrører de lovmæssige betingelser²³⁴. De nævnte *andre kriterier*, der normalt spiller en afgørende rolle ved afgrænsningen mellem forskellige personsammenslutninger, indtager en mere begrænset rolle ved afgrænsningen mellem aktie-/anpartsselskaber og andelsselskaber, idet vedtægtspraksis udviser betydelige variationer²³⁵. Dette gælder således forholdene vedrørende hæftelse, deltagerkreds, kapitalforhold, ledelse mv. Disse kriterier kan få betydning i situationer, hvor der er tvivl om tilstedeværelsen af et andelsformål. Et andelskendetegn kan siges at være *vekslende medlemskreds*, hvorunder det kan være relevant at se på, om nogle personer har krav på deltagelse. Et sådant forhold kendetegner typisk et andelsselskab, hvorimod deltagelse i et aktieselskab bestemmes af ejerskab til selskabets aktier. Der gælder ikke kapitalkrav for andelsselskaber. I praksis er andelsselskabernes *kapitalforhold* forskellige, og der vil ofte være tale om en vekslende kapital eller en garantikapital. I modsat fald taler det for tilstedeværelsen af et aktie-/anpartsselskab²³⁶. *Hæftelsen* er forskellig i andelsselskaber. Således følger det af andelsrettens deklatoriske regler, at medlemmerne hæfter personligt, solidarisk og subsidiært for gælden i selskabet, hvorimod det i praksis ofte er således at der opereres med en hæftelsesbegrænsning for medlemmerne. Der findes ofte *stemmeretsbegrænsninger* i andelsselskaber, hvorved stemmeretten kan adskille sig fra, hvad der kendetegner aktie- og anpartsselskabet. Afgrænsningen mellem aktie-/anpartsselskaber og andelsselskaber er relevant, idet sidstnævnte, overvejende bestemt af kapitalkravene til førstnævnte, anvendes som alternativ til førstnævnte. Drives der uregistreret virksomhed af et såkaldt andelsselskab, der ikke opfylder betingelserne for at kunne være et andelsselskab, kan der ikke anerkendes

234. Jf. Erik Hørlyck: Dansk andelsret, 2000, s. 9.

235. Jf. herom Bernhard Gomard: Selskabsretten, 1999, s. 125 ff, Mette Neville op.cit., s. 170 f, og Erik Hørlyck: Dansk andelsret, 2000, s. 8 ff.

236. Jf. Erik Hørlyck op.cit., s. 9, der anfører, at det i praksis navnlig er afgørende om der er tale om vekslende deltagerkreds og vekslende kapital, og herved imødegår Ernst Dyrbye i UfR 1996 B, s. 13 ff, der finder at disse kriterier udgør de afgørende kriterier for afgrænsningen.

hæftelsesbegrænsning, og der vil hæftelsesmæssigt blive tale om et interessentskabslignende foretagende, jf. LEV § 9, stk. 2.

7.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Eventuelle samspil mellem skatteret og civilret kan herefter identificeres. (1) Således kan der være tale om en direkte skatteretlig anvendelse af den civilretlige begrebsverden. Dette er udgangspunktet, og en konkret konfrontation vil vise, om dette stadig er tilfældet eller ej. Derimod er der ikke kongruens ved anvendelse af aktieselskabsbeskatningsformen²³⁷. Ligeledes gælder det, jf. nedenfor, at visse aktieselskabslignende selskaber inddrages under aktieselskabsbeskatningen via SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

(2) Der er endvidere mulighed for, at der ved anvendelse af aktieselskabsbegrebet opstår en selvstændig skatteretlig civilret.

I det følgende undersøges, hvorvidt der kan identificeres kongruenskrav og/eller kongruensbehov, ligesom det efterfølgende undersøges, om et sådant krav er tilsikret mellem den skatteretlige og den selskabsretlige anvendelse af aktie- og anpartsselskabsbegrebet. Analysen tager udgangspunkt i nogle retligt forekommende og relevante problemstillinger. Hermed er evalueringsprocessens trin 1 gennemløbet, og i det følgende behandles trin 2.

7.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Aktie- og anpartsselskaber udgør selvstændige skattesubjekter, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Konstateringen af aktie- og anpartsselskabers fulde skattepligt knytter sig som udgangspunkt direkte til den selskabsretlige begrebsdannelse²³⁸. Også for visse andre juridiske personer gælder det,

237. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 41. Heri ligger en central erkendelse. Et indregistreret aktieselskab kan således fritages fra aktieselskabsbeskatning såfremt der er af kooperativ karakter. Se også hertil pkt. 3 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, om selskabsskatteloven, hvor det anføres, at et aktieselskab kan blive skattepligtigt efter andelsselskabsbeskatningsreglerne, hvis en sammenslutning, selv om den er indregistreret som et aktieselskab, fungerer som andelsselskab. Se herom videre SKMD 1971, s. 100, nr. 73, TfS 1990, 233 LSR og TfS 1990, 264 TS. *Aage Michelsen* bemærker i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 704, at kooperationsbeskatning af et aktieselskab viser en disharmoni mellem selskabsretten og skatteretten, idet sådanne selskaber selskabsretligt ikke burde være registreret som et aktieselskab, jf. ASL § 1, stk. 4.

238. Selvom SEL § 1 udelukkende henviser til indregistrerede aktieselskaber, gælder det

at den skatteretlige kvalifikation foretages direkte gennem en henvisning til civilretlig lovgivning, hvorved anerkendelse som selvstændigt skattesubjekt er en ufravigelig følge af andre myndigheders registrering eller godkendelse af de pågældende juridiske personer. Disse juridiske personer skal ikke omtales yderligere²³⁹.

Der findes ingen fortolkningsbidrag vedrørende forståelsen af aktieselskabsbegrebet i forarbejderne til selskabsskatteloven²⁴⁰. Skattepligtsbestemmelsen for aktieselskaber uddybes ikke nærmere i disse bemærkninger. I et vist omfang videreførte selskabsskatteloven af 1960 dog formentlig blot de tidligere gældende skattepligtsbestemmelser fra SL § 2, stk. 5²⁴¹. Bestemmelsen om subjektiv skattepligt blev ikke ændret i forbindelse med gennemførelsen af den første aktieselskabslov fra 1917

samme for anpartsselskaber idet ApSL § 83 medfører, at begrebet aktieselskaber, der er anvendt i love, der er vedtaget før 1.1. 1974, tillige omfatter anpartsselskaber. Se generelt om skattepligt for aktie- og anpartsselskaber Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, pkt. 3, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 15 ff, *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 53 ff, *Jan Pedersen m.fl.*: Skatteretten 2, 2004, s. 326 ff, *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997 ad § 1, *John Engsig m.fl.*: Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 703 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 82 ff, *Robert Koch-Nielsen*: Indkomstskatten, 1970, s. 258 ff, *Mogens Glistrup*: Skatteret, 1957, s. 544 ff, *Henrik Dam m.fl.*: Skatteret – Speciel del, 2005, s. 447 ff samt *Henrik Landt & Hans-Jørgen Mailand*: Beskatning af selskaber og foreninger, 1979, s. 22 ff, *Jørgen Andersen*: Vejledning i aktieselskabsbeskatning m.m., 1966, s. 14, *J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså*: Beskatning af selskaber og aktionærer mv., 1961, s. 15 ff samt LV 2005, S.A.1.

239. Der er tale om sparekasser mv. som omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 a, idet det er en forudsætning for skattepligten at sparekassen mv. er omfattet af lov om finansiel virksomhed, Post Danmark, Værdipapircentralen, jf. nr. 2 c, DSB, jf. nr. 2 d, elselskaber, jf. nr. 2 e, kommuner, der driver netværksvirksomhed og øvrig virksomhed, som enten er omfattet af elforsyningslovens § 2, stk. 1 eller undtaget efter § 2, stk. 4 fra elforsyningslovens bestemmelser, realkreditinstitutter og visse fonde og foreninger som nævnt i lov om finansiel virksomhed, Kreditforeningen af Kommuner i Danmark, Landsbankernes Realkreditfond, Danmarks Skibskreditfond og Dansk Eksportfinansieringsfond, jf. nr. 5 b.

240. Jf. FT 1959/1960 A, sp. 1049 f, og FT 1959/1960 B, sp. 1501 og 1581.

241. Ifølge denne bestemmelse omfattede den ubegrænsede skattepligt: »... her i landet hjemmehørende Aktieselskaber, Kommanditaktieselskaber og andre Selskaber med begrænset Ansvar ...«. Se herom *V. Anthon*: Statsskatteloven, 1928, s. 65 ff. SL § 2, nr. 5 a, var baseret på hovedsædekriteriet, jf. *V. Anthon* der op.cit., s. 9 anfører: »... Om et Selskab eller en Forening kan anses for hjemmehørende her i Landet, beror paa, om vedkommende Selskabs eller Forenings Bestyrelse eller Hovedkontor finder her i Landet ...«. Denne passus er en ordret gengivelse af det om forholdet anførte i Vejledning til 1912 Statsskatteloven, s. 9. Højesteret fortolkede også begrebet i overensstemmelse med kriteriet om ledelsens sæde, jf. UfR 1918, 39 H *Det Danske Gaskompagni*.

og ej heller ved den efterfølgende revision af statsskatteloven i 1922²⁴². Først ved indførelsen af selskabsskatteloven i 1960 blev indregistrering særskilt angivet i skattepligtsbestemmelsen for aktieselskaber.

Der er almindelig enighed om, at aktieselskabsbegrebet direkte er overtaget fra selskabsrettens begrebsverden²⁴³. Aktie- og anpartsselskabers skatteretssubjektivitet følger som udgangspunkt den selskabsretlige registrering. Det skatteretlige aktie- og anpartsselskabsbegreb er derfor kongruent med selskabsretten, og der er som hovedregel ikke behov for en selvstændig skatteretligt kvalifikation. Registreringsmomentet er således efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1 af afgørende betydning ved den skatteretlige definition af aktieselskabet. Retssubjektivitet og skattesubjektivitet følges som udgangspunkt ad. Aktie- og anpartsselskaber udgør derfor også selvstændige skattesubjekter. Eventuelle fravigelser fra dette skatteretlige udgangspunkt må derfor tillige antages at udgøre en fravigelse fra det selskabsretlige udgangspunkt.

Det er velkendt, at aktie- og anpartsselskaber er karakteriseret ved et princip om hæftelsesbegrænsning, udtrykt således i både aktieselskabslovens og anpartsselskabslovens § 1, stk. 2: »*Aktionærerne i et aktieselskab [anpartshaverne i et anpartsselskab] hæfter ikke personligt for selskabets forpligtelser*»²⁴⁴. Dette grundprincip fraviges i visse situationer. Således foretages der i civilretten identifikation i visse – om end sjældne – situationer, ligesom egentlige hæftelsesgennembrud er blevet anerkendt i nyere tid. Disse forhold skal have in mente ved den følgende skatteretlige analyse af forholdene.

Det bemærkes indledningsvis, at evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger ikke medfører indskrænkninger i analysens berettigelse, idet det er meningsgivende at behandle problemstillingen med udgangspunkt i evalueringsmodellens analyseramme.

Udgangspunktet i henhold til første grundbetragtning er som bekendt, at disciplinerne er autonome. Skatteretten kan således som udgangspunkt udforme egen begrebsdannelse, for så vidt angår spørgs-

242. Jf. Niels Winther-Sørensen i Festskrift til Aage Michelsen, Paul Krüger Andersen m.fl. (red.), 2000, s. 321.

243. Jf. V. Anthon i UfR 1918 B, s. 121, der anfører, at Landsskatteoverrådet ved spørgsmålet om hvad der i skatteretlig henseende kræves til et aktieselskab, har fulgt den almindelige juridiske definition af begrebet. Se også Thøger Nielsen i J 1961, s. 611 og s. 613, og J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså: Beskatning af selskaber og aktionærer mv., 1961, s. 17.

244. Erik Werlauff finder det bedre at benævne grundsætningen som hæftelsesindkapsling, jf. TfS 1997, 822, og samme i Selskabsmasken, 1991, s. 54.

Del IV – Konfrontation

målet om skattesubjektivitet. Imidlertid er der dog stærke holdepunkter for, at dette udgangspunkt må fraviges. Således må udgangspunktet modificeres, idet der kan siges at bestå krav om kongruens på dette område. Det skal hertil bemærkes, at forudsætningerne for at opstille et kongruenskrav synes tilstedeværende, idet det er meningsgivende at lade skattesubjektiviteten for aktie- og anpartsselskaber følge retssubjektiviteten hos samme, samt at den civilretlige stillingtagen til spørgsmålet er uomtvistelig.

Når der videre henses til de enkelte pejlemærker til udfindelsen af kongruenskrav, fremgår med en vis klarhed, at aktie- og anpartsselskaber som retlige fænomener som udgangspunkt bør respekteres i skatteretten. Uddybende er denne antagelse baseret på de forhold:

- at begrebet har stor betydning i selskabsretten.
- at det bagvedliggende hensyn generelt har stor betydning.
- at begrebet og hensynet er fundamentalt i selskabsretten.
- at begrebet er udviklet med en vis tydelighed i lovgivningen, og der levnes hermed et lille spillerum til fortolkning af begrebet.
- at begrebet udgør et passende udtryk for de reelle strømme eller forhold, idet det må lægges til grund, at formaliteten faktisk udgør realiteten. I relation til spørgsmålet om hvorvidt begrebet er adækvat udtryk for økonomiske realiteter, må det således fremhæves, at formaliteten i relation til selskabsdannelser netop er realiteten, idet begrebet er et kunstigt og af retsordenen frembragt fænomen, hvorfor den juridiske person er en fiktion.
- at det er et dokumenteret faktum, at aktie- og anpartsselskabsbegrebet i skatteretten er lånt fra selskabsretten, eller rettere at der er tale om en direkte afkalkering af det selskabsretlige begreb, selvom selskabsskattepligten ikke altid følger aktie- og anpartsselskabsdefinitionen.
- at praktisk håndterbarhed tilsiger ensartet begrebsanvendelse.

Hermed står det klart, at mange forhold taler for at stille krav/konstatere behov om/for kongruens ved anvendelsen af aktie- og anpartsselskabsbegrebet i skatteretten og selskabsretten. Dette gælder såvel i relation til den retskildebestemte kongruens og den koordinationsbestemte kongruens. I begge relationer må det yderligere anføres, at just nævnte forhold taler for, at der er tale om stærke kongruensbehov- eller krav. Det er naturligvis en forudsætning herfor, at de retlige konstruk-

tioner i givne situationer faktisk lever op til selskabsrettens krav til sådanne, førend disse kan karakteriseres som aktie- og anpartsselskaber. Dog skal det som nævnt have for øje, at der også i selskabsretten tillades fravigelser fra udgangspunktet om hæftelsesindkapsling og adskillelsen i selskab og selskabsdeltagers retssubjektivitet. Dette forhold leder til at antage, at der i stedet er tale om et *middelstærkt koordinations- og retskildebestemt kongruenskrav*. Heri ligger således også, at det netop heller ikke udelukkes, at et tungtvejende skatteretligt hensyn kunne identificeres, hvorved en eventuel fravigelse måtte tolereres. Det er givet, at en i skattelovgivningen hjemlet fravigelse må respekteres, men dette er ikke ensbetydende med, at fravigelsen ikke kan anfægtes ud fra en systematisk- og koordinationsbetinget betragtningsmåde.

Med disse betragtninger er evalueringsprocessens trin 2 gennemløbet, og analysen i det følgende samler sig følgelig om trin 3 og 4. Det konstaterede kongruenskrav og kongruensbehov konfronteres således med den retlige virkelighed om aktie- og anpartsselskabers skattesubjektivitet.

7.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3

7.4.1. Kravet om erhvervsmæssig virksomhed

Som nævnt kan kravet om, at selskabet skal være erhvervsdrivende opfyldes i selskabsretlig henseende af selskaber, der har som overordnet formål at indvinde økonomisk udbytte. Det er i denne forbindelse uden betydning, om det af selskabet indvundne udbytte skal fordeles mellem selskabsdeltagerne, eller om det skal fordeles til andre. Et aktie- eller anpartsselskab betragtes som erhvervsdrivende, uanset hele det indvundne overskud i henhold til vedtægterne skal fordeles til almennyttige formål. Det er et nærliggende spørgsmål, hvorvidt der er grundlag for at fortolket begrebet »erhvervsdrivende« i skatteretlig henseende på en herfra fravigende måde. Denne problemstilling står centralt i praksis om fortolkningen af en række skattebestemmelser, jf. eksempelvis LL § 8 J. Efter denne bestemmelse kan udgifter til advokat og revisor, der er affholdt i forbindelse med *etablering af en erhvervsvirksomhed* eller udvidelse af en bestående erhvervsvirksomhed, fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst.

Denne bestemmelse er hidtil blevet fortolket snævert i administrativ

praksis og en enkelt Landsretsdom²⁴⁵. Herefter blev et selskabs besiddelse af aktier ikke anset som erhvervsvirksomhed i LL § 8 J's forstand. Med andre ord udgjorde holdingfunktionen ikke erhvervsmæssig virksomhed. Landsretten henså særligt til, at nok skal begreberne »etablering« og »udvidelse« fortolkes bredt efter Cirk. nr. 72 af 17.4. 1996, men at der ikke fandtes støtte for en tilsvarende bred fortolkning af udtrykket »erhvervsvirksomhed«²⁴⁶. Denne praksis har været forelagt Højesteret, jf. TfS 2004, 542 H *Johnson Holding ApS*.

Johnson Holding ApS blev stiftet i 1997 ved en skattefri aktieombytning. Selskabet kom herved til at eje 100% af aktierne i et datterselskab. Holdingselskabet erhvervede en post obligationer i 1998. Af holdingselskabets regnskab fremgik, at selskabet aktivitet består i at eje aktier i datterselskabet. Holdingselskabets indtægter bestod af resultatet fra datterselskabet samt renteindtægter fra obligationer, indeståender og lån til datterselskabet. Holdingselskabet fratrak ved indkomstopgørelsen for 1997 udgifter til advokat og revisor vedrørende stiftelsen af holdingselskabet. For indkomståret 1998 fratrak selskabet udgifter til revisor og regnskabsassistance. Den kommunale skattemyndighed underkendte samtlige fradrag. Landsskatteretten indrømmede fradrag for udgifterne til revision og regnskabsassistance, jf. SL § 6 a, men fandt ikke at der var fradrag for stiftelsesomkostningerne i medfør af LL § 8 J. For Østre Landsret drejede sagen sig alene om stiftelsesomkostningerne. Som omtalt ovenfor fandt Landsretten ikke, at holdingaktiviteten kunne anses for at udgøre »erhvervsvirksomhed«, hvorfor der ikke var fradrag i medfør af LL § 8 J, jf. TfS 2002, 993.

Højesterets flertal (3 dommere ud af 5) tilsidesatte Landsrettens dom med følgende præmisser: »... Ifølge aktieselskabslovens § 1, stk. 1 og anpartsselskabslovens § 1, stk. 1, skal aktie- og anpartsselskaber være erhvervsdrivende, og det er i selskabsretten anerkendt, at kravet herom er opfyldt også for så vidt angår selskaber, hvis virksomhed alene består i at

245. Jf. TfS 2001, 92 LSR, TfS 2001, 93 LSR og TfS 2002, 993 Ø *Johnson Holding ApS*.

246. Dette synspunkt er forsvaret af to af Landsskatterettens medarbejdere, *Jane Juul Kjær & Louise Lillebæk Johansen* i TfS 2001, 98, i tilknytning til TfS 2001, 92 LSR og TfS 2001, 93 LSR. Praksis er imidlertid mødt med kritik hos *Ole Bjørn* i SR-Skat 2001, s. 145 f, og samme i SR-Skat 2002, s. 353 f, samt redaktionelt i SpO 2000, s. 386 f. Kritikken synes navnlig centeret om det forhold, at der efter opregningen i cirkulæret tillades fradrag i visse situationer, som ligger på kanten af, hvad en ordlydsfortolkning kan bære, ligesom den konkrete anerkendelse i administrativ praksis af fradrag for løbende udgifter til regnskabsmæssig assistance og revision. Se tillige kritisk *Kristian Nørskov Stidsen & Flemming Schøiler* i TfS 2001, 373.

besidde aktier eller anparter i et eller flere datterselskaber. Udgangspunktet må på denne baggrund være, at sådanne moderselskaber også anses for erhvervsdrivende ved anvendelsen af de skatteretlige regler.

Da der hverken i ordlyden af ligningslovens § 8 J, i forarbejderne til bestemmelsen eller i oplysningerne om selskabets virksomhed er holdepunkter for et modsat resultat, må etableringen af Johnson Holding ApS herefter anses for en etablering af en erhvervsvirksomhed, således at selskabet i medfør af bestemmelsen kan fradrage udgifter til advokat og revisor afholdt i forbindelse med etableringen. Dette resultat er også bedst stemmende med skattemyndighedernes anerkendelse af, at selskabet i medfør af statsskatte-lovens § 6, stk. 1, litra a, har fradragsret for de løbende udgifter til revision og regnskabsassistance ...». Mindretallet kunne af de samme grunde som Landsretten ikke tiltræde dette resultat.

Dommens resultat fremkommer under anvendelse af en almindelig fortolkningsregel, hvorefter juridiske begreber anvendes i disses almindeligt anerkendte juridiske betydning, såfremt lovgivningen anvender sådanne begreber, og ikke andet fremgår af lovens bemærkninger. Med dommen i Johnson Holding-sagen synes vi at have fået et skoleeksempel på anvendelsen af denne fortolkningsregel²⁴⁷. Dommen synes endvidere at give støtte for et standpunkt om, at en *almindelig anerkendt juridisk betydning* etableres, såfremt der på ét område indenfor civilretten opereres med en bestemt forståelse af et begreb. I sagen var det klart, at begrebet skulle afklares for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber. Trods præmissernes klarhed er det omgærdet af usikkerhed, hvor megen støtte for en afvigende forståelse af begrebet »erhvervsvirksomhed«, der skal konkret skal være til stede, før der er retskildemæssigt belæg for en sådan fravigelse i begrebsindhold.

Højesterets dom er vidtgående. Bedømmelsen af, hvad der udgør erhvervsvirksomhed i skatteretlig henseende, afhænger efter dommens præmisser af, hvad der selskabsretligt kan lade sig gøre. I selskabsretten indgår erhvervsvirksomhedsbetingelsen som forudsætning for registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som aktie- eller anpartsselskab. Højesterets dom må derfor tages til indtægt for det standpunkt, at alle registrerede aktie- og anpartsselskaber per definition udøver erhvervs-

247. Se om dommen Jakob Bundgaard i TfS 2004, 671, Anders Bjørn i R&R 2004 SM 236 ff, Ole Bjørn i SR-Skat 2005, s. 258 ff og Erik Werlauff & Nikolaj Vinther i UFR 2004 B, s. 298 ff. Dommens og dennes konsekvenser er behandlet i detaljer i Del II, kapitel 5, § 1.

virksomhed såvel i selskabsretlig som i skatteretlig henseende. Dette udgangspunkt må efter dommen opretholdes, med mindre der findes støtte for en sådan fravigelse i ordlyd eller fortolkningsbidrag.

Begrebet erhvervsmæssig virksomhed eller afarter heraf indgår i en lang række skatteregler. Det er ikke nærmere i loven præciseret, hvad en *erhvervsvirksomhed* er. Den nærmere fortolkning af, hvornår der foreligger en virksomhed, må ske ud fra almindelige skatteretlige principper under hensyntagen til aktivitetens karakter, omfang og hensigt²⁴⁸. Det kunne forventes, at Højesterets dom får generel afsmittende effekt på skatteområdet, idet skatterettens erhvervsvirksomhedsbegreb ofte beskrives som et enhedsbegreb²⁴⁹.

Som retstilstanden er i kølvandet på Højesterets dom i TfS 2004, 542, må denne afgjort bifaldes for så vidt angår samspillet mellem skatteret og civilret. Civilretten er ganske enkelt tillagt en udslagsgivende funktion, også hvad angår erhvervsvirksomhedsbegrebet, som ganske er i overensstemmelse med det konstaterede retskildebestemte kongruenskrav vedrørende aktie- og anpartsselskabsbegreberne i almindelighed. Dette krav må selvsagt gælde alle dele af aktieselskabsbegrebet, herunder også kravet om erhvervsmæssig virksomhed. Dommen er således i overensstemmelse med det forudsatte krav om kongruens.

7.4.2. Identifikation

7.4.2.1. Identifikationsbegrebet

Det absolutte udgangspunkt i selskabsretten er, at selskab og selskabsdeltager formelt set er to selvstændige retssubjekter²⁵⁰. Dog indebærer identifikationstankegangen, at der i visse ganske særlige situationer kan ses bort herfra. Heri ligger, at de der rammes heraf, stilles som selska-

248. Jf. herom *Michael Serup*: Generationsskifte – Omstrukturering, 2004, s. 309 ff. Se generelt om det skatteretlige virksomhedsbegreb *Hanne Søgaard Hansen* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 273 ff.

249. Man kan stille det spørgsmål om Højesterets dom alene får betydning for de situationer, hvor et aktiekøb er sket som en måde at foretage et tilkøb af aktivitet, idet der ikke bør være forskel på den skattemæssige behandling af virksomheds- og majoritetskøb, jf. hertil *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 213. Hvis dette er tilfældet skal det følgelig overvejes om der er fradrag i tilfælde af rene aktieinvesteringer. *Erik Werlauff*: op.cit., antager at sådanne situationer klart ikke kan være omfattet af LL § 8 J. Som Højesteret præmisser er formuleret må sådanne sondringer imidlertid være underordnede, idet begrundelsen for at tillade fradrag helt generelt synes at ligge i det forhold at Højesteret anser ethvert aktie- og anpartsselskab for at være erhvervsdrivende i henhold til LL § 8 J.

250. Dette princip benævnes i tysk ret som et »Trennungsprinzip«.

bets retssubjektivitet var borte, og der i stedet forelå et consensusdomineret personselskab med ubegrænset hæftelse for deltagerne. Identifikation indebærer således, at disse selskabsdeltagere stilles, som om de var selskabet²⁵¹. I lovgivningsmæssig henseende tilsidesættes hæftelsesbegrænsningen i flere tilfælde. For eksempel forekommer dette gennem ASL § 113, stk. 1 (ApSL § 48), der foreskriver, at midler, der er udbetalt fra et selskab til dets deltagere i strid med selskabslovenes bestemmelser, skal betales tilbage til selskabet med tillæg af rente. Ligeledes hæfter selskabsdeltageren på et objektivi grundlag for tilbagebetaling af beløb, der er udbetalt i strid med forbuddene mod henholdsvis aktionærlån og selvfinansiering i ASL § 115, stk. 1 og stk. 2 (ApSL § 49), med tillæg af rente, jf. ASL § 115, stk. 4 (ApSL § 49, stk. 4). Ligeledes fastslås det i ASL § 64, stk. 2, at en del af vederlaget til bestyrelsesmedlemmer og direktører, i visse tilfælde skal betales tilbage til selskabet, hvis dette går konkurs. Endvidere kan det nævnes, at en selskabsdeltager, der kort før selskabets konkurs fjerner midler fra selskabet, vil kunne risikere, at de foretagne transaktioner bliver omstødt i henhold til reglerne i konkurslovens kapital 8 (§§ 64 ff). Endelig skal nævnes den mulighed, der eksisterer for at selskabsdeltagere, der deltager aktivt i selskabets drift, kan ifalde erstatningsansvar i forhold til selskabets medkontrahenter efter dansk rets almindelige ulovhjemlede erstatningsregler (*culpa*-reglen)²⁵².

I koncernretten ses der også i et vist omfang bort fra det forhold, at de enkelte selskaber i en koncern udgør selvstændige retssubjekter²⁵³. I

251. Jf. Erik Werlauff: Selskabsmasken, 1991, s. 58 ff, for en præsentation af begrebet og samme i Selskabsret, 2003, s. 599 ff. Se videre Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret I – Indledning til selskabsretten, 1999, s. 73 ff, Nis Jøl Clausen: Finansiering via selskabsopsplitning, 1987, passim, og Paul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 633 ff, samt Christian Schwarz-Hansen i NTS 2001, s. 433 ff.

252. Jf. herom for aktieselskabers vedkommende ASL §§ 140-142.

253. I dansk selskabsret opfattes koncerner kun som økonomiske enheder i forbindelse med udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber (med baggrund i 7. selskabsdirektiv – 83/349/EØF). Visse særregler herudover fremkommer om forholdet mellem moder- og datterselskaber som er begrundet i det økonomiske fællesskab mellem disse koncernselskaber (og er vel nok indført i erkendelse af, at koncerner i vidt omfang er økonomiske enheder). Der påhviler såvel moder- som datterselskabet visse orienteringspligter, jf. ASL § 55. Et datterselskab er underlagt de samme begrænsninger vedrørende besiddelse af egne aktier som et moderselskab, jf. ASL § 48, stk. 6 og ApSL § 51, stk. 1. Yderligere er der efter konkrete betingelser i ASL § 49, stk. 3 (ApSL § 22, stk. 2) ret til koncernrepræsentation. På rettighedssiden kan fremhæves muligheden for at foretage koncernlån efter ASL § 115a, stk. 1 og ApSL § 50 samt muligheden for en for-

domstolspraksis (fra andre retsområder end skatteretten) er det efterhånden temmelig udbredt, at anvende identifikationssynspunkter, herunder at opfatte koncerner som én enhed²⁵⁴.

-
- simplet fusionsprocedure, jf. ASL § 134j og ApSL § 65. En egentlig anerkendelse af koncernen som en juridisk enhed findes ikke i dansk ret, jf. udgangspunktet i ASL § 65, stk. 1 og ApSL § 28, stk. 1, hvorefter ledelsesretten over datterselskaber kun kan udøves på generalforsamlingen. Moderselskaber kan således ikke indordne datterselskaber under en samlet koncerninteresse. Visse særregler modificerer efterfølgende dette udgangspunkt. Således påhviler der bestyrelsen af datterselskabet en løbende orienteringspligt til moderselskabet, i henhold til ASL § 55, 2. led. Der skal ligeledes ikke holdes generalforsamling i et 100% ejet datterselskab, hvilket må indfortolkes i ASL § 65 (ApSL § 28) (jf. 12. selskabsdirektiv art. 4) og moderselskabets bestyrelses formue-tilsyn omfatter tillige selskabets datterselskaber. Se herom *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 449 ff, samme i Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 514 ff, *Bernhard Gomard*: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, 1997, s. 52 ff, og samme i Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2000, s. 58 ff, samt *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 43 ff, og samme i Selskabsret, 2003, s. 599 ff og endelig *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 465 ff.
254. Således måtte en eneaktionær i UfR 1998, 166 Ø, tåle en identifikation med sit selskab, idet vedkommende havde fortiet oplysninger om mangler ved en fast ejendom. Se ligeledes UfR 1999, 326 Ø, hvor en eneanpartshaver måtte hæfte på lige fod med AApS for eventuelle krænkelse af enerettigheder i henhold til ophavsretsloven som følge af parallelimport af piratkopierede edb-programmer. Identifikation er ikke alene mulig for så vidt angår formueretlige krav. UfR 1996, 12 V, udgør et eksempel på identifikation i strafferetlig henseende. Karakteristisk for praksis på koncernområdet er, ligesom for lovgivningens vedkommende, at tankegangen oftest benyttes i forbindelse med pålæg-gelse af ulemper for koncernerne. Praksis er gennemgået af *Erik Werlauff* i SU 1998, 178, i forbindelse med modregning ved tilbagebetaling af AMBI. Generelt slutes det efter gennemgangen, at der skal være meget tungtvejende begrundelser for koncerni-identifikationen, og at det normalt skal være således, at koncernen som helhed ellers i bestemte henseender kan omgå visse forpligtelser. Se også samme forfatter i Selskabsret, 2003, s. 599 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II – kapital-selskaber, s. 454 f og *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1995, s. 336 ff. Til skade for selskaberne findes UfR 1978, 880 V *Inka Print* (moratorie-kreditor oprettede finansieringsselskab, der imidlertid ikke drev reel, selvstændig virksomhed og derfor identificeredes med konkursramt selskab), UfR 1980, 806 V *Frigor* (datter-selskab oprettet proforma af lønmodtagerhensyn; identifikation efter konkurs), UfR 1996, 12 V (identifikation af selskaber med samme direktør i relation til gentagelses-virkning ved straf efter arbejdsmiljøloven), UfR 1997, 400 H (identifikation i arbejds-retlig henseende derved at forpligtelser overfor medarbejderne ansås for overdraget i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse), TfS 1997, 780 H *Nina Færgemann* (ob-jektivt hæftelsesgennembrud over for søsterselskab, på grund af formuesammenblan-ding). Her overfor er der en mere sparsom *fordelspraksis*; UfR 1994, 621 H (Dagrofa; koncernen blev betragtet som en enhed i relation til omstødelse; omstødelse kunne derfor ikke ske). EF-domstolen lader derimod til at være mere tilbøjelig til at opfatte koncerner som én enhed når dette medfører fordele for koncernerne end tilfældet er det for ulemper. *Erik Werlauff* fremhæver hertil visse afgørelser indenfor udbudsretten (afgørelse af 14/4 1994, Ballast Nedam Groep), konkurrenceretten (dom af 24/10 1996, Parker, ad TEF art. 85), om lovvalg (afgørelse af 10/9 1996 i sagen C-222/94, Kom-missionen mod Storbritannien), mens to skadegørende afgørelser fremhæves gennem

Identifikationsbegrebet kan have visse lighedspunkter med begrebet »hæftelsesgennembrud« (ansvarsgennembrud). Ved hæftelsesgennembrud kan forstås, at en domstol efter en konkret vurdering uden lovhjemmel, tilsidesætter princippet om begrænset hæftelse, således at en eller flere af et selskabs kreditorer får adgang til at rette et krav, der oprindeligt bestod mod selskabet, mod dets selskabsdeltagere i stedet²⁵⁵. Hæftelsesgennembruddet vedrører altså forholdet til selskabets kreditorer. Identifikationsterminologien dækker over en videre synsvinkel, om end med en vis overlapning med problemerne vedrørende hæftelsesgennembrud²⁵⁶. Identifikationssynspunktet går på, at i og for sig selvstændige retssubjekter i en eller flere (alle) sammenhænge behandles som en enhed²⁵⁷. Identifikation indebærer en tilsidesættelse af det enkelte selskabs juridiske selvstændighed. En sådan fravigelse kommer ikke på tale i forbindelse med et hæftelsesgennembrud, hvor udelukkende en fravigelse fra det selskabsretlige udgangspunkt om selskabsdeltagernes begrænsede hæftelse forekommer. Som omtalt ovenfor kendes identifikationssynspunktet fra mange retsområder herunder eksempelvis: selskabsretten, skatteretten, momsretten, udbudsretten, erstatningsretten, konkursretten og arbejdsretten.

Det har gennem tiderne været diskuteret, om der kunne statueres et egentligt ulovhjemlet hæftelsesgennembrud overfor et selskabs deltagere på selskabsrettens område. For den nyeste praksis i denne relation kan henvises til TfS 1997, 780 H om Midtfyns festivalen. Som en følge af den nævnte højesteretsdom synes det nu anerkendt i dansk ret, at hæftelsesgennembrud kan finde sted i visse situationer²⁵⁸. Som det ses,

værnetingsagen i EF-Domstolens afgørelse af 9/12 1987, sag 218/86, Parfums Rotschild og afgørelse af 20/6 1991, sag C-60/90, Polysar fra momsretten. Hertil kan måske føjes endnu en kategori til skade for koncernerne, nemlig doktrinen om varemærker med fælles oprindelse, hvor der sker konsumtion af eneretten såfremt der er én enheds kontrol idet der herved automatisk sket opfyldelse af det afgørende kriterium om samtykke (bedømt efter TEF art. 30 og 36). Overvejelserne herom fremkommer blandt andet i domstolens dom af 22/6 1994 i sag C-9/93 (Ideal-Standard GmbH mod Wabco Standard GmbH) og dom af 22/6 1976 i sag 119/75 (Terrapin Ltd. mod Terranova Industrie C.A. Kapferer & Co.).

255. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 79.

256. Jf. *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 635.

257. Hermed må det antages at enhedsteorien og identifikationsterminologien dækker over det samme.

258. Jf. domskommentaren af højesteretsdommerne *Børge Dahl & Jørgen Nørgaard* i UfR 2000 B, s. 399 ff, og i tilslutning hertil *Christian Schwarz-Hansen* i NTS 2001, s. 433 ff. I TfS 1997, 822 gennemgår *Erik Werlauff* konsekvenserne af denne dom og tager den til indtægt for et synspunkt om hæftelsesgennembrud. Nogle forfattere finder, at dommen

Del IV – Konfrontation

er det kendetegnende for den civilretlige retstilstand, at der i visse situationer accepteres identifikation og endnu sjældnere hæftelsesgennembrud.

Herved skal det ved en skatteretlig vurdering af, hvorvidt en fravigelse fra et kongruenskrav bør accepteres, tages i betragtning, at der også civilretligt til tider sker en sådan fravigelse. Overført til skatterettens område indebærer identifikationstankegangen, at der bortses fra selskabets og dets deltagers selvstændige skattesubjektivitet²⁵⁹. Selvom det skatteretlige udgangspunkt er, at der ikke skal ske identifikation mellem selskaber og selskabsdeltagere, sker det i visse tilfælde at selskabsdeltagere identificeres med selskaberne. Det må imidlertid lægges til grund, at undtagelser fra udgangspunktet om at selskaber og aktionærer eller anpartshavere er to forskellige ting, formentlig kræver hjemmel²⁶⁰.

terminologisk ikke kan være udtryk for hæftelsesgennembrud, idet der i sagen var tale om søsterselskaber, jf. eksempelvis *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 75. Se også *Bernhard Gomard* i UfR 1998 B, s. 175 ff, *Jesper Lau Hansen*: Informationsmisbrug, 2001, s. 386, og *Jan Schans Christensen*: Kapitalselskaber, 2003, s. 131. Dog skal det erindres, at hovedanpartshaveren gennem det ene selskab indirekte ejede 20% af det andet i hvilket han direkte ejede 35% af anpartskapitalen. I den nævnte artikel af *Christian Schwarz-Hansen* foretages en afvejning af fordele og ulemper i forbindelse med en generel kodifikation af hæftelsesgennembrudsinstitutet i dansk ret. Det konkluderes, s. 447 f, at en eventuel lovfæstelse ikke bør være generel, men snarere bør rette sig mod forskellige kreditorgrupper og retsområder der må antages at have et særligt beskyttelsesbehov.

259. De generelle udslag af skatteretlig identifikation analyseres hos *Erik Werlauff* i forfatterens doktorafhandling, *Selskabsmasken*, 1991, s. 117 ff. Se også *I. A. Strobel* i SpO 1992, s. 146, og *Kjeld Hemmingsen & Peter Dyhr* i *Cahiers de Droit Fiscal International*, The disregard of a legal entity for tax purposes, Vol. LXXIVa, 1989, s. 249 ff. Se generelt om spørgsmålet *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. L XXIVa, 1989, Disregard of a legal entity for tax purposes, særligt generalrapporten af *Condorcet Pereira de Rezende*, s. 19 ff. I svensk ret anvendes begrebet »genomsyn» om forholdet, om end genomsyn er et noget bredere begreb, jf. herved *Göran Landerdahl*: Genomsyn av handelsbolag vis inkomstbeskattning, i *Studier i skatterätt tillägnade Nils Mattson på femtioårsdagen*, 1998, Per Thorell (red.), s. 51 ff, der s. 52, definerer termen. Dog fremkommer denne definition som følge af en konstateret usikkerhed om begrebets nærmere indhold. Det svenske begreb lader til at kunne rumme det danske identifikationsprincip og transparensprincippet (eller en særegen partiel transparens, idet handelsbolag ikke udgør skattesubjekter) for personselskaber. *Stig von Bahr* anvender i SN 1988, s. 367 ff, begrebet som værende udtryk for en skatteretlig helhedsbedømmelse. Tilsvarende anvendes begrebet »gjennomsjæring» i norsk ret om det forhold, at man ser bort fra lovgivningens hovedregel om at selskaber og deres aktionærer skal holdes adskilte på rent formelle kendetegn, jf. *Håkon Lochten* i *Skatterett* 2000, s. 107 ff (126).
260. Jf. *I. A. Strobel* i SpO 1992, s. 150. Forfatteren fremhæver ganske vist de ældre nullitetsdomme (UfR 1934, 35 H), der tilsyneladende var udtryk for, at der ikke krævedes hjemmel til en identifikation. Det konstateres dog, at resultatet kan hænge sam-

7.4.2.2. Frivillig identifikation

Der synes ikke at forekomme frivillig identifikation i skatteretlig retspraksis²⁶¹. Derimod kan nævnes adskillige lovgivningsmæssige udslag af frivillig identifikation i skatteretten. Som følge af at selskaber er selvstændige skattesubjekter, vil overdragelser mellem selskab og aktionærer beskattes som alle andre ejerskifter. Dette gælder også for koncerninterne overdragelser af forskellige aktiver. Dette har dog vist sig, at hæmme *generationsskifter og omstruktureringer*, som i øvrigt anses som erhvervspolitisk ønskværdige. Af denne årsag er der indført særlige identificerende regler, der indebærer, at der sker en *succession* hos aktionærerne. Dette kommer navnlig til udtryk i virksomhedsomdannelsesloven, fusionsskatteoven og reglerne om ugentlig fusion i ABL § 13, samt fusionsbeskatningsdirektivet (90/434/EØF). Succession er også udtryk for en skatteretlig identifikation.

Baggrunden for *virksomhedsomdannelsesloven* fremgår af FT 1982/83 Tillæg A, sp. 1607 FF. Heraf fremgår det, at der er givet mulighed for, at omdannelse af en eksisterende virksomhed til aktie- eller anpartsselskab kan foretages, uden at der ved omdannelsen sker en beskatning hos stifteren for at forhindre, at i øvrigt ønskværdige selskabsdannelser besværliggøres og for at lette generationsskifter mv.

Omstruktureringsreglerne om fusion, tilførsel af aktiver og spaltninger i fusionsskatteoven er baseret på et successionsprincip²⁶², hvorved det slagordsagtigt kan siges, at den ophørs- og afståelsesbeskatning der normalt ville finde sted, nu i stedet ses i et koncernperspektiv. Baggrunden for de oprindelige danske regler om fusion fremgår af forarbejderne til dagældende Lov nr. 143 af 2.5. 1967, hvor det fremhæves, at loven havde til formål at forhindre, at der lægges skattemæssige hindringer i vejen for erhvervslivets behov for koncentrationer i form af

men med, at de selskabsretlige regler var sjoflet i en grad, som nok ikke lod sig gøre i dag. Endelig konstateres det, at Højesteret siden har afvist alle forsøg på at beskatte selskabets indkomst hos aktionærerne og omvendt. Der henvises i denne forbindelse særligt til UfR 1966, 416 H, og UfR 1966, 65 H. *Strobel* konkluderer derfor, s. 151, at når skatteyderne vælger at operere gennem et selskab, fanger bordet. På den anden siden får skattemyndighederne heller ikke lov til at se bort fra selskabets eksistens.

261. Se eksempelvis TfS 2004, 586 Ø *Irlund Invest II ApS*, hvor Landsretten bemærkede, at »... Ved bedømmelse af forholdet imellem et moderselskab og dets datterselskab er udgangspunktet, at der er tale om to selvstændige juridiske personer. Uden lovhjemmel eller uden helt særlige holdepunkter, som det bl.a. forudsættes for at statuere hæftelsesgenmembrud mellem to selskaber, kan moder- og datterselskaber ikke identificeres med hinanden ...«.

262. Det skatteretlige successionsprincip er ikke at forveksle med selskabsrettens universal-succession.

fusioner, der ud fra strukturrationaliseringssynspunkter måtte anses for at være hensigtsmæssige. Loven var for snæver og restriktiv og er siden ændret og lempeliggjort flere gange. Baggrunden for lovgivningen lader således til at være drevet af et ønske om skattemæssigt set neutrale regler. Som nævnt er der på baggrund af L 20 ved Lov nr. 219 af 3.4. 1992 skabt forøget skattemæssig mulighed for grænseoverskridende fusioner, jf. FUL § 15. Baggrunden herfor er som bekendt fusionsbeskatningsdirektivet 90/434/EØF. Det overordnede formål bag direktivet fremgår direkte af præamblen, hvori det specificeres, at den grundlæggende tanke bag direktivet er at skabe mulighed for grænseoverskridende omstruktureringer i erhvervslivet i EU for derved at sikre det indre markeds funktion gennem indførelsen af konkurrencemæssigt neutrale skatteregler. Denne målsætning skal tilsikres af successionsprincippet²⁶³. Hvad der præcist ligger i begrebet »konkurrencemæssigt neutrale skatteregler« kommer ikke umiddelbart til udtryk. Det må dog nok lægges til grund, at der menes neutralitet i begrebets traditionelle økonomiske udformning, idet opnåelse heraf er et argument for harmonisering i al almindelighed og således også for dette skattedirektiv²⁶⁴. Ud over reglerne i fusionsskatteoven findes beslægtede regler i ABL § 13 om aktieombytning, hvilke blev indsat ved implementeringen af fusionsdirektivet²⁶⁵. Baggrunden for reglerne er da identisk med de ved direktivet gjorde overvejelser.

Sambeskatning efter den hidtidige SEL § 31 kan nævnes som en øn-

263. Se også COM (69) 5 final hvor der ud over præambelens synspunkter specifikt fremkommer tre hovedbetragtninger, (1) fjernelse af omkostningerne ved grænseoverskridende aktivitet (likviditetssynspunktet), (2) bevarelse af medlemsstaternes beskatningsret gennem beskatning af faste driftssteder og (3) en tredje betragtning der mere generelt omhandlede et forslag til forbedring af faste driftssteders skattemæssige behandling, hvilket dog blev opgivet at gennemføre.

264. For denne økonomiske baggrund se *S. van Thiel, Christine Ratträ og Michael Meër* i ET 1990, s. 326 ff, med henvisning til blandt andet Neumark-rapporten fra 1963 samt Bulletin supplement 4/91, s. 7.

265. Det bør dog fremhæves, at regler om aktieombytning ikke i dansk sammenhæng var en nyskabelse idet der i daværende ABL § 13 indeholdtes regler om succession ved aktieombytning. Disse regler var dog strengere end direktivets regler hvorfor fusionsdirektivets regler nødvendigvis måtte gennemføres. De hidtidige regler blev dog opretholdt sideløbende hermed gennem reglerne om ugentlig fusion i ABL § 13, stk. 3. Se herom bemærkningerne til L 20, s. 10 f samt *Bent Ramskov* i Skatteorientering S.8., 1997. Ugentlig fusion udgør den situation hvor et selskab erhverver hele aktiekapitalen i et andet selskab, eller hvor et selskab, der i forvejen ejer aktier i et andet selskab, erhverver resten af aktiekapitalen i det andet selskab.

sket skatteretlig identifikation mellem koncernforbundne selskaber²⁶⁶. Formålet med sambeskatningsregler lader ikke sig ganske let beskrive, idet der ikke findes et formelt erklæret formål med reglerne. Men det må antages, at reglerne er udtryk for en tilnærmelse i behandlingen mellem filialer og datterselskaber²⁶⁷. Derved er hoveddriften bag regelsættet at skabe en ret til sambehandling og deraf følgende skatneutralitet. Af motiveringen til SEL § 31, fremgår hovedformålet som det, at underskud fra underskudsgivende aktivitet i en koncern skal kunne overføres mellem de koncernforbundne selskaber²⁶⁸. Grundet den meget spekulation er det i de senere år tydeliggjort, at reglerne alene skal virke som en skattecredit for underskudsgivende udlandsaktivitet²⁶⁹. Virkningen af en sambeskatning er, at moder- og datterselskabet eller datterselskaberne betragtes under ét og underskud i ét selskab kan modregnes i den samlede skattebetaling²⁷⁰. Det må herefter konstateres, at sambeskatningsreglerne er et udslag af den specifikt koncernrelaterede neutralitetsstandard, idet transaktionen har den virkning, at koncernen tillades at bortse fra det faktum, at virksomheden udøves i selvstændige retssubjekter og herved at foretage en samlet skattebetaling efter modregning af den underskudsgivende aktivitet²⁷¹. Dette vil som udgangspunkt tilsvare en sidestillelse af datterselskaber med filialer.

Endvidere kan *skattefrit datterselskabsudbytte* i henhold til SEL § 13, stk. 1, nr. 2, nævnes som udtryk for en singular skatteretlig identifikation. I forbindelse med koncerners eksistens er det af stor praktisk betydning, at der eksisterer muligheder for lempelse af opstået dob-

266. National sambeskatning er dog ikke længere frivillig, idet der med lov nr. 426 af 26.6. 2005 er indført tvungen national sambeskatning, jf. SEL § 31, mens der fortsat er valgfrihed for så vidt angår international sambeskatning, jf. SEL § 31 A.

267. Jf. *Jørgen Andersen: Aktieselskabsbeskatning*, Bind 1, 1966, s. 318, og *Susanne Pedersen: Sambeskatning i koncernforhold*, 1995, s. 2 og s. 315.

268. Jf. FT 1959/60, tillæg A, sp. 1062. *Erik Werlauff* udtrykker det således »... Med andre ord skal en vigende skattevne hos ét koncernselskab ud fra en sambehandlingsgrundsætning kunne komme det eller de øvrige selskabers skattevne til gode gennem fradrag i denne«, jf. *Koncernretten*, 1996, s. 213.

269. I bemærkningerne til lov nr. 487 af 12.6. 1996 (L 118), s. 7, under pkt. B.

270. Påpeges bør det dog, at sambeskatning indebærer, at hver af de omfattede selskaber som udgangspunkt efter almindelige regler opgør sin egen skattepligtige indkomst, hvilken efterfølgende lægges sammen med de øvrige sambeskattede selskabers indkomst. Der er således ikke tale om en egentlig koncernbeskatning (enhedsbeskatning) ét sted af koncernens konsoliderede indkomst.

271. Jf. *Jakob Bundgaard: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier*, 1999 passim. Sambeskatningsreglerne er siden ændret, jf. lov nr. 426 af 26.6. 2005 (L 121).

beltbeskatning ved koncerninterne udbytteudlodninger²⁷². Formålet med den danske regulering er ophævelse af økonomisk dobbeltbeskatning, idet man har erkendt, at det er skadeligt for erhvervslivet (selskabssektoren), og kan virke urimeligt tyngende såfremt dette undergives byrdefuld dobbeltbeskatning²⁷³. Regler om skattefrihed (eller creditlempelse) er udtryk for en vis form for enhedsbetragtning af selskaber i koncernform. Hvis en streng særbehandling skulle finde sted, ville hvert selskab i en koncern optjene sine egne midler, og når disse blev sendt videre i koncernen, ville dette udløse skat. Regler om skattefrit udbytte gør det muligt at undergive koncernen en sambehandling, hvorefter reservernes omplacering inden for koncernen via udbyttebetaling ikke udløser skat²⁷⁴. Den almindelige udbyttebestemmelse i SEL § 13, stk. 3, jf. stk. 1, nr. 2, for udenlandske udbytter er en rent national foreteelse selvom ændringerne ved lov. 1026 af 23.12. 1998 medførte, at SEL § 13 herefter også udgør Danmarks fællesskabsretlige implementering. Den fælleseuropæiske baggrund er udformet i det såkaldte moder/datterselskabsdirektiv som vedtaget af Rådet 23.7. 1990. Formålet med dette direktiv kommer ikke umiddelbart til udtryk i præamblen. For en nærmere redegørelse må vi gå tilbage til det oprindelige udkast fra 1969 (COM (69) 6 final²⁷⁵), der indeholder et yderst informativt eksplanatorisk memorandum. I dette dokument fremkommer det (som noget egentligt selvfølgelig, men ikke nævnt i direktivet nogetsteds), at direktivet primært tager sigte på ophævelsen af økonomisk og juridisk dobbeltbeskatning, idet sådan beskatning hindrer transnationale koncerndannelse. Baggrunden for i hvert tilfælde ophævelsen af den juridiske dobbeltbeskatning er funderet i ønsker om skatteneutralitet. Den

272. Økonomisk dobbeltbeskatning opstår derved, at udbytte beskattes hos såvel udbytteudlodende selskab (i form af almindelig selskabsskat) og efterfølgende beskattes hos udbyttmodtagende selskab efter regler om udbyttebeskatning (beskatning af samme indkomst hos to forskellige personer). Den juridiske dobbeltbeskatning opstår derved, at et modtagende selskab betaler kildeskat i datterselskabsstaten og efterfølgende udbyttebeskattes i hjemstaten (én person beskattes to gange af samme indkomst).

273. De oprindelige standpunkter om datterselskabslempelse kommer til udtryk i forarbejderne til SEL (FT 1959/60 A, sp. 1013, specielt sp. 1058 ad § 13), mens de mere specifikke overvejelser om indførelsen af skattefrihed for datterselskabsudbytter kommer til udtryk i forarbejderne til ændringslovene (specielt Bet. nr. 640 om selskabsbeskatning af 1972 og lov. nr. 144 af 13.4. 1983, FT 1982/83 A, sp. 1581, B. sp. 1155.).

274. Jf. *Erik Werlauff*: *Koncernretten*, 1996, s. 206 og s. 209.

275. Originalen af denne kommunikation er fransksproget, men findes uofficielt oversat af IBFD og offentliggjort i *EC Corporate Tax Law*, Binder ***, Kap. II initial proposals, afsnit 1.

anvendte term *konkurrencemæssig neutralitet*, må tillægges det indhold, som også tilfældet var for fusionsdirektivet, at der bør sikres lige vilkår også i beskatningen, når der er tale om at konkurrence mellem foretagender intra fællesskabet. Der er hermed tale om et skattnetralitetsbegreb, der fungerer som argument for harmonisering i al almindelighed med henvisning til de økonomiske principper om Capital Export Neutrality (CEN) eller Capital Import Neutrality (CIN).

Yderligere kan nævnes *skattefrihed ved aktieavancer* efter 3 års ejertid for selskaber, jf. ABL § 4, stk. 6, idet selskaber med aktier i andre selskaber på tidspunktet for indførelse af generelt skattefrihed efter tre år for selskaber blev stillet som porteføljeaktionærer. Ejerselskabet identificeres med det ejede selskab ud fra den betragtning, at avancen forbliver selskabsejet og ikke bør undergives beskatning, før avancen overgår fra selskabs- til personeje (hvor identifikationen efterfølgende hører op)²⁷⁶. Baggrunden for reglen fremkommer i FT 1982/83, tillæg A, sp. 3951. Heraf ses det, at det i vidt omfang er hensynet til at skabe neutralitet mellem udbytte- og aktieavancebeskatningen, der ligger til grund for reglen. At det blev en treårsregel, der blev gældende, er formentlig begrundet i den almindelige systematik i aktieavancebeskatningsloven, selvom der ikke i selskabsforhold er noget strengt sagligt argument for at indføre en sådan tidsgrænse. Selskabsaktionærer er stadig gunstigere stillet end personaktionærer.

7.4.2.3. Ufrivillig identifikation

A) Alment om ufrivillig identifikation

Der kan ligeledes forekomme direkte lovhjemlede identifikationsbestemmelser til imødegåelse af misbrug, ligesom ufrivillig identifikation forekommer i retspraksis.²⁷⁷ *Strobel* sammenfatter sine analyser i et udsagn om, at identifikation faktisk benyttes i en lang række tilfælde²⁷⁸. Forfatteren finder, at der er vanskeligt at rette alvorlige indvendinger mod, at man i de omtalte situationer vælger at fravige princippet om at behandle selskab og aktionærer som adskilte enheder. Men samtidig er det evident, at mange af reglerne er udformet med den konkrete situ-

276. Reglen blev indført som ABL § 4, stk. 5 ved lov. nr. 220 af 2. juni 1983, jf. FT 1982/83, tillæg A, sp. 3938 ff. Med denne lovændring blev selskabsaktionærer undtaget fra dagældende hovedaktionærbeskatningen (værnsaktionærreglerne).

277. Se herom I. A. *Strobel* i SpO 1992, s. 152 ff.

278. Op.cit., s. 154.

Del IV – Konfrontation

ation for øje – uden nærmere overvejelse af, hvordan de passer sammen med skatterettens grundprincipper, og uden engang at være afstemt indbyrdes.

En kategori af sådanne bestemmelser kan siges at vedrøre *den frie adgang til at oprette selskaber*. Fremhæves kan i denne forbindelse reglen i LL § 5, stk. 4, sidste pkt. om, at hovedaktionærer- og anpartshavere i selskaber, som har pligt til at periodisere renteudgifter og renteindtægter, selv skal periodisere, såfremt de har en mellemregning med selskabet. Det fremgår af bemærkningerne til denne bestemmelse, at den er indsat for at forhindre skattetænkning i relation til renteperiodisering²⁷⁹. Ligeledes kan fremhæves PSL § 8 A, stk. 2 om stigning i skattesatsen for aktieindkomst, når indkomsten overstiger en vis bundgrænse. Herved er der grænser for, i hvilket omfang man kan bringe en virksomhed i en form for skattely ved at indskyde denne i et selskab. Den skattepolitiske baggrund for aktieindkomstbeskatningen er hensynet til at skabe skattemæssig neutralitet mellem den samlede beskatning af aktieafkast og andre indkomster. Mindre aktieindkomster sidestilles med passive investeringer, og større aktieindkomster sidestilles med selvstændige erhvervsdrivende²⁸⁰. Den tilstræbte neutralitet er siden indførelsen blevet udhulet grundet ændringen i skattesatserne. Som det ses, er det altså et grundlæggende neutralitetshensyn, der ligger bag reglen. Hermed er der tale om en betydningsfuld skattepolitisk målsætning, der tillige bevirker, at der ikke skabes store skævvridninger i skattesystemet.

B) Særligt om retspraksis vedrørende koncerninterne aktietab

Fra retspraksis bør fremhæves retspraksis den særlige behandling af *koncerninterne aktietab*²⁸¹. I UfR 1973, 408 Ø *Industriaktieselskabet John*

279. Jf. Bemærkningerne til ændringsforslaget til L 125 i FT 1983/84 tillæg B, sp. 825 (829) som vedtaget med lov nr. 203 af 17.5. 1984, jf. FT 1983/84 tillæg C, sp. 401.

280. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, 2004, s. 80 f, og NFSF nr. 33: Samspelat mellan beskattningen av aktiebolag och aktieägare.

281. Se om denne praksis *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, s. 288, s. 358 f og s. 414 ff, og samme i Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 45 f, *Hanne Søgaard Hansen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 513 ff, samt LV 2005 S.G.4.5., om konstruerede tab. Også i norsk ret har spørgsmålet om fradrag for tab ved koncerninterne aktieoverdragelse påkaldt sig en vis interesse, jf. Rt 2002, s. 456 HD *Hydro*. I valget mellem lovforklning eller anvendelse af den ulovfæstede omgængesklausul, blev sidstnævnte fremgangsmåde anvendt, selvom denne konkret ikke fandt anvendelse.

Meyer, nægtede Østre Landsret at anerkende tabsfradrag for koncerninterne aktieoverdragelser²⁸². I sagen havde et selskab i den af John Meyer kontrollerede koncern opkøbt en aktiepost i et uafhængigt selskab med henblik på at opnå kontrollen herover. Denne post solgtes med tab til følge til et andet selskab i koncernen, da det blev klart, at en majoritetspost ikke kunne erhverves. Retten var tilsyneladende uanfægtet af, at der var tale om et salg mellem to selvstændige skattesubjekter, samt at overdragelsen var sket til børskursen. I stedet blev det lagt til grund, at salget var forårsaget af skattemæssige grunde, og at der ikke konkret var lidt et tab ved aktiesalget. Herved har retten formentlig støttet sig til skatteministeriets frifindelsepåstand, hvorefter der ikke var *lidt noget reelt tab* for de pågældende selskaber under ét, og at salget var atypisk, idet der var tale om et salg til sig selv, idet køberselskabet fuldt ud ejede sælgerselskabet²⁸³.

Samme udfald fik TfS 1986, 125 H *A/S Handels Kompaniet Theokruma* (U 1986, 295 H). I årene 1977-81 foregik mellem nogle koncernforbundne selskaber en omfattende handel med koncernaktier, der medførte, at betydelige tab blev fratrasket ved opgørelsen af selskabernes skattepligtige indkomster. Et af selskaberne solgte i 1976 til et andet koncernselskab til kurs 79,5 en post koncernaktier, der var erhvervet i 1972 til kurs 145, men fortsatte med at bogføre restbeholdningen af de pågældende aktier til kurs 145. Kurs 79,5 svarede til indre værdi, hvorved der var taget hensyn til ikke bogførte regreskrav vedrørende debitormassen, svarende til halvdelen af det pågældende koncernselskabs bogførte egenkapital. Under hensyn til koncernens lukkede karakter, misforholdet mellem de bogførte værdier, der overvejende byggede på anskaffelsespriser og de reelle (lavere) priser samt selskabernes begrænsede erhvervsmæssige aktivitet, fandt Højesteret, at der ikke kunne anerkendes fradragsret for tab bogført i forbindelse med de interne aktiehandler.

Som det ses heraf, blev der lagt vægt på koncernens lukkede karakter. Dette er ikke det samme som høj integrationsgrad i koncernforhold. Det må altså lægges til grund, at der med disse ord sigtes til det snævre

282. Dommen er udførligt behandlet af *Svend Høgsberg Kristensen*: Beskatning af koncerner, 1981, s. 95 ff.

283. Se også UfR 1965, 802 Ø.

familieejerskab over hele koncernen. Der er derfor grund til at antage, at resultatet ikke ville blive opretholdt i åbne koncerner²⁸⁴.

Det er blevet anført, at denne praksis vedrørende underkendelse af koncerninterne aktietab forudsætter, at de overdragne aktier så at sige »bliver i systemet«, således at der alene er tale om et *formelt, men ikke reelt* ejerskifte. Heri synes at ligge en forklaring af praksis efter realitetsgrundsætningen²⁸⁵. Det kan anføres, at domstolene ved at anskue koncernen som helhed formentlig har anvendt en realitetsbetragtning, der indebærer, at man anser de enkelte koncernenheder for at være ét og samme²⁸⁶. Det må antages, at domstolene har foretaget en realitetsfortolkning af koncernforholdet, ligesom de tidligere sambeskatningstilladelser er udtryk for, jf. første gang UfR 1914, 379 H²⁸⁷. Dette kunne for så vidt godt udtrykkes som en realitetsgrundsætning, men dommene harmonerer ikke fuldstændig med grundsætningens teoretiske formulering²⁸⁸. Civilretligt kan det antages, at der har foreligget reelle ejerskifter. I hvert tilfælde fremkom der ikke under sagerne udsagn om noget modsat. Ved koncernidentifikationen har der således ikke kunnet påvises et tab for koncernen som helhed med fradragsnægtelse til følge. Praksis kan derfor også siges reelt at dreje sig om, hvorvidt der kan *påvises et tab*. Ud fra denne betragtning er der tale om en klar skatteretlig fravigelse fra civilretten. Der var således i henhold til denne tankegang tale om *konstruerede tab*, hvorved tabene kunne fremføres til modregning i fremtidige indtægter, mens koncerninterne avancer typisk havnede i underskudsselskaber. Naturligvis kan vi ikke i skattesystemet leve med en adgang til at konstruere fradragsberettigede tab, idet der herved er tale om et underminerende skatteretsmisbrug. Man skal blot være varsom med at udstrække denne betragtning til

284. I SU 1999, 147 bemærker *Peter Dyhr*, at højesteret i TfS 1986, 125 tillige henviste til misforholdet mellem de bogførte og de reelle værdier, hvor indførelsen af LL § 2 efter forfatterens opfattelse må have den konsekvens, at den »rigtige« værdi skal lægges til grund, hvad enten overdragelsen medfører en gevinst eller et tab for sælgeren. Der er efter forfatterens vurdering ikke hjemmel til andet.

285. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, 2004, s. 444.

286. Herved ses det, at der er tale om et udsalg af enhedsteoriens pligtside. Enhedsteorien kan ikke antages i alle henseender at skulle sidestilles med realitetsgrundsætningen, jf. *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 35 note 48 in fine.

287. Der er også svært at få øje på en egentlig hjemmel til en koncernidentifikation.

288. *Jan Pedersen* konstaterer da også i forbindelse med en omtale af denne praksis, at der i videre omfang er set bort fra økonomiske dispositioners foretagelse i skattemæssig henseende, selv om dispositionerne ikke var forbundet med væsentlige fiktive elementer, jf. Skatteretten 2, 2004, s. 420.

generelt at omfatte koncernforhold, herunder åbne og mindre integrerede koncerner²⁸⁹.

At der er grænser for ligningsmyndighedernes råderum vedrørende tilsidesættelse af koncerninterne tab ved salg af aktier, viser TfS 1992, 5 LSR. Et moderselskab i en sambeskattet koncern, havde solgte et underskudsgivende datterselskab ind under et andet datterselskab, hvorved der for moderselskabet blev konstateret et tab. Ligningsmyndighederne nægtede fradrag under henvisning til TfS 1986, 125 H, ligesom det bemærkedes, at det måtte anses for tvivlsomt, om aktierne overhovedet var overdraget. Landsskatteretten statuerede, at salget havde fundet sted som anført af selskaberne. Endvidere bemærkede Landsskatteretten, at den omstændighed, at salget skete af skattemæssige grunde, ikke i sig selv kunne begrunde nægtelse af fradrag for tab, ligesom sagen ikke var sammenlignelig med sagen i den nævnte højesteretsdom. Selskabet fik herefter medhold²⁹⁰. I modsætning til højesteretsdommen var situationen her den, at det sælgende selskab *utvivlsomt havde lidt et tab på de aktier*, der solgtes. Der var ikke tale om regnskabsmæssigt konstruerede tab, men om et reelt økonomisk tab. Dette tab var lidt på grund af selskabets utilfredsstillende resultater, hvilket kunne dokumenteres gennem den senere stedfundne likvidation, der sluttede med underbalance²⁹¹.

C) Særligt om afsmitning og afvaskning

Som et andet eksempel på identifikation bør fremhæves den lange retspraksis om såkaldt *afsmitning*, der er udformet i relation til det skatteretlige næringsbegreb²⁹². I det følgende skal det undersøges, hvilken

289. Man kunne i denne forbindelse overveje, hvorvidt problemstillingen kunne bære en introduktion af egentlige lovregler til normering af forholdet. Det bemærkes herved at de hensyn der tilsyneladende ligger bag den omtalte praksis er parallelle med de hensyn de bærer flere koncernbebyrdende særregler.

290. Se herom SpO 1992, s. 51 (kort redaktionel kommentar) og Ole Bjørn i SR-Skat 1992, s. 15 f, der finder landsskatterettens kendelse rigtig. Tilsvarende Hanne Søgaard Hansen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 514, der anfører, at Landsskatterettens kendelse ikke er uforenelig med Højesterets dom i TfS 1986, 125, idet tabet utvivlsomt var lidt.

291. I TfS 2004, 279 LSR fik et selskab tillige godkendt et fradrag for tab ved salg af aktier i et konkursramt selskab til dets eneaktionær til en salgspris på 1 kr. Landsskatteretten anså indgåelse af endelig aftale om aktieoverdragelse for dokumenteret og henså i denne forbindelse til brev til kurator vedrørende overdragelsen, samt at aktiernes pris ikke kunne antages at overstige den aftalte pris. Kendelsen er kommenteret af Tommy V. Christiansen i JUS 2004/16.

292. Klassifikationen som næringsdrivende i skattemæssig sammenhæng kan være drevet af

rolle afsmittningsbegrebet spiller i gældende dansk skatteret. Herved undersøges det, i hvor vid udstrækning identifikationssynspunktet ved næringsbedømmelsen indebærer en fravigelse fra det skatte- og civilretlige udgangspunkt om, at selskab og aktionær er selvstændige rets- og skattesubjekter.

I litteraturen ses afsmittningsbegrebet at udgøre den overvejende nomenklatur. Dog ses tillige anvendt begreber som smitte, afvaskning, indkomstflytning, identifikation, succession, accessoriebeskatning, konsortialbetragtning, indkomstoverførsel og indkomstforvridning. Disse begreber dækker over forskellige forhold, men deler i sin kerne det grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt et skattesubjekts kvalifikation i relation til nærings- eller spekulationsstatus på et givet retsområde vurderes i lyset af, eller dog påvirkes af den kvalifikation, der er foretaget hos et andet skattesubjekt, som førstnævnte på en eller anden måde er interesseforbundet med²⁹³.

De forhold, der har været behandlet under afsmittningsoverskriften, kan inddeles i to hovedgrupper.

For det første foreligger den klassiske afsmittningssituation, hvor en næringsdrivende afhænder et aktiv, der er omfattet af hans næring, til et nærtstående retssubjekt, hvis aktivitet i relation til aktiver af den pågældende art, ikke i sig selv kan begrunde en næringsbetragtning. Kernen i disse situationer er, at den gevinstmulighed, der er næringskattepligtig, overføres til et interesseforbundet skattesubjekt, der som

et skatteyderønske om at opnå de hertil knyttede muligheder for tabsfradrag. Herved kan afsmittningsspørgsmålet lige så vel anskues som udslag af frivillig identifikation. Skatteyderen vil dog oftest have interesse i, at en afhændelse betragtes som afståelse af et anlægsaktiv på grund af den lempeligere beskatning. Da det således må antages at udgøre hovedreglen, at der er tale om en ufrivillig identifikation, grundet spørgsmålets uklare natur behandles spørgsmålet som udslag heraf.

293. Om afsmittningsbegrebet og den temmelig omfattende praksis herom henvises til LV 2005 E.J.3.1.4., og LV 2005 S.C.1.3.3., LV 2005 A.D.2.5., *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 561 f, og samme TfS 1963, s. 402 ff, *John Engsig* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 426 ff, *Jane Bolander* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 482 ff, *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 1, 1999, s. 161 f og s. 569 f, *Jan Børjesson* i Kursgevinstloven med kommentarer, 2004, s. 174 ff, *Jane Bolander* i TfS 1997, 88 og i TfS 2002, 1096, *Jørgen Trolle* i UfR 1966 B, s. 267 ff, *Ole Bjørn* i SR-Skat 1990, s. 262 ff, *Bent Müller & Jørn Vestergaard Jensen* i TfS 1989, 450, *Christen Amby* i SR-Skat 1989, s. 374 ff, *Aage Michelsen* i R&R 1993 SM 291 ff, til dels samme i R&R 1998 SM 201 ff, og samme i SpO 1994, s. 130 ff, *Tommy V. Christiansen* i R&R 1983, s. 283 ff, *Robert Koch-Nielsen* i UfR 1971 B, s. 108 f, *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 406 ff, og *Svend Erik Holm* i SpO 1994, s. 86 ff, samt *Mogens Munch* i UfR 1982 B, s. 325, *Hans Christensen* i R&R 1988/11, s. 59, og *I. A. Strobel* i SpO 1993, s. 251 ff.

følge af indkomstoverførslen ligeledes anses for næringsskattepligtig. Situationen foreligger, hvis et selskab, der er næringsskattepligtigt, sælger næringsskattepligtige aktiver til den eller de aktionærer, der kontrollerer selskabet. Ligeledes kan situationen forekomme, såfremt det er en person, der er næringsskattepligtig i relation til det pågældende aktiv, der afhænder dette aktiv til et af ham kontrolleret selskab. Disse situationer er blevet benævnt som forsøg på indkomstoverførsel, indkomstflytning og afvaskning.

For det andet er behandlet et herfra afvigende spørgsmål, nemlig hvorvidt et givet skattesubjekts aktivitet, der efter den normale vurdering heraf kan klassificeres som værende næringsaktivitet, kan øve indflydelse på bedømmelsen af, hvorvidt et andet skattesubjekts forhold kan bedømmes som næring²⁹⁴. Dette kommer på tale, når der foreligger interessefællesskab mellem de to retssubjekter, men uden at sidstnævnte skattesubjekts forhold isoleret set kan begrunde en næringsbetragtning i relation til afståelse af tilsvarende formuegoder, som de der er omfattet af næringsbetragtningen hos det førstnævnte skattesubjekt.

Om end de to »afsmitningssituationer« ofte undergives en samlet og noget rodet behandling, er der enighed om, at retstilstanden på dette punkt lader sig bedst beskrive ved et citat fra *Jørgen Trolle*, nemlig: »... Sig mig hvem du omgås, og jeg skal sige dig, hvem du er ...«²⁹⁵. Herved tilkendegives, at nærtstående parter næringsvirksomhed bevismæssigt kan få indflydelse på – smitte af på – vurderingen af det pågældende skattesubjekts status. Således kan eksempelvis et selskabs næringsvirksomhed efter princippet om fri bevisbedømmelse få indflydelse på vurderingen af en hovedaktionærs personlige status. Det er kendetegnende for denne situation, at der til forskel for førstnævnte situation ikke foreligger nogen samhandel mellem de berørte skattesubjekter, hvorfor næringsbetragtningen ikke kan støttes på et indkomstoverflytnings-synspunkt. Dog skal det understreges, at forholdet udelukkende antages at kunne have betydning i tvivlstilfælde og grænsetilfælde, hvor interessefællens forhold i bevismæssig henseende kan bidrage til at illustrere, hvad det pågældende skattesubjekts intentioner er²⁹⁶. Det er

294. At der fra skattemyndighedernes side ofte er sket en sammenblanding af begreber beklages ofte – og med rette – i litteraturen. Dog må doktrinen her påtage sig et vist medansvar for en noget mudret beskrivelse af forholdene.

295. Jf. UfR 1966 B, s. 268.

296. *Aage Michelsen* anfører i R&R 1993 SM 292, at dette er tilfældet på det subjektive plan,

Del IV – Konfrontation

dette tema og variationer herover, der har båret overskrifterne *afsmitning*, *afsmitning uden for samhandelstilfælde*, *accessoriebetragtning*, *smitte-virkning* og *smitte*. Den gældende praksis på området for almindelig næringsbeskatning, herunder kapitalgevinstbeskatning må antages stadig at være gældende, hvorved afsmitning kan få betydning ved næringsbedømmelsen efter SL § 5 a, reglerne i aktieavancebeskatningsloven, i ejendomsavancebeskatningsloven og kursgevinstloven. Trods uenighed om spørgsmålet bør afsmitningsetiketten reserveres til disse situationer.

Der her foretagne analyse skal begrænses til førstnævnte afsmitningskategori. Denne kategori benævnes i det følgende *afvaskning*²⁹⁷. Terminologien er for så vidt ikke interessant, derimod er det interessant, om den praksis, der har udviklet sig til imødegåelse heraf, kan siges at udgøre en skatteretlig identifikation mellem selskab og selskabsdeltagere. Et sådant spørgsmål lader sig ikke ganske let bekræfte. Dog er det min vurdering, at visse dele af den foreliggende praksis kan tages til indtægt for, at der er gennemført skatteretlig identifikation i konkrete situationer²⁹⁸.

På dette sted skal udelukkende fremhæves de sager, hvor skattemyndighederne har fået medhold i næringssynspunktet, hvilket drejer sig om UfR 1956, 261 H *Jørgen Petersen*, UfR 1957, 318 H *A/S Morko*, UfR 1982, 578 H *Direktør Poul Nielsen*, sagskomplekset i UfR 1985, 1079 H *EA/S Birkeparter*, TfS 1985, 680 H *P. C. T. Holding A/S*, og TfS 1985, 681 H *Poul Christiansen*, samt endelig TfS 1987, 197 Ø *Grosserer Max J. E. Larsen*. Afgørelserne synes at være udsalg af uviljen mod vilkårlig indkomstdeling. Spørgsmålet er imidlertid, om der ved dommene er tale om skatteretlig identifikation. Dette spørgsmål er for så vidt om-

men ikke på det objektive plan. Se eksempelvis TfS 1999, 127 V *Tage Hedegaard Christensen*, og TfS 2000, 98 V *Niels Sørensen*, som nyere eksempler herpå. Sidstnævnte er omtalt af *Tommy V. Christiansen* i RBL 2000/1, s. 54 ff.

297. Jf. herved terminologien hos *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, 1989, s. 406 f. Det bemærkes herved, at en anvendelse af begrebet »afsmitning« forvirrer hvis det anvendes om så vidt forskellige situationer som der i realiteten er tale om ligesom der kan argumenteres for at begrebet »indkomstflytning« bør reserveres til de tilfælde, hvor indtægten forsøges flyttet uden, at der sker en reel overdragelse af indtægtsgrundlaget, jf. om sidstnævnte *Svend Erik Holm* i SpO 1994, s. 87. Sondringerne er dog ikke skarpe, og andre argumenter taler for at anvende den just nævnte terminologi.

298. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 1, 1999, s. 161 f, og s. 569 f, *Jørgen Trolle* i UfR 1966 B, s. 267 ff, *Kjeld Hemmingsen* i Skatteret – Almen del, 2005, s. 306 f, og samme i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 140 f og *Erik Werlauff*: Selskabsmasken, 1991, s. 121 f.

tvistet, men det må formentlig antages, at sagerne i realiteten medfører en delvis skatteretlig identifikation²⁹⁹. Fælles for sagerne er, at et næringssskattepligtigt skattesubjekt i realiteten fortsatte sin virksomhed hos det andet skattesubjekt, hvortil aktivet blev overdraget. Hvor dette vedrører en hovedaktionær, der har overdraget aktiver til et af ham behersket selskab, kan selskabsformen siges at have været valgt for at kunne fjerne skattepligtige omsætningsaktiver fra næringsvirksomheden og vilkårligt overføre dem til selskabet med henblik på senere gevinst ved videresalg. Når domstolenes præmisser herom har lagt til grund, at det ene skattesubjekt anses for at videreføre det andets næringsvirksomhed på dette andet skattesubjekts præmisser, må der her ved siges at være tale om en identifikation mellem de to skattesubjekter³⁰⁰. For denne retsopfattelse må det have været en forudsætning, at der skal dokumenteres ikke blot interessesammenfald, men tillige foreligge et sammenfald af aktiviteter, således at der ikke kan siges at være tale om uafhængige forretningsmæssige og økonomiske realiteter hos de to virksomheder. Det fremgår af praksis, at der sondres skarpt mellem aktiver erhvervet fra interesseforbundne parter og aktiver erhvervet på det åbne marked. Der ses ikke siden de nævnte domme at være fremkommet yderligere praksis vedrørende spørgsmålet, men det må være klart, at der skal temmelig meget til for at fravige den formelle adskillelse mellem to selvstændige skattesubjekter. På den anden siden må det

299. Praksis kan opfattes således, at der i disse situationer foreligger en bevisformodningsregel, jf. *Ole Bjørn* i SR-Skat 1989, s. 264. Heri ligger, at det skattesubjekt der har erhvervet et formuegode fra et kontrolleret eller kontrollerende skattesubjekt, anses for næringssskattepligtigt i forbindelse med realisation af den fortsatte gevinst, medmindre det erhvervsdrivende skattesubjekt er i stand til at afkræfte denne næringsformodning. For mig at se er realia også efter denne udlægning en delvis identifikation mellem parterne. Identifikationstankegangen lægges til grund hos *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 1, 1999, s. 161 f og s. 469 f, af *Kjeld Hemmingsen* i Skatteret – Almen del, 2005, s. 306 f, og samme i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 140 f samt af *Erik Werlauff: Selskabsmasken*, 1991, s. 121 f. Derimod afvises identifikationstankegangen af *Svend Erik Holm* i SpO 1994, s. 87, *Robert Koch-Nielsen* i UfR 1971 B, s. 108, og *Jørgen Trolle* i UfR 1966 B, 267 ff.

300. I UfR 1966, 416 H, blev der taget direkte afstand fra identifikationsstandpunktet, idet det i præmisserne blev anført, at et selskab i skattemæssig henseende er et selvstændigt retssubjekt, og at det forretningsmæssige og økonomiske fællesskab mellem aktionæren og selskabet ikke kunne begrunde overførsel af næringsbeskatning fra aktionæren til selskabet. Med de nyere domme i TfS 1985, 680 H, og TfS 1985, 681 H, må det antages, at der kan ske næringsbeskatning allerede under henvisning til, hvorledes aktivet er erhvervet hvor skatteyderen ikke selvstændigt vurderet kan betragtes som næringsdrivende, sml. *Jane Bolander* i TfS 1997, 88, s. 153.

Del IV – Konfrontation

også være klart, at der skal fastsættes grænser for, hvor langt man bør acceptere misbrug af dette udgangspunkt.

Det fremgår ikke nogetsteds i præmisserne i de omtalte domme, hvad der har været baggrunden for den særlige udstrækning af næringssynspunktet. Det må dog antages, at beskatningen er sket for at hindre, at der sker *misbrug* af princippet om at skatte- og retssubjekter er selvstændige, og skal undergives en særskilt skattemæssig vurdering. Det er herved den almindelige opfattelse, at baggrunden er et ønske om at modvirke en omgåelse af næringsbeskatningen ved at aktiviteterne deles mellem flere retssubjekter, som imidlertid indgår i et interessefællesskab, der bevirker, at skatteyderen har en økonomisk fordel af aktivitet, uanset hvor dette befinder sig indenfor dette interessefællesskab³⁰¹. Af den refererede praksis ses der ikke at være eksempler, hvor der er sket næringsbeskatning, uden at der i henhold til det oplyste samtidig har bestået et skattemæssigt incitament til afvaskningen.

Spørgsmålet er herefter, om problemstillingen fortsat har betydning. Dette hænger nøje sammen med det hidtil uafklarede spørgsmål om identifikationssynspunktets udstrækning³⁰². To divergerende opfattelser har været fremhævet i denne forbindelse.

Det kan således *på den ene side* anføres, at afsmitningstankegangen (ved indkomstflytning) efter indførelsen af kursgevinstloven af 1997, jf. lov nr. 439 af 10.6. 1997, ikke længere har relevans³⁰³.

301. Jf. *Jane Bolander* i TfS 1997, 88, s. 153.

302. Dommene vedrører alle perioden før indførelsen af kursgevinstloven, men det fremgik af pkt. 14 i dagældende cirkulære til kursgevinstloven (Cirkulære nr. 134 af 29.7. 1992), at der ikke med kursgevinstloven var tilsigtet nogen ændring af denne praksis. Formuleringen er videreført med bemærkningerne til lovforslag nr. L 194 af 13.3. 1997 ad. § 13.

303. Navnlig *J.O. Engholm Jacobsen* har fremført et sådant standpunkt, jf. *Skatteretten* 1, 1999, s. 162 og s. 570. Begrundelsen herfor skal findes i det forhold, at den særlige hjemmel til beskatning af fysiske personers gevinster på vederlagsfordringer er ophævet, jf. den tidligere KGL § 4. Den tidligere identifikationspraksis vedrørende erhvervelse af fordringer, herunder sælgerpantebreve fra »egne« selskaber, synes efter forfatterens opfattelse ikke herefter at kunne opretholdes. Dog anføres det, at det måske i enkelte omgælstilfælde kan komme på tale at beskatte aktionæren af kursgevinster på fordringer erhvervet fra selskabet, såfremt selskabet er pengenæringsdrivende. Resultatet kan dog også nås ud fra et andet argumentationsmønster. Således antager *Jan Børjesson*, at den hidtidige praksis vedrørende vederlagsfordringer må antages at være ændret i konsekvens af ophævelsen af vederlagsfordringsbegrebet, jf. *Kursgevinstloven* med kommentarer, 1998, s. 178. *J.O. Engholm Jacobsen* forudsætter op.cit., at identifikationssynspunktet ikke kan bære i andre situationer end vedrørende vederlagsnæring. Således må tanketangen – efter forfatterens vurdering – afvises ved overdragelse af fast ejendom eller aktier mellem en næringsklassificeret aktionær og dennes selskab

På den anden side kan det også antages, at identifikationstankegangen fortsat har en vis betydning ved næringskonstateringen uden for vederlagsnæring³⁰⁴.

Det må tilsluttes, at noget taler for at identifikationstankegangen ikke længere er relevant i afvaskningssituationer. Dette må navnlig tilskrives tre forhold. For det første er vederlagsnæringsbeskatningen ophævet. For det andet foreligger der udelukkende domstolsspraksis vedrørende vederlagsnæring. For det tredje kan der argumenteres for, at det kun var i tilfælde af vederlagsnæring, og herved videre, at det kun ved overdragelser mellem interesseforbundne parter, der gjorde sig sådanne særlige hensyn gældende, som kunne begrundes en identifikationspraksis³⁰⁵. Således kan det fremhæves, at der er større grad af forudbereg-

eller mellem et næringsklassificeret selskab og dets aktionær. Forfatteren angiver dog ikke nærmere begrundelser for dette sidstnævnte standpunkt. Standpunktet har støtte i den offentliggjorte praksis, idet alle sagerne hvor skattemyndighederne har fået medhold har vedrørt overdragelse af vederlagsfordringer. Et tilsvarende synspunkt argumenter *Jane Bolander* for i TfS 1997, 88. Se også *Aage Michelsen* i SpO 1994, s. 130 ff.

304. Således figurerer begrebet afsmitning i den her anvendte klassiske forstand fortsat i LV 2005, A.D.2.5., hvor det anføres, at udgangspunktet om at aktionær og selskab er uafhængige skattesubjekter brydes, såfremt selskabet er næringsdrivende ved køb og salg af fordringer eller finansiering, hvorved aktionæren som udgangspunkt herefter vil blive beskattet efter næringsreglerne, hvis fordringen overdrages fra selskabs til aktionær. Således har det ved bedømmelsen af en eventuel skattepligt af gevinster og tab betydning, fra hvem en person har erhvervet en pengefordring. Den fortsatte mulighed for at statuere næring gennem afsmitning anerkendes ligeledes af *Kjeld Hemmingsen*, der tilsyneladende tillige antager at identifikationssynspunktet fortsat kan få betydning i visse situationer, jf. *Skatteret – Almen del*, 2005, s. 306 f, og samme i *Skatteret – Speciel del*, 2005, s. 140 f. Forfatteren angiver som ledetråd, at så længe der for parternes vedkommende er tale om selvstændige forretningsmæssige og økonomiske realiteter i deres respektive virksomheder, således at der vel er et interessefællesskab, men ikke et egentligt sammenfald af aktiviteter i virksomhederne, må aktionæren og selskabet respekteres som de selvstændige skattesubjekter de er. Det anføres, at såfremt der derimod er tale om et sådant faktisk sammenfald af aktiviteter, at det for omverdenen er mere eller mindre uklart, hvem man egentlig handler med, kan hverken aktionæren eller selskabet krybe i ly bag den formelle adskillelse af virksomhederne eller bag deres formelle status som selvstændige skattesubjekter. Endelig anføres det, at såfremt man kommer til det resultat, at overdragelse af værdipapirer fra selskab til aktionærer eller omvendt sker vilkårligt for at opnå det til enhver tid bedst mulige skattemæssige resultat, vil man ofte kunne betragte erhvervelsen af værdipapirerne som en egentlig fortsættelse af den anden parts virksomhed, således at også en eventuel næringsstatus overføres. Disse udsagn må kunne tages til indtægt for et synspunkt om at afsmitning i sin klassiske forstand (identifikation – indkomstflytning) fortsat har betydning.

305. Se også TfS 2002, 914 LR, hvor der ikke ville blive statueret afsmitning ved et handelsnæringsdrivende moderselskabs overdragelse af samtlige dets værdipapirer til et nystiftet datter- eller søsterselskab. Ligningsrådet fandt, at der alene kan statures

Del IV – Konfrontation

nelighed, hvormed kursgevinster må forventes på vederlagsfordringer³⁰⁶. Dette forhold kan forstærkes ved overdragelser mellem interesseforbundne parter, idet kreditor via interesseforbindelsen må antages at have bedre muligheder for at vurdere debtors betalingsevne³⁰⁷. Hermed er identificeret den nødvendige misbrugsmulighed. Ved overdragelse af andre typer af aktiver består der en usikkerhed om eventuelle fremtidige gevinster. Overdragelse af fordringer omfattet af kursgevinstloven kan dog i princippet indebære en afvaskning, såfremt et næringsdrivende selskab overdrager blåstemplede fordringer til en kontrollerende fysisk person. Ligeledes kan en næringsdrivende fysisk person overdrage aktier til et kontrolleret selskab, eller et næringsdrivende selskab kan overdrage aktier til et andet ikke næringsdrivende koncernforbundet selskab, der efterfølgende kan opnå skattefrihed af fremtidige aktieavancer på langtidsaktier. Endvidere kan et selskab, der er næringsdrivende ved handel med fast ejendom overdrage en ejendom til en fysisk hovedaktionær, der efterfølgende kan opnå skattefrihed af eventuelle avancer, såfremt ejendommen opfylder betingelserne herfor i EBL § 8. Spørgsmålet er imidlertid, om der i disse situationer er nok, der taler for identifikation. Der erindres herved, at Højesteret i UfR 1966, 416 H, afviste identifikation i relation til håndværkeraktier.

Ud fra den betragtning at identifikation kræver lovhjemmel, må det bifaldes, at afvaskningssituationerne ikke i større omfang er set imødegået ved identifikationsbetragtninger. Det er dog også klart, at visse tilfælde af misbrug af princippet om formel adskillelse mellem skatte-

afsmitning i vederlagsnæringstilfælde. Betragtningen var, at afsmitning i forbindelse med aktieoverdragelser mellem interesseforbundne parter synes at forudsætte, at næringen knytter sig til aktien modtaget som vederlag, og at aktierne vedbliver at være vederlag for en ydelse så længe aktierne befinder sig i en skatteydernes interessesfære. Dette gælder derved ikke ved overdragelse til en ikke-interesseforbundet part. Afgørelsen er kommenteret af *Jane Bolander* i TfS 2002, 1096, hvor også retstilstanden vedrørende afsmitningsbeskatning afgrænses og forfatterens tidligere fremsatte synspunkter gentages.

306. Andre aktiver opnår værdistigninger på baggrund af konjunkturbevægelser, der ikke lader sig forudsige. Værdistigningen på vederlagsfordringer er mere forudberegnelige, da kravet allerede besiddes på tidspunktet for udstedelsen af fordringen, jf. herved *Jane Bolander* i TfS 1997, 88.

307. Se herom *Jane Bolander* i TfS 1997, 88, s. 155. *Aage Michelsen* i SpO 1994, s. 130 ff, og samme i R&R 1993 SM 291, anskuer forholdet således, at der påhviler en latent skatteforpligtelse på de overdragne pantebreve, som den næringsdrivende ved avanceopgørelsen ved salget af den faste ejendom har medregnet til en værdi under pari. *Svend Erik Holm* vender sig i SpO 1994, s. 86 ff, mod denne betragtningsskema, der fastholdes af *Aage Michelsen* i SpO 1994, s. 130 ff.

subjekter og herved omgåelse af næringsbeskatningen, må imødegås. Det er derfor væsentligt, at der reelt består en misbrugsmulighed og hermed tilknyttede skattemæssige fordele, såfremt der skal skrides ind overfor en afvaskning. Under alle omstændigheder må det også være en forudsætning, at der forligger høj grad af identitet mellem de interesseforbundne parter. I det omfang, der ikke kan identificeres en misbrugsrisiko ved overdragelser mellem interesseforbundne parter, må der udvises stor tilbageholdenhed. Det forekommer således ikke acceptabelt at operere med en objektiveret praksis der så at sige diskriminerer alle interesseforbundne parter ved overdragelse af næringsaktiver mellem disse.

Uanset hvilken opfattelse man måtte have af gældende ret vedrørende identifikation i afvaskningssituationer, må det slås fast, at det er en forudsætning for identifikationen, at der består en misbrugsmulighed samt et konkret forekommende misbrug. Det er derfor vigtigt, at det skatteretlige hjemmelskrav tages alvorligt, så ikke en arbitrær beskatning finder sted. Som praksis hidtil har været, findes ikke anledning til at kritisere denne.

D) Identifikation vedrørende fri adgang til aktionærskifte

En anden kategori af skatteretlig ufrivillig identifikation kan siges at vedrøre *den frie adgang til aktionærskifte*. I denne kategori kan fremhæves LL § 15, stk. 7, til modvirkning af den frie adgang til aktionærskifte idet bestemmelsen begrænser adgangen til at fremføre underskud, når over halvdelen af aktiekapitalen eller stemmerne har skiftet indehaver. Baggrunden for bestemmelsen var tilfælde, hvor investorer gik sammen om at erhverve et underskudsselskab og derefter indlagde rentebærende fordringer eller indtægter fra afskrivningsberettigede driftsmidler og skibe i selskabet, der kunne opbruge underskuddet, hvorved en skattepligtig indtægt erstattedes af en skattefri avance³⁰⁸. Også LL § 15, stk. 10 om begrænsning af adgangen til underskudsforeførsel bør nævnes i denne forbindelse. Reglen indebærer, at datterselskaber identificeres med aktionærerne i moderselskabet, når det skal vurderes, om der er sket en ændring i ejerkredsen, der overstiger 50% i ejerskab eller

308. Første led af LL § 17, stk. 7, blev indført ved lov nr. 837 af 18.12. 1987. Se om bestemmelsen i *Mette Klingsten & Henrik Peytz: Ligningsloven med kommentarer*, 2000, s. 582 ff, og om de oprindelige regler *Ivar Norland* i Tfs 1988, 28, og *Jens Laursen* i R&R 1995/10.

stemmerådighed. Moderselskabet skydes simpelthen ud af bedømmelsen under forudsætning af, at moderselskaber ejer mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet.

E) Modvirkning af misbrug af aktionærindflydelse

Endelig kan nævnes en tredje tilfældegruppe, der indeholder identifikation til *modvirkning af misbrug af aktionærindflydelse*³⁰⁹. Det må dog anføres, at grupperne i realiteten er overlappende, idet de bagvedliggende hensyn oftest er misbrugshensynet.

Korrektion af indkomstgrundlaget kan nævnes som eksemplifikation af, hvad der *ikke er udtryk for identifikationstankegangen*, idet myndighederne netop insisterer på at behandle enkeltsubjekterne som enkeltstående, men subjekterne selv har handlet, som var de en enhed. Dette gælder såvel korrektionsadgangen i LL § 2 som rentefradragsbeskæringsreglen i SEL § 11.

Derimod er CFC-reglerne i LL § 16 H, for fysiske personer og SEL § 32, for selskaber udtryk for en lovhjemlet ufrivillig identifikation. Regler om beskatning af de såkaldte Controlled Foreign Companies (CFC's) er antiudnyttelsesregler, der søger at dæmme op for, at selskaber og personer undgår beskatning i højskattelande og placerer finansielle indtægter i lavskattelande. Reglerne om CFC-beskatning skal ses på baggrund af, at kapitalens fri bevægelighed på globalt plan og den øgede internationalisering giver koncerner muligheder for at samle finansielle aktiviteter i datterselskaber i skattelylande, og derved udhule det danske beskatningsgrundlag vedrørende indtægter der rettelig burde beskattes her i landet. Herved ses det, at reglernes hovedformål er at dæmme op for skattetækning.

Også reglen i SEL § 11 A, om fradragsbeskæring for koncerninterne forsikringspræmier (Captive insurance companies) må siges at udgøre en ufrivillig identifikation. Når et selskab betaler forsikringspræmier til et forsikringsselskab, gives der fradrag ved indbetaling af forsikringspræmien. Hvis imidlertid den koncerninterne forsikring ikke modsvarer en reel risikoafdækning, og forsikringsselskabet har mulighed for at

309. Under denne kategori nævner *Strobel* i SpO 1992, s. 152 ff den righoldige praksis om maskeret udlodning som eksempel på den tredje kategori. Dog finder *Erik Werlauff* i *Selskabsmasken*, 1991, s. 118, at LL § 16 A og § 16 B netop er udtryk for undladt identifikation, idet midlertid overgang fra selskab til deltager, uanset overgangsmåden underkastes beskatning.

henlægge beløbet med fradragsret, kan fradragsretten for forsikringspræmier benyttes til at udskyde beskattningen, indtil de samlede beløb eventuelt tilbageføres til de præmiebetalende selskab. Dette kan være tilfældet, hvor præmien betales til et koncernforbundet selskab, som ikke udbyder forsikringer til udenforstående parter og som ikke genforsikrer risikoen hos et uafhængigt selskab. På denne baggrund anføres i bemærkningerne til lov nr. 1284 af 20.12. 2000 (L 35), at en sådan konstruktion i realiteten kan anvendes til en koncernintern henlæggelse med skattefradrag, hvilket kan medføre ganske betydelige udskydninger af koncernens skatter. Det er dette, reglen i SEL § 11 A søger at modvirke. Hensynene kan således siges at værne mod misbrug og samtidig gennemføre en beskatningshjemmel i overensstemmelse med realitetsbetragtninger³¹⁰. Endelig tilsikrer bestemmelsen, at resultatet af selvforsikring skattemæssigt bliver det samme, uanset hvordan man indretter sig. Det skal således ikke være muligt at opnå fradrag for selvforsikring blot ved at oprette et koncerninternt forsikringsselskab. Herved skinner således også *neutralitetshensynet* igennem på to niveauer: koncernrelateret neutralitet og ligestilling mellem forsikringsformer³¹¹.

Reglen i SEL § 33 indebærer tillige en ufrivillig identifikation. Herefter kan et skattekrav gøres gældende mod aktionærerne eller deltagerne i den juridisk person tillige med likvidator eller i mangel heraf bestyrelsen³¹². Dette gælder, såfremt et selskab eller en forening mv. er opløst ved konkurs likvidation mv., og formuen er udloddet til aktio-

310. Spørgsmålet om, hvorvidt der faktisk findes skattemæssigt motiverede koncerninterne forsikringsselskaber blev besvaret entydigt afkræftende af flere af lovforslaget høringsparter.

311. I forbindelse med lovforslagets behandling (L 35 fremsat 4.10. 2000) anførte FSR, jf. bilag 2, s. 10, at foreningen anser bestemmelsen for at udgøre et brud på det væsentlige princip i dansk skattelovgivning, at indkomsten for de enkelte selskaber i en koncern opgøres isoleret og uafhængigt af koncernforholdet. Foreningen anfører videre, at det er uden betydning hvorledes »koncernen som helhed« reelt har været stillet. FSR påpeger, at såfremt dette princip fraviges, findes der et betydeligt behov for at gennemføre et koncernbeskatningsprincip for andre transaktioner. Hertil replicerede skatteministeren i bilag 6, s. 10, at skattelovgivningen bør forholde sig til de indbyrdes koncerntransaktioner, der er egnet til at reducere det samlede skattegrundlag. Når der etableres en koncernintern forsikring, sker der i realiteten ikke en risikoafdækning, men en overførelse af midler fra et selskab til et andet, hvilket der normalt ikke efter skattelovgivningen er fradrag for og som ikke kan blive omfattet af LL § 2, idet forsikringspræmierne er på markedsvilkår. Endelig bemærkes det, at de enkelte selskaber i en koncern i øvrigt fortsat skal opgøre deres indkomst hver for sig.

312. SEL § 33 viderefører i let modificeret form den tidligere gældende SL § 38, stk. 6. Se herom V. Anthon: Statsskatteloven 1928, s. 378 ff.

nærerne, uden at der er afsat tilstrækkelige midler til dækning af den selskabet mv. påhvilende indkomstskat. Der er med SEL § 33 tale om en ganske vidtgående identifikation. SEL § 33 skal sikre det offentliges krav ved overførsler til aktionærerne ved opløsning mv. Baggrunden må således også kunne klassificeres som et *misbrugshensyn*.

Ligeledes kan nævnes den udvidede hæftelsesregel i SEL § 33 A, indsat til modvirkning af selskabstømning. Bestemmelsen forudsætter et køb af et overskudsselskab. Efter reglen hæfter tidligere hovedaktionærer, som afhænder selskaber til en overpris tillige med dennes professionelle rådgivere for betalingen af skatter og afgifter, der påhviler selskabet som en aktuel eller latent forpligtelse på overdragelsestidspunktet. Også her er der tale om en ganske vidtgående identifikation med baggrund i misbrugshensynet.

Som et yderligere udslag af identifikationstankegangen skal fremhæves KSL § 43, stk. 2, litra i, og SEL § 2, stk. 1, litra f. I henhold til disse bestemmelser pålægges fraflyttede personer begrænset skattepligt af konsulenthonorarer fra et selskab her i landet som de ejer, har ejet eller haft indflydelse over³¹³. Herved sker der identifikation ud over selskabs-aktionær forholdet idet også tidligere indflydelse kvalificerer forholdet til at være omfattet af bestemmelserne. Sidstnævnte bestemmelse indebærer en identifikation af tidligere og nuværende ejeres selskaber og det danske selskab. Bestemmelserne blev med lov nr. 309 af 25.5 1987 indsat for at forhindre den klare skatteplanlægnings (misbrugs)mulighed, at en person, der har eller har haft direkte eller indirekte del i ledelsen af, kontrollen med eller kapitalen i den udbetalende virksomhed, flytter til udlandet og ikke undergives beskatning af de konsulenthonorarer, der efterfølgende betales fra Danmark³¹⁴.

F) Særligt om identifikation vedrørende hæftelse for skattefordringen

Ligeledes skal fremhæves nogle særegne identifikationsformer, der overskrider grænsen fra at være et skatteretligt spørgsmål til at være et spørgsmål om andres hæftelse for skattefordringer³¹⁵.

Det gælder i henhold til KSL § 69, stk. 2, at den indeholdelsespligtige hæfter direkte for den skat, han har udbetalt i forbindelse med udbe-

313. Se herom *Jens Drejer m.fl.*: Skattepligt og skatteflugt, 1987, s. 83 ff.

314. Jf. herom bemærkningerne til lov nr. 309 af 25.5. 1987 (L 207).

315. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsmasken, 1991, s. 122 ad nulstilling.

taling af A-indkomst, udbytte og royalty. Der kan undtagelsesvis ske identifikation i forbindelse med konstateringen af, hvem der er indeholdelsespligtig. Således kan der under særlige omstændigheder, herunder særligt en sammenblandet økonomi, med hensyn til hæftelse for A-skat og moms ske identifikation af to søsterselskaber, hvorved det ene selskab hæfter for det andet selskabs forpligtelser. Et eksempel herpå fremgår af TfS 1997, 780 H *Nina Færgeman*, hvor det blev tillagt betydning, at Told og Skat var tvangskreditor. Baggrunden for denne identifikation er formentlig hensynet til ikke at ville acceptere skabelsen af kreditorly gennem opdeling af erhvervsaktiviteten gennem formelt adskilte selskaber.

Kildeskattelovens hæftelsesregler retter sig som nævnt mod den indeholdelsespligtige. I praksis er opstået spørgsmålet om, hvorvidt en hovedaktionær og/eller direktør kan drages til ansvar for indeholdte men uafregnede A-skatter mv. til det offentlige. Spørgsmålet, der i domspraksis i vidt omfang er blevet besvaret bekræftende, må indeles i to kategorier³¹⁶.

For det første skal nævnes den kategori, der vedrører et eventuelt ansvar vedrørende indeholdelser i ansattes løn. I praksis er der blevet pålagt personen erstatningsansvar herfor, når de almindelige erstatningsbetingelser har været opfyldt. Baggrunden for ansvaret i denne situation må antages at være, at den indeholdelsespligtiges hæftelse for indeholdte, men ikke indbetalte skatter, ikke i alle tilfælde skal kunne undgås for den reelt disponerende, blot fordi et selskab står som den formelt indeholdelsespligtige³¹⁷. Retstilstanden er sammenskrevet i TS-cirk. 1997-6 om personligt erstatningsansvar for A-skatterestancer og arbejdsmarkedsbidrag, der anfører følgende betingelser for erstatningsansvaret: (1) selskabet skal være ophørt som insolvent med restancer af

316. Der henvises herom til *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret*, 2004, s. 483, *Steen Askholt i Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 1119 f, *Kurt Siggaard i Skatteretten* 3, 2000, s. 674 ff, *Jan Pedersen: Skatte- og afgiftsstrafferet*, 2001, s. 303 ff, *Per Hessel: Kildeskatteloven – pligter og ansvar*, 1984, s. 403 ff, *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 561 f, samme *Selskabsmasken*, 1991, s. 122, *Bent S. Madsen & Erik Werlauff i TfS* 1997, 46, *Tommy V. Christiansen i R&R* 1983, s. 492 ff og samme i *R&R* 1985, s. 279 ff, *Terkel Lund Nielsen i R&R* 1978, s. 9 ff, *Jørgen Mathiassen i R&R* 1978, s. 344, *Knud Elgaard i SR-Skat* 1991, s. 310 ff, *Ernest Polack i SpO* 1976, s. 278 ff, *Jens Olav Engholm Jacobsen i Juristen & Økonomen* 1979, s. 417, og *Hans Christensen i Juristen & Økonomen* 1980, s. 430 f.

317. Som udgangspunkt er domstolene netop noget tilbageholdende med at statuere et sådant ansvar overfor ufyldstgjorte kreditorer, jf. herved UfR 1977, 274 H *Havemann*.

Del IV – Konfrontation

A-skat mv., (2) den erstatningsansvarlige skal have handlet culpøst, og herunder allerede på det tidspunkt hvor lønningerne blev udbetalt, have indset eller burde indset, at selskabet ikke havde tilstrækkelige midler til at betale de tilhørende A-skatter mv., og (3) den erstatningsansvarlige skal derudover have haft en væsentlig økonomisk interesse og/eller være enerådende i selskabets anliggender. Det er ikke afgørende om de pågældende personer ejer nogen del af selskabets kapital.

For det andet kan nævnes den kategori, der vedrører hæftelse for ledelsens/hovedaktionærens egne A-skatter. Der har udviklet sig en praksis om nægtelse af godskrivning af indeholdt A-skat mv., såkaldt *nulstilling*. Heri ligger, at skattemyndighederne, modsat udgangspunktet i KSL § 60, stk. 1, litra a, nægter at anerkende indeholdelsen af A-skat i ledelsens eget lønvederlag. Nulstillingen medfører, at A-indkomsten anses som udbetalt uden skattetræk, hvorved indkomstmodtageren hæfter for skatten. Hensynet bag denne praksis er det samme som nævnt ovenfor ad ansvaret for ansattes uafregnede A-skatter. Ved nulstilling sikres mod, at ledere forud for selskabets økonomiske sammenbrud bogfører forhøjede lønudbetalinger med tilhørende indeholdelse af A-skat. Det forholder sig nemlig sådan, at uanset om ledelse modtager de bogførte lønudbetalinger, så indebærer selve indeholdelsen, at disse personer godskrives den indeholdte A-skat. Uden nulstilling ville det indeholdte beløb indgå i ledernes senere årsopgørelser og kan herved resultere i udbetaling af overskydende skat, mens den indeholdte men aldrig indbetalte A-skat blot figurerer som et konkurskrav mod selskabet³¹⁸. Det er blevet anført, at nulstilling i modsætning til førstnævnte kategori udgør en art hæftelse for A-skatten som hovedaktionæren/direktørens egen løn, idet personen her stilles, som om A-skatten ikke var afregnet, og at dette gælder uanset om almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt³¹⁹. Baggrunden herfor er angiveligt, at mens førstnævnte kategori alene baseres på et rent culpaansvar, så baserer nulstillingen formentlig på egentlig identifikation³²⁰.

Retstilstanden sammenskrives i TS-Cirk. 1997-9, hvor følgende betingelser for nulstilling anføres: (1) Den indeholdelsespligtige skal være

318. Forholdet udtrykkes således i TS-Cirk. 1997-9, pkt. 2., at begrundelsen er at undgå, at der gennem indeholdelsesreglerne opnås en fyldestgørelse hos skattemyndighederne, som ikke kan opnås i selskabet/boet.

319. Jf. Bent S. Madsen & Erik Werlauff i TfS 1997, 46.

320. Nuancerne i Højesterets præmisser i UfR 1981, 473 H, støtter tilsyneladende en sådan opfattelse, jf. også Erik Werlauff: Selskabsmasken, 1991, s. 122.

en virksomhed med begrænset ansvar. (2) Virksomhedens insolvens skal være konstateret ved ophør, konkurs, betalingsstandsning, akkord eller ligende. (3) Den indeholdelsespligtige skal have restance af A-skat mv., vedrørende den/de periode(r), hvor der er sket bogføring af disse beløb og ved udbetaling af løn de personer der nævnes nedenfor. (4) Nulstilling kan kun ske for den person, der har en væsentlig økonomisk interesse i virksomheden, og som disponerer enerådende i virksomhedens anliggender. Disse krav kan opfyldes af flere personer på én gang, ligesom der også kan foretages nulstilling for de nævnte personers ægtefæller mv. Det er heller ikke her afgørende om personen ejer virksomhedens kapital. (5) Nulstilling forudsætter, at de pågældende i kraft af deres tilknytning til virksomheden vidste eller burde vide, at der ikke var økonomisk realitet bag de formelle indeholdelser.

Fra praksis skal fremhæves UfR 1976, 241 Ø (hvor en direktør/hovedaktionær kendtes ansvarlig for indeholdte, uafregnede kildeskatter), UfR 1981, 473 H³²¹ (hvor en direktør/hovedaktionær ud over at hæfte for egne kildeskatter tillige blev ansvarlig for andre ansattes kildeskatter – dommen må antages at udgøre Højesterets anerkendelse af skattemyndighedernes praksis om nulstilling), TfS 1990, 421 Ø *Subk 401 ApS* (hvor en anpartshavers/direktørs ansvar og nulstilling for A-skatteestance blev modregnet i hans krav på overskydende skat).

Retstilstanden må kunne sammenfattes i et udsagn om, at aktionæren/ledelsen alene kan drages til ansvar for andre lønmodtageres uafregnede A-skatter mv., hvis de erstatningsretlige betingelser er opfyldt³²², mens det for så vidt angår egne uafregnede A-skatter mv., er tilstrækkeligt, at der foreligger et tilstrækkeligt dokumenteret økonomisk interessefællesskab. Dog må det anføres, at det ikke i enhver situation er rimeligt at forvente af et selskabs ledelse, at der på separat konto hensættes de indeholdte A-skatter måned for måned idet der siden nogle skelsættende domme hos domstolene synes at være en bedre forståelse for, at A-skatter er et krav, som automatiske opstår som følge af enhver fortsat drift, også selvom rekonstruktion forsøges. Navnlig tilfælde, hvor selskabsledelsen har en vis føje til at tro, at de økonomiske vanskeligheder kan overvindes, kan medføre ledelsens ansvarsfri-

321. Som kommenteret af *Mogens Munch* i UfR 1982 B, s. 1 ff.

322. Hvilket er bekræftet i retspraksis, hvor domstolene har tilsidesat forsøgene på at lade en videregående hæftelse baseret alene på det økonomiske interessefællesskab, erstatte den rene erstatningsretlige vurdering.

Del IV – Konfrontation

hed, uanset at budgetterne senere viser sig at være for optimistiske, jf. TfS 1985, 104 H *Bruno Christian Bager* (UfR 1985, 209 H) (hovedandpartshaver frifundet, idet der ikke var påvist culpa) og TfS 1985, 201 H *Bjerggaard Andersen* (UfR 1985, 377 H) (to direktører blev ikke erstatningspligtige for uafregnede A-skatter som vedrørte betalingsstandsningsperioden, idet de troede, at fortsættelsen ville medføre et overskud til kreditorerne) – i begge domme blev hovedaktionærerne frifundet, idet Højesteret ikke fandt det tilstrækkeligt dokumenteret, at hovedaktionærerne burde have indset, at en videreførelsen af virksomhederne ville medføre tab for kreditorerne herunder skattemyndighederne³²³. Se også TfS 1988, 114 Ø (hvor en direktør og bestyrelsesmedlem i et selskab, hvor han var faktisk enerådende, blev anset for personlig erstatningsansvarlig for de ikke indbetalte skattebeløb). Grænsedragningen illustreres også i UfR 1995, 43 H *Ole Peder Bredtoft*, hvor en direktør/eneandpartshaver blev fundet erstatningsansvarlig for det tab som skattemyndighederne havde lidt som følge af manglende afregning af indeholdte A-skatter, uanset at revisor fortsat havde tiltro til selskabets overlevelsesmuligheder, og at aktionæren ikke havde foretaget sig tilstrækkeligt i tide³²⁴.

I TfS 1988, 579 Ø *C og O.C.M.C. AG*, blev der statueret identifikation mellem et selskab og den ene af dets aktionærer vedrørende et udlæg for dennes gæld. Landsretten fandt, at der ikke havde foreligget en sådan reel økonomisk adskillelse mellem selskab og aktionær, at aktionærens kreditorer skulle være afskåret fra at gøre udlæg i selskabets konto for aktionærens gæld.

G) Ufrivillig identifikation i øvrigt og sammenfatning

Nævnes bør endvidere den særlige regel, der findes i OECD's modelbeskatningsoverenskomst artikel 17, stk. 2, der udgør en konkret skatteretlig kodifikation af princippet om »lifting the corporate veil« om kunstnere og sportsfolks etablering i selskabsform. Bestemmelsen tildeler en beskatningsret ved anvendelse af identifikationstankegangen. Baggrunden for bestemmelsen, der kom ind ved 1977-revisionen af OECD modeloverenskomsten, er at imødegå en særlig form for skatteomgåelse, der går under betegnelsen »artistselskab«, hvor en kunstner

323. Dommene er kommenteret af *Mogens Munch* i UfR 1985 B, s. 250 ff.

324. Se UfR 1999, 591 H *Erik Keld Jensen*, hvor direktøren/eneandpartshaveren blev kendt erstatningsansvarlig for ikke afregnede registreringsafgifter.

indgår en kontrakt med en anden person, typisk et selskab, ifølge kunstneren giver den anden person ret til at anvende kunstnerens tjenesteydelser. Det gælder nemlig, at så længe den anden person ikke har noget fast driftssted, hvor tjenesteydelserne udføres, vil den indkomst, der modtages af den anden person for levering af tjenesteydelserne, være skattefrie under artikel 7³²⁵.

Endelig kan nævnes en tilfældegruppe, hvor et *kontrollensyn* spiller ind. Det er således udtryk for en skatteretlig identifikation, når skattemyndighederne kan give et selskab pålæg om at omlægge sit indkomstår i medfør af SEL § 10, stk. 3, således at selskabets indkomstår svarer til den kontrollerede part eller gruppes indkomstår³²⁶. Denne omlægningsadgang i SEL § 10, stk. 3, 1. pkt. er begrundet i de vanskeligheder, som skattemyndighederne vil have med at få et korrekt billede af indtjeningsforholdene, hvis der består de i bestemmelsen nærmere opregnede tætte økonomiske forbindelser mellem selskabet mv. og de i bestemmelsen angivne personer, kredse af personer og selskaber mv. og disse har forskelligt indkomstår³²⁷. Kontrolkravet opfyldes såfremt en person, et selskab, en forening mv. eller en kreds af de nævnte på grund af aktiebesiddelse, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse udøver en bestemmende indflydelse på et selskab³²⁸. Der ligger altså et kontrollensyn bag denne specifikke lovhjemlede identifikationsmulighed.

Som det ses, er det skatteretlige identifikationsinstitut i visse tilfælde fremvokset uden lovhjemmel³²⁹. Sammenfattende om den uønskede identifikation uden lovhjemmel kan man sige, at denne er statueret, hvor der er sket en formel opdeling af naturligt sammenhængende erhvervsvirksomhed på flere selvstændige retsenheder. Synspunktet har tilsyneladende været, at en sådan opdeling ikke må kunne medføre en vilkårlig eller uigennemskuelig indkomstdeling mellem de selvstændige

325. Jf. herom de officielle kommentarer til OECD MDBO art. 17, stk. 2 pkt. 11 ff.

326. De statslige told- og skattemyndigheder har delegeret sin kompetence til de regionale told- og skattemyndigheder, men afgørelsen vil kunne påklages til Told- og Skattestyrelsen, jf. SEL § 10, stk. 3, 2. pkt.

327. Jf. FT 1959/60 A sp. 1056, hvor kontrollensynet angives.

328. *Erik Werlauff* anfører i *Selskabsmasken*, 1991, s. 124 med note 306, at lighedspunkterne til 2. led i den selskabsretlige koncerndefinition er tydelige.

329. Sml. for denne konstatering *Erik Werlauff*: *Selskabsmasken*, 1991, s. 60 note 132. Samme forfatter slutter tilsvarende for så vidt angår insolvensretten, jf. også analyserne op.cit. s. 113 ff.

retsenheder³³⁰. Man kan herom endvidere konstatere, at identifikation fremkommer, hvor der har været i følt behov herfor – med eller uden lovhjemmel – og hvor resultatet eller ville forekomme helt uacceptabelt for retsordenen. Ligeledes ses det, at der findes adskillige lovhjemlede udslag af tanketangen om frivillig identifikation.

7.4.3. Om nullitetsbetragtninger

7.4.3.1. Generelt

I skatteretlig praksis har der gennem tiderne været anvendt en særlig nullitetsbetragtning til at bortse fra eksistensen af en selvstændig juridisk person³³¹. Identifikationsbegrebet og nullitetstankegangen må siges at være udtryk for samme forhold, nemlig at der i visse tilfælde kan ske en identifikation af selskab og selskabsdeltager. Dog indebærer en nullitetsbetragtning, at der sker en generel og fuldstændig identifikation af selskab og selskabsdeltager. Identifikation kan derimod finde sted i varierende udstrækning. Skatteyderne har kunnet søge at gennemføre nullitetssynspunktet for derved at overføre indkomstreducerende poster til den personlige økonomi. Omvendt kan skattemyndighederne gøre synspunktet gældende for derved at overføre resultatet af selskabets økonomiske virksomhed til det personlige beregningsgrundlag. De fleste tidlige sager har drejet sig om identifikation af hovedaktionærer og aktieselskaber og har navnlig været aktualiseret, (1) hvor en eller flere formelle betingelser for selskabsstiftelsen svigter, eller (2) hvor selskabets økonomi rent praktisk er en integreret bestanddel af den

330. Jf. Erik Werlauff: Selskabsmasken, 1991, s. 125, der sammenfatter retstilstanden for selskabs- aftale-, insolvens- og skatteretten således: »... at sådan identifikation statueres med eller uden lovhjemmel i tilfælde, hvor det ville blive følt uacceptabelt, om selskabets og kontrolgruppens forskellige retspositioner skulle være ganske uden indflydelse på hinanden, og hvor en accept af sådan total indbyrdes uafhængighed ville medføre, at kontrolgruppen efter forgodtbefindende kunne foretage fordeling (og dermed forvridning) af den indbyrdes placering af indkomst, aktiver og/eller passiver samt andre forpligtelser ...«.

331. Der henvises til Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 53 ff, samme i J 1961, s. 658 ff, J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså: Beskatning af selskaber og Aktionærer mv., 1961, s. 48 f. Sidstnævnte finder, at der ikke er tvivl om, at en anvendelse af de rent formelle kriterier, ikke mindst ud fra et retsteknisk synspunkt, vil være at foretrække, navnlig, hvis domstolene og landsskatteretten vil tage skridtet fuldt ud, således at nullitetssynspunktet kun anerkendes i skattemæssig henseende, når behørig afmeldelse har fundet sted. Se også Jan Pedersen i Skatteretten 2, 2004, s. 327, note 1, og Søren Friis Hansen: Europæisk koncernret, 1995, s. 350 f.

personlige økonomi. Der er i gældende dansk skatteret enighed om, at nullitetsterminologien ikke længere anvendes³³².

Der var dog i ældre praksis en vis støtte for nullitetssynspunktet. Selvom nogle af datidens forfattere fandt, at det var svært at finde en klar linie i denne praksis, har *Thøger Nielsen* imidlertid påvist at dette ikke var tilfældet³³³. Heraf fremgår det, at praksis ikke har anerkendt nullitetstankegangen, hvor et selskab havde pligt til at træde i likvidation efter aktieselskabsloven, jf. UfR 1926, 140 H, eller hvor aktionæren (hvad enten en fysisk person eller et selskab) fuldstændig kontrollerer selskabet, jf. UfR 1955, 117 H. Derimod anerkendtes nullitetsbe-
tragtningen, hvor ovenstående forhold foreligger, men kombineret med den afgørende omstændighed, at skatteyderen selv bogføringsmæssigt og skattemæssigt har behandlet selskabet – dets aktiver og passiver – som bestanddele af sin egen økonomi, jf. UfR 1934, 45 H. Det er netop adskillelsen mellem økonomierne der efter *Thøger Nielsens* opfattelse markerede grænselinien³³⁴.

At nullitetsterminologien er svær at aflive, fremgår af TfS 1999, 411 LR, hvor forespørgere anmodede om, at et udenlandsk selskab beliggende på Bahamas kunne blive anset som en nullitet. Se også TfS 1997, 506 H *Tage S. Nielsen*, om et lån, som aktionæren optog i et helejet selskab. Dette havde hjemme på Jersey, og skattevæsenet ville ikke give aktionæren fradragsret for renteudgiften. Told- og Skattestyrelsen ville ikke bestride selskabets formelle eksistens, men gjorde gældende, at aktionæren i realiteten både var kreditor og debitor. Indholdet af argumentationen synes at være, at selv om et selskabs eksisterer i selskabsretlig forstand, kan det godt være en skatteretlig nullitet. Højesteret fejede imidlertid skatteministeriets argumentation af bordet og konstaterede, at selskabet var lovligt oprettet og bestående. Da ydermere låneoptagelsen var en sædvanlig forretningsmæssig disposition, og lånet blev ydet på armslængde vilkår, måtte fradraget anerkendes.

332. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 53 ff, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 691, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 26, og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 327, note 1, og samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 396, og *Philip Noes* i Skattekartoteket, kapitel 13, s. 83 f.

333. Jf. J 1991, s. 658 ff.

334. Op.cit., s. 660.

7.4.3.2. Registreringskriteriets generelle forrang

At nullitetstankegangen ikke længere kan opretholdes, fremgår af det forhold, at den selskabsretlige registrering i praksis er af så stor betydning selskabsskatteretligt, at skattesubjektiviteten opretholdes selvom det senere viser sig, at betingelserne for registrering reelt ikke var til stede eller om registreringen er sket på et forkert grundlag. Fra praksis kan nævnes LSRM 1942, 15 og LSRM 1947, 2, og TfS 1989, 68 H ApS af 10.6. 1970 og Mogens Glistrup, om et tomt Glistrup-selskab. I sagen blev et registreret anpartsselskab anset for skattepligtigt, selvom registreringen var opnået ved urigtige oplysninger om kapitalens indbetaling. Højesteret udtalte, at denne omstændighed, at Mogens Glistrup som fastslået ved højesteretsdom af 22.6. 1983 (UfR 1983, 705) oprindeligt opnåede indregistrering af blandt andre det appellerende selskab ved urigtige angivelser om kapitalens indbetaling, ikke i sig selv udelukker, at selskaber, der ikke har været begæret opløst kan undergives selskabsbeskatning, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Det skal herved bemærkes, at de lavere retsinstanser tilsyneladende fandt, at den relevante beskatningshjemmel skulle være SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

Med udgangspunkt i afhandlingens evalueringsmodel, må det som tidligere klargjort lægges til grund, at der gælder et *middelstærkt kongruenskrav* vedrørende anvendelsen af aktie- og anpartsselskabsbegrebet.

Det må imidlertid anføres, at der ved den nævnte praksis, hvorefter der konstateres skattepligt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, ikke er i modstrid med problemstillingens selskabsretlige baggrund. Således må det også selskabsretligt antages, at retssubjektiviteten afhænger af den formelle registrering, hvorved en juridisk person eksisterer fra registrering og indtil en afregistrering³³⁵. Dette må gælde så meget desto mere, såfremt fejlene ved den selskabsretlige registrering ikke er oprindelige. Der ville således kun være tale om en fravigelse mellem skatteretten og civilretten, såfremt personlig hæftelse for selskabsstifterne ville blive opretholdt. Dette kan ikke antages at være den selskabsretlige retstilstand, jf. ASL § 12, forudsætningsvis. Eventuel selskabsretlig hæftelse

335. Se Erhvervsankenævnets kendelse af 28.11. 2000, om registreringsnægtelse af et aktieselskab begrundet i, at de aktietegnende selskaber på tidspunktet for anmeldelsen endnu ikke selv var blevet registreret, hvilke således i henhold til ApSL § 12, stk. 1, ikke ubetinget kunne disponere over de beløb eller andre midler, der var indbetalt eller indskudt, som vederlag for anparter.

må formentlig løses efter culpanormen, jf. ASL § 140³³⁶. Set i dette lys findes der ikke at være anledning til at foretage nærmere analyser af forholdet mellem skatteretten og civilretten.

Sammenfattende må den opretholdte kongruens på dette område bifaldes³³⁷. Samtidig kan det bemærkes, at den konstaterede kongruens må ses som en direkte konsekvens af, at aktie- og anpartsselskaber udgør et produkt af retsordenen, og en skatteretlig håndtering heraf må nødvendigvis holde sig til civilrettens udgangspunkt.

7.4.3.3. *Substitutionsgrundsætningen*

Der er blevet anlagt en nullitetsbetragtning i tilfælde, hvor selskabets økonomi rent faktisk har været en integreret del af selskabsdeltagernes økonomi. Der er her tale om den såkaldte *substitutionsgrundsætning*³³⁸. Praksis under denne benævnelse indebar, at stærkt persontilknyttede indkomsttyper ikke kunne gøres til selskabsindkomst, men skulle forblive personindkomst, fordi personens indsats ikke kan substitueres af andre personer. Denne administrative praksis blev særligt i de senere år opretholdt for kunstnere, forfattere og professionelle sportsfolk³³⁹. Det ses, at der er nære forbindelseslinier til nullitetsbegrebet. Dog er der ikke tale om identiske begreber. Efter nullitetsbetragtningen frakender man et selskabs skattesubjektivitet, mens man efter substitutionsgrund-

336. Det skal dog bemærkes, at spørgsmålet formentlig ikke vil blive aktuelt efter 1.8. 1993 hvor ASL § 11, stk. 2 (ApL § 11, stk. 2) blev indført. Herefter kræves, at der indsendes bevis for, at kapitalen er indbetalt.

337. En fravigelse fra selskabsretten er der heller ikke tale om ved den praksis der indebærer, at endnu uregistrerede selskaber skattemæssigt kan tages under skattemæssig behandling som et selskab, med virkning fra begyndelsen af dets første regnskabsår. Formentlig skal dette ses som et udslag af ligningsmæssig fleksibilitet, idet ligningen af det endnu uregistrerede selskab sker under et indforstået forbehold om at »selskabet« senere registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og således kommer til eksistens som juridisk person og dermed som skatteretssubjekt. Det kan således ikke herved siges at være tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten. Se afsnittet nedenfor om selskabsstiftelse for en mere dybdegående analyse af dette samspil.

338. Denne praksis har været behandlet temmelig indgående de senere år. Se eksempelvis herom *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 91 ff, *Carsten Led-Jensen*: Beskatning af lønindkomst – herunder aktiebaserede aflønningsformer, 2000, s. 87 ff, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 598, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 338 ff, samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 396 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 83 f, og samme i Tfs 1999, 237, og *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 17 ff.

339. Grundsætningens anvendelsesområde blev med tiden indskrænket, idet flere og flere erhverv med skatteretlig virkning blev tilladt udført i selskabsform med de dertil knyttede skatteretlige virkninger.

sætningen henfører selskabets indtægter til et andet skattesubjekt³⁴⁰. Ved tilsidesættelser af indkomstoverførsler efter substitutionsbetragtningen ophævede man således ikke selskabets ansættelse, men neutraliserede overførslen ved at forhøje hovedaktionærens indkomst med differencen mellem hævet løn i selskabet og det samlede vederlag³⁴¹.

Med Højesterets dom om operasangeren Aage Haugland i TfS 1998, 485 H (UfR 1998, 1314), fik denne praksis endelig dødsstødet³⁴². Sagen drejede sig om spørgsmålet, om en operasanger kunne drive sin koncertvirksomhed mv. i selskabsform. Skatteyderen var ansat som operasanger ved Det Kongelige Teater og havde herudover indtægter ved koncerter og andre kunstneriske aktiviteter i Danmark og udlandet, og han ønskede at drive denne koncertvirksomhed mv. gennem et anpartsselskab. Ligningsrådet havde tidligere svaret benægtende på spørgsmålet, om sådan virksomhed kunne drives i selskabsform. Landsskatte retten og Landsretten kom til samme resultat. Højesteret bemærkede, nærmest befriende, at det forhold, at selskabets virksomhed i det væsentlige ville bestå i udbud af kunstneriske aktiviteter, som kun kunne opfyldes af den pågældende selv, ikke adskilte virksomheden afgørende fra anden virksomhed, som i de senere år udøves i selskabsform. Der var hverken i statsskatteloven eller på andet grundlag hjemmel til at frakende kunstnerisk virksomhed i selskabsform skatteretlig betydning. Skatteministeriet skulle herefter anerkende, at operasangeren kunne drive sin kunstneriske virksomhed gennem et anpartsselskab. Kunstneres advokat procederede i sagen på, at der ikke er noget selskabsretligt til hinder for at udøve kunstnerisk virksomhed i selskabsform. Såfremt en virksomhed udøves i overensstemmelse med de selskabsretlige regler i selskabsform, måtte dette efter advokatens, og nu altså Højesterets, opfattelse også accepteres skatteretligt.

340. At adskillelsen ikke er let illustrerer omtalen hos *Søren Friis Hansen* i *Europæisk koncernret*, 1995, s. 351, hvor substitutionsgrundsætningen omtales som en renæssance for nullitetssynspunktet. Om den nære forbindelse mellem begreberne se *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning II*, 1972, s. 55.

341. Se herved eksempelvis *Jan Pedersen*: *Skatteudnyttelse*, 1989, s. 398.

342. Dommen er, ud over de almindelige fremstillinger som nævnt ovenfor, kommenteret i *JUS* 1998/27, af *Poul Bostrup* i *SpO* 1998, s. 193, *Gitte Skouby* i *TfS* 1998, 549, og samme i *R&R* 1998/10, s. 30 ff, *Jan Pedersen* i *R&R* 1998, SM 305 og *Ole Bjørn* i *SR-Skat* 1998, s. 208. Se også *TSS Cirkulære* 1998-27. Dommens resultat ligger i tråd med opfattelsen hos *Thøger Nielsen* i *SpO* 1972, s. 51 ff. Tilsyneladende har en tilsvarende praksis aldrig fået lov til at blive udviklet i Sverige, idet tankegangen tidligt blev forladt, jf. *Sture Bergström*: *Skatter och civilrätt*, 1978, s. 231 f.

Som nævnt blev substitutionsbetragtningen kun opretholdt for visse erhvervsgrupperinger. Betragtningen var således i modstrid med de erhvervspolitiske målsætninger for de pågældende erhverv, hvorefter disse kan udøves i selskabsform uden civilretlige hindringer³⁴³. Ligeledes var det svært at se, hvad der adskilte på pågældende erhverv fra andre erhverv, som på samme måde er præget af manglende substitutionsmuligheder, herunder eksempelvis advokat- og revisorgerningen³⁴⁴.

Hermed opretholdt skattemyndighederne en erhvervsdiskriminerende ordning. Det er umiddelbart svært at finde gode argumenter for at opretholde en sådan underminerende ordning ud fra et retssystematisk synspunkt. Udgangspunktet om, at der består et middelstærkt koordinationsbestemt kongruensbehov og et middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav, er på dette område det samme som behandlet ovenfor. Ligeledes skal det helt essentielle krav om hjemmelsgrundlag have in mente ved en analyse af praksis. Højesteret har således ikke haft mulighed for at afveje bagvedliggende hensyn, idet resultatet efter almindelig juridisk metode medførte at grundsætningen måtte tilside-sættes som værende uhjemlet. Højesterets dom fastslår, at civilretten skal respekteres. Dette synes dog særligt at være tilfældet, fordi skatteretten objektivt konstaterbart har lagt det selskabsretlige selskabsbegreb til grund for skattepligtskonstateringen, og derfor som sådan kræver hjemmel til at fravige (det består som nævnt et retskildebestemt kongruenskrav)³⁴⁵.

Som nævnt er der ikke hjemmel i skattelovgivningen til at opretholde substitutionsgrundsætningen, hvorved de almindelige skattepligtsbestemmelser skal lægges til grund. Dette indebærer imidlertid, at civilretten skal respekteres. Udgangspunkt må herefter være, at al erhvervs-virksomhed, der civilretligt kan udøves i selskabsform også skatteretligt

343. Udgangspunktet i dansk ret er, at al erhvervsvirksomhed kan udøves i selskabsform, medmindre det modsatte følger af særlige lovbestemmelser. Dog er visse erhverv stadig civilretligt forhindret i at drive erhvervsaktivitet i selskabsform, jf. herom *Ole Bjørn* i SR-Skat 1998, s. 208.

344. Jf. *Ole Bjørn* i SR-Skat 1998, s. 209, der på denne baggrund kalder argumentet hult.

345. *Poul Bostrup* bemærker i SpO 1998, s. 202, at dommen er udtryk for princippet om, at civilretten skal være styrende for skatteretten, hvilket efter forfatterens opfattelse er meget positivt. Det må være rigtigt, at civilretten i den af dommen omhandlede situation har været styrende. Dette skyldes efter min vurdering dog ikke et generelt princip, men blot, at konstateringen af skattesubjektivitet for selskaber er direkte knyttet til selskabsrettens begrebsverden.

Del IV – Konfrontation

må udløse de almindelige konsekvenser som følge af en selskabsstiftelse. På denne baggrund må det konstateres, at skatteretten er kongruent med civilretten. Dette holdepunkt følges imidlertid kun til et vist punkt, idet visse modifikationer hertil skal observeres.

For det første antages det i praksis, at den skatteretlige anerkendelse i visse henseender rækker længere end den civilretlige anerkendelse. Dette kommer til udtryk derved, at skattemyndighederne har accepteret, at bestyrelseshonorarer i skattemæssig henseende kan henføres til virksomhedskonsulentselskaber og advokatselskaber³⁴⁶. I TfS 2002, 262 LR fandt Ligningsrådet således, at en virksomhedskonsulent kunne indtægtsføre nogle bestyrelseshonorarer i sit konsulentanpartsselskab. Ligningsrådet lagde herved tilsyneladende stor vægt på det forhold, at bestyrelsesarbejdet havde indgået som et integreret led i udførelsen af konsulentvirksomheden³⁴⁷. Ligningsrådet udtalte i tilknytning hertil i principielle vendinger, at det ikke kunne føre til et andet resultat, at de selskabsretlige regler i ApSL § 19, foreskriver et krav om, at bestyrelseshverv skal varetages af fysiske personer. Der blev i denne forbindelse henset til, at den selskabsretlige regulering tilsigter at varetage andre hensyn end den skatteretlige³⁴⁸. På linie hermed udtalte Told- og Skattestyrelsen i TfS 1996, 337, at bestyrelseshonorarer til advokater kunne indtægtsføres i et advokatselskab. Også her må det have været afgørende, at honorarerne lå i umiddelbar tilknytning til advokatvirksomheden, ligesom det var en forudsætning, at det mellem advokaten, selskabet, og de øvrige selskabsdeltagere var aftalt, at bestyrelseshonorarer skulle tilfalde selskabet. Referatet af udtalelsen er kortfattet, men i TfS 2002, 267, fremlægger en fuldmægtig fra Told- og Skattestyrelsen styrelsens ratio decidendi³⁴⁹. Således fremhæves følgende betragtninger: »... Folketinget har bestemt, at advokater i visse situationer skal op-

346. ASL § 52 foreskriver således, at kun fysiske personer kan være bestyrelsesmedlemmer. Samtidig fremgår det dog af RPL § 124, at advokater kan drive advokatvirksomhed i selskabsform. Selv om der i praksis kun er støtte for de nævnte erhvervsgrupper, må det antages, at principperne kan overføres til eksempelvis ansatte i venture capital selskaber, der pålægges at deltage i bestyrelsesarbejde i porteføljeselskaber.

347. Forhåndsbeskeden og tidligere praksis omtales af Sune Hein Bertelsen i TfS 2002, 267. Den samme betingelse var ikke opfyldt i TfS 2003, 957 LR.

348. Afgørelsen kritiseres på dette punkt af Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 100, idet det antages, at den anførte begrundelse ikke er tilstrækkelig til at tilsidesætte civilretten, når denne er klar og entydig. Der er efter forfatterens opfattelse intet bemærkelsesværdigt i, at civilretten varetager andre hensyn end skatteretten, hvorfor selve begrundelsen efter forfatterens opfattelse ikke er generelt gangbar.

349. Jf. Sune Hein Bertelsen i TfS 2002, 267.

træde som personer. Folketinget har også bestemt, at advokater kan drive virksomhed i selskabsform, og at de i den forbindelse også skal hæfte personligt for ethvert klientkrav. Hvis denne specialregulering for advokatselskaber skal være fornuftig og sammenhængende, må resultatet være, at advokatselskaber er rette indkomstmodtager for alle advokatens indtægter, også de indtægter, som hviler på, at advokaten optræder personligt. De civilretlige regler om, hvad eller hvem kreditorerne kan holde sig til, fører ikke til noget andet resultat. Der foreligger mellem selskabet og selskabsdeltagerne en kontrakt, hvorefter selskabet er rette indkomstmodtager. Aktieselskabslovens § 52 er en ren ansvarsregel, der intet har at gøre med spørgsmålet om rette indkomstmodtager. Den omstændighed, at lovgiver har ønsket at fastholde det personlige ansvar for bestyrelsesmedlemmer, er efter Styrelsens opfattelse ikke til hinder for, at honoraret i henhold til en aftale skattemæssigt kan tilfalde advokatselskabet. Advokater anser bestyrelsesarbejde for at være en integreret del af en advokatvirksomheds samlede ydelser. Det er i administrativ praksis anerkendt, at bestyrelseshonorarer, der oppebæres af en advokat, der driver virksomhed i personligt regi, indgå i virksomhedens indkomst. Det afgørende skridt er i realiteten allerede truffet med denne praksis ...».

Ved den omtalte praksis fraviges tidligere praksis, som den kom til udtryk i TfS 1991, 477 LR³⁵⁰. I denne sag fandt Ligningsrådet, at en virksomhedskonsulent ikke med skattemæssig virkning kunne henføre bestyrelseshonorarer fra 17 selskaber til et aktieselskab. Begrundelsen herfor var, at selskabslovene foreskriver et krav om, at bestyrelsesmedlemmer skal være fysiske personer. Herved ansås den fysiske person også i skattemæssig henseende som rette indkomstmodtager³⁵¹.

Problemstillingen er herefter ligefrem. På den ene side står det skatteretlige hensyn til at indtægtsføre honorarerne hos det skattesubjekt, der har realiseret indkomsten i henhold til SL § 4. Samtidig ønskes ikke en retstilstand, hvorefter honorarer, der udgør en integreret del af en

350. Det fremgår da også af et udførligt notat til TfS 1996, 337, at TfS 1991, 477, ville blive tilsidesat, idet advokatsagen antoges at få afsmittende effekt.

351. Denne praksis skal måske ses i sammenhæng med en tidligere passus i LV 1991 S.C.1.1.1., hvorefter skattemyndighederne ikke skulle påse overholdelsen af de civilretlige regler om forbud mod udøvelse af visse erhverv i selskabsform. Det konstateres dog, at i det omfang en virksomhed i strid med sådanne civilretlige forbud, drives i selskabsform, skulle der ske regulering, således at indkomsten ved erhvervets udøvelse beskattedes hos den fysiske person, der måtte antages at have erhvervet indkomsten.

Del IV – Konfrontation

virksomheds indtægter, skal undergives en selvstændig skatteretlig behandling, når der ikke er tale om en sådan situation, hvor der vilkårligt søges overført bestyrelses honorarer til et selskab uden sammenhæng med øvrig erhvervsaktivitet. På den anden side står det selskabsretlige hensyn bag ASL § 52, stk. 1 og ApSL § 19, stk. 1, 4. pkt., der skal sikre, at der ikke sker en forflygtigelse af bestyrelsens ansvar³⁵². En afvejning af disse hensyn bør indledes med en kvalificering og en kvantificering af eventuelle kongruenskrav og kongruensbehov. Der kan ikke konstateres noget retskildebestemt kongruenskrav, idet skatteretten ikke retskildemæssigt er forpligtet at varetage civilrettens hensyn. Koordinationsstankegangen fører i denne forbindelse til konstateringen af et middelstærkt kongruensbehov. Grundet følgende betragtninger har en konfrontation hermed imidlertid ikke nogen betydning. Det må nemlig fastholdes, at en indkomstkonstatering i henhold til læren om rette indkomstmodtager knytter sig til SL § 4, og kravet heri om indkomstens realisation. Herved er det forudsætning for honorarbeskatning i selskaberne, at disse har realiseret indkomsten i skatteretlig henseende. Det afgørende må være, *hvorvidt skatteyderen har disponeret over indkomsten*, og dermed om denne kan siges *at have passeret skatteyderens økonomi*³⁵³. Er dette tilfældet, er der tale om en realiseret indkomst i skatteretlig henseende³⁵⁴. Vejledende må i denne henseende være, (1) om der kan konstateres en indtægt, (2) hos hvilket skattesubjekt ville denne konstaterede indtægt havne, såfremt der ikke aktivt blev grebet styrende ind fra en fysisk eller juridisk person, der (3) i et ikke nærmere bestemt

352. Jf. Betænkning nr. 362 1964 om Revision af Aktieselskabslovgivningen, ad. § 56, s. 142 f.

353. Det antages i almindelighed, at en overdragelse af retten til en indtægt uden samtidig overdragelse af det aktiv, der afkaster indtægten vil medføre, at ejeren af aktivet fortsat vil blive anset som rette indkomstmodtager med skattepligt af indtægten for denne til følge. Selv om ejeren rent faktisk ikke har oppebåret indtægten, siges den at have passeret hans økonomi, hvilket er tilstrækkeligt til at statuere skattepligt. Se herom *Age Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 598, og *Jan Pedersen* i TfS 2001, 284, s. 1116, samme i Skatteudnyttelse, 1989, s. 394, *Ole Bjørn* i R&R 1975, s. 177 ff, og *Thøger Nielsen* i UfR 1972 B, s. 201 ff.

354. Jeg deler således ikke synspunktet hos *Christian Homilius*, der i SpO 2000, s. 334, anfører, at læren om rette indkomstmodtager altid indebærer en fiksering af indkomst hos træet. Det må antages, at der er tale om en optjent indkomst også i driftsøkonomisk henseende, i det omfang indkomsten har passeret skatteyderens økonomi. *Jan Pedersen* benytter i TfS 2001, 284 kriteriet om »optjening i driftsøkonomisk henseende«, dog uden at gøre sig nærmere overvejelser om, hvad der netop i driftsøkonomisk henseende må antages at udgøre optjente indkomster. Samtidig anerkender forfatteren tilsyneladende synspunktet om indkomsters passering af skatteyderes økonomi som udtryk for realiserede indkomster, jf. TfS 2001, 284, s. 1116.

omfang har haft det i sin magt at gennemtrumfe en ændring af, hvem der skal modtage den omhandlede indtægt. Den sekundært nævnte betingelse må afgøres ud fra en civilretlig vurdering af, hvem der i forhold til en hypotetisk tredjemand ville have et retskrav på indtægten³⁵⁵. Et eventuelt indtægtsafkald skal gives, inden retskravet er opstået, og afkaldet skal være blankt³⁵⁶.

På denne baggrund må det i relation til bestyrelseshonorarer fastholdes, at der faktisk foreligger en aftale, der tildeler konsulent- eller advokatselskabet det omhandlede bestyrelseshonorar. Hvor der ikke hos selskabet kan konstateres en retlig adkomst til honoraret, kan selskabet følgelig ej heller anses som rette indkomstmottager. Herved bliver der følgelig blot tale om at beskatte rette indkomstmottager, som også i civilretlig henseende har adkomst til honoraret. De civilretlige regler tilsidesættes ikke i denne henseende. Det er fortsat den fysiske person, som er et personligt ansvarligt bestyrelsesmedlem. I skattemæssig henseende er der blot tale om at et honorar indtægtsføres og beskattes hos et selskab, idet honoraret udgør en integreret del af selskabets virksomhed, og idet indtægten faktisk må anses som realiseret hos selskabet. Det er ikke sådan, at det med denne skatteretlige praksis generelt anerkendes, at bestyrelsesmedlemmer kan antage form af juridiske personer. Samspilskonflikten mellem skatteretten og civilretten er derfor mindre betydningsfuld, end det umiddelbart kunne synes. Det samme gør dog sig gældende ved eksempelvis den skatteretlige fravigelse fra privatautonomien, idet aftalers civilretlige virkninger sædvanligvis ikke berøres af den skatteretlige korrektion. Årsagen til at den her behandlede problemstilling ikke antages at udgøre et tilsvarende problem, ligger i den forskel, at det civilretlige forbud mod juridiske personer som bestyrelsesmedlemmer ikke udgør det skatteretlige faktum. Når endvidere henses til, at selskabsrettens hensyn ikke undermineres af den skatteretlige praksis, skal der ikke rettes indvendinger her imod. En fravigelse fra skatterettens indkomstrealisationskriterium ville da

355. Det erindres herved, at det i praksis netop er et vilkårligt brug af civilretlige aftaler, der ligger til grund for indkomstflytningen.

356. Om indkomstafrkald anfører *Jan Pedersen: Skatteudnyttelse*, 1989, s. 394, at, »... Såfremt skatteyderen har givet afkald på en mulig indkomsterhvervelse, vil dette i reglen ikke resultere i noget beskatningskrav. Dette følger allerede af, at der slet ikke er opstået noget retskrav. Er indtægtserhvervelsen konkretiseret, er det dog en forudsætning, at afkaldet er »blankt« og givet, inden retskravet er opstået, således at skatteyderen ikke – direkte eller indirekte – disponerer over indtægten. I så fald har indtægten, som det almindeligvis udtrykkes, »passeret skatteyderens økonomi« og derefter gaveoverdraget ...«.

også være en uundgåelig konsekvens af, at skulle følge selskabsretten og hensynene i denne disciplin blindt.

For det andet er det anerkendt, at bestyrelseshonorarer i koncerner kan betales til moderselskabet, uden skattemæssige konsekvenser for den ansatte som udøver bestyrelsesarbejdet i datterselskabet³⁵⁷.

For det tredje skal det bemærkes, at der dog ikke fuldstændigt er åbne sluser for konvertering af personindkomst til selskabsindkomst³⁵⁸. Om dette er der enighed i litteraturen, og synspunktet finder tillige støtte i praksis. Dette udsagn er begrundet med, at det fortsat ikke i praksis accepteres, at lønmodtagere i et almindeligt tjenesteforhold med skatteretlige virkning opretter særlige *lønmodtagerselskaber*³⁵⁹. Afgræns-

-
357. Jf. TfS 2004, 835 LR som ændrede TfS 2004, 262 LR. Medarbejderen i moderselskabet undgik beskatning, idet denne ikke fandtes af have den retlige adkomst til honoraret. Dette tilkom i stedet moderselskabet, idet den fulgte af den ansattes ansættelsesvilkår, at denne måtte give afkald på bestyrelseshonoraret. Ligningsrådet tog dog samtidig forbehold for vilkårlige påvirkninger af retten til bestyrelseshonoraret.
358. Carsten Led-Jensen finder i Beskatning af lønindkomst – herunder aktiebaserede aflønningsformer, 2000, s. 90, at der i administrativ praksis (TfS 1998, 655 LR) fortsat synes at være en reminiscens fra den tidligere restriktive praksis. Se tillige generelt om personlig virksomhed i selskabsform Jan Pedersen i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Torsten Iversen m.fl. (red.), 2003, s. 977 ff, og om lønmodtagerselskaber Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 95 ff.
359. Jf. eksempelvis TfS 1998, 114 H Dansk Data Udstyr ApS (UfR 1998, 394 H). Dommen viser formentlig at det er en forudsætning for den skatteretlige anerkendelse af selskabskonstruktionen, at de fulde konsekvenser af selskabskonstruktionen er truffet, jf. herved Malene Kerzel i Hovedaktionærdispositioner i skatteretligt belysning, 2000, s. 107. Der kan ligeledes henvises til TfS 2001, 930 Ø Bendt Andreas Bendtsen, hvor en læge blev anset som værende skattepligtig af indtægter som denne havde kanaliseret til et Gibraltarselskab via en konsulentaf tale. Landsretten nåede sit resultat ud fra en realitetsfortolkning, hvorefter konsulentkonstruktionen ikke havde en sådan realitet, at den kunne lægges til grund i skattemæssig henseende. Der blev herved tilsyneladende henset til at skatteyderen i realiteten var lønmodtager. Skattemyndighederne procederede samme resultat men argumenterede alene ud fra lønmodtagersynspunktet, hvorefter lægen var rette indkomstmodtager og ikke kunne sætte sig selv på aktier. Se også TfS 2002, 519 H Peter Dahl Jensen, hvor en skatteyder blev beskattet af indkomst som han havde henført til et selskab. Trods en vis sammenblanding af realitetsbetragtninger og lønmodtagerafgrænsningen ved de lavere instanser var Højesteret klar i sin dom. Således blev det slået fast, at vederlag for personligt arbejde i et tjenesteforhold skal beskattes som personlig indkomst, jf. SL § 4, og at et selskab ikke kan anses som rette indkomstmodtager for så vidt angår lønindkomst. På baggrund af en samlet vurdering af de kriterier, der er angivet i Cirk. nr. 129 af 4.7. 1994, pkt. B.3.1.1., tiltrådte Højesteret, at det vederlag der i de omtvistede år blev udbetalt, måtte anses som løn for skatteyderens personlige arbejde i det udbetalende selskabs tjeneste. Højesteret lagde herved særligt vægt på, at arbejdet ikke bestod af en bestemt, nærmere afgrænset opgave, men derimod havde karakter af fuldtidsbeskæftigelse med løbende varetagelse af centrale ledelsesopgaver vedrørende økonomi og personale som et led i virksomhedens almindelige drift, at skatteyderen var undergivet bestyrelsesformandens instruk-

ningsmomenterne i skatteretlig henseende findes i skattedepartementets cirkulære nr. 129 af 4.7. 1994 om Personskatteloven, pkt. 3.1.1., der indeholder den generelle begrebsbestemmelse af udtrykket »selvstændig erhvervsvirksomhed«. Det er således ikke tilstrækkeligt, at et selskab er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Således begrundede *Jan Pedersen* dette med, at registreringen alene er af formel karakter og blot sikrer, at selskabets vedtægter opfylder kravet om erhvervsmæssig virksomhed og i øvrigt sikrer, at selskabslovgivningens kapitalkrav er opfyldt³⁶⁰. Samme forfatter antager, at der næppe i formel henseende er hindringer mod, at skattemyndighederne således administrerer en selskabsretlig lovgivning, som direkte er rettet mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen³⁶¹. Dette skyldes efter forfatterens opfattelse, at den formelle selskabsretlige konstatering af registreringsdokumenternes formålsangivelser selvsagt ikke kan tillægges selvstændig betydning ved den retlige vurdering af selskabets faktiske drift. Forfatteren finder, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens godkendelse af selskabets status som selvstændig erhvervsdrivende således alene har den skatteretlige konsekvens, at skattemyndighederne er forpligtet til at anerkende selskabets skatteretsevne. Derimod er skattemyndighederne ikke forpligtet til at anerkende selskabets indkomstangivelser, blot fordi selskabet er registreret som et aktie- eller anpartsselskab. Det må derfor konstateres, at der i princippet ikke er noget til hinder for, at skattemyndighederne tilsidesætter selskabets samlede indkomstopgørelse under henvisning til, at selskabet ikke opfylder kravet om at drive selvstændig erhvervsvirksomhed. I så fald må indkomsten henføres til den eller de bagved stående indkomstmodtagere, hvilket typisk vil sige hovedaktionæren.

tionsbeføjelse, at vederlaget havde karakter af en fast månedsløn, og at arbejdsgiverselskabet havde afholdt alle udgifter i forbindelse med arbejdets udførelse. At der forelå et tjenesteforhold, fandt retten yderligere blev understøttet af, at der i en samarbejdsaftale blev lagt op til et eventuelt senere decideret ansættelsesforhold. Et tilsvarende resultat blev nået i TfS 2004, 448 Ø *Skaamild & Partners ApS*, hvor nogle honorarer for ledelsesrådgivning (direktørfunktion) blev henført til et anpartsselskab, mens hovedanpartshaveren havde udført arbejdet. Landsretten fandt, at arbejdet som direktør – efter en samlet afvejning af kriterierne i Cirk. nr. 129 af 4.7. 1994 – måtte anses for at være sket i et almindeligt ansættelsesforhold, hvorfor det var hovedanpartshaveren, der var rette indkomstmodtager til indtægten. Anpartsselskabet blev som følge heraf tilskudsbeskattet af det modtagne beløb. Derimod blev racerkursel i selskabform anerkendt i TfS 2005, 165 LR, jf. hertil *Jørn Quiste* i TfS 2005, 167.

360. Jf. Skatteretten 2, 2004, s. 339.

361. Jf. R&R 1998 SM 305.

Der er for så vidt ikke tvivl om, at der er forskel på den selskabsretlige og den skatteretlige vurdering af begrebet »erhvervsdrivende«, jf. også supra 7.5.1. Det selskabsretlige begreb tillægges skatteretlig betydning i forbindelse med spørgsmål om subjektiv skattepligt. Dette kriterium må tillægges stor betydning ved også den skatteretlige bedømmelse af skatteretsevne. Dette ses også at være tilfældet, hvorfor det er min vurdering at retstilstanden kan beskrives som værende kongruent. I skattemæssig henseende anvendes et specifikt skatteretligt begreb for *selvstændigt erhvervsdrivende*. Dette begreb har derimod betydning for spørgsmål vedrørende objektiv skattepligt og herved spørgsmålet om hvilken indkomsttype og hvilken indkomstmodtager, der er tale om. Der er ikke på dette område kongruens i forholdet til den selskabsretlige begrebsfastlæggelse. Men da begreberne ikke vedrører samme forhold, og da den skatteretlige begrebsbestemmelse ikke ses at gøre indhug i den selskabsretlige begrebsbestemmelse, skal der ikke gøres indvindinger herimod med baggrund i betragtninger om forholdet mellem skatteret og civilret³⁶².

7.4.4. Tvangsmæssig afvigelse mellem retssubjektivitet og skattesubjektivitet – SEL § 2 A

Med lov nr. 221 af 31.3. 2004 (L 119) blev der indført en bemærkelsesværdig bestemmelse i SEL § 2 A³⁶³. Reglen skal ses i lyset af de inkonsistenser, der findes mellem forskellige skattesystemer i verden. Konkret skal reglen modvirke, at udenlandske koncerner skal kunne undgå såvel dansk som udenlandsk beskatning ved hjælp af så store koncerninterne lån som muligt³⁶⁴.

362. Herved får konstateringen af, at der angiveligt skal mere til for at statuere erhvervmæssig virksomhed i skattemæssig henseende end til at fastslå, at der er tale om erhvervsvirksomhed i selskabsretlig forstand ikke betydning for analysen af forholdet mellem skatteret og civilret. Se også for konstateringen *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 96. *Carsten Led Jensen* formulerer det således, s. 90, i *Beskatning af lønindkomst – herunder aktiebaserede aflønningsformer*, 2000, at de selskabsretlige stiftelseskraav har ikke afsmittende effekt. Det, efter forfatterens opfattelse, afgørende er om man skatteretligt er selvstændig erhvervsdrivende. Efter min vurdering går denne udtalelse dog længere end der er belæg for. Som det er påpeget, må det blot siges, at der er tale om to forskellige forhold, og at de selskabsretlige stiftelseskraav netop har afsmittende effekt for så vidt angår anerkendelse af et selskabs skattesubjektivitet.

363. Bestemmelsen er omtalt hos *Jens Wittendorff* i SU 2004, 204, og *Henrik Schjønning & Anja Svendgaard Dalgas* i SR-Skat 2004, s. 148 ff.

364. Metodikken angives i bemærkningerne. Dette vil således være tilfældet, hvor egenka-

De *legale betingelser* for anvendelsen af SEL § 2 A, kan udledes af bestemmelsens ordlyd. Af SEL § 2 A, stk. 1 og stk. 2, fremgår bestemmelsens subjektive udstrækning. Som det ses er stk. 1 og stk. 2, enslydende med undtagelse af angivelsen af den subjektive udstrækning. Således finder reglen anvendelse på selskaber og foreninger mv. som nævnt i SEL § 1. Tilsvarende finder reglen anvendelse på udenlandske selskaber svarende til kredsen i SEL § 1, som er begrænset skattepligtige til Danmark efter SEL § 2. Ligeledes af SEL § 2 A, stk. 1 og stk. 2, kan det udledes som en betingelse, at det danske selskab (ApS) efter reglerne i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland *skattemæssigt skal behandles som en transparent enhed*. Hvad der nærmere ligger i at blive skattemæssigt behandlet som en transparent enhed, uddybes i SEL § 2 A, stk. 1 og stk. 2, idet det anføres, at indkomsten i selskabet som følge heraf medregnes ved opgørelsen af koncernforbundne juridiske personers skattepligtige indkomst i den fremmede stat³⁶⁵.

En yderligere betingelse angives i SEL § 2 A, stk. 3, hvoraf det fremgår, at de koncernforbundne selskaber, hos hvem det danske selskabs indkomst skal

pital placeres i udenlandske koncernselskaber, som ikke beskattes eller som beskattes meget lavt af renteindtægter. Disse udenlandske selskaber udlåner herefter den nødvendige kapital til driften af det danske selskab, som kan trække renterne fra ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst samt evt. kulbrinteskattepligtige indkomst. På koncernniveau er der hverken udgifter eller indtægter, men der opnås alligevel fradrag i Danmark, mens der kun sker lav eller ingen beskatning i udlandet. Hermed opnås en gratis skattebesparelse på forskellen i skattesats mellem Danmark og kreditorstaten. Den danske skat kan ved denne metodik – og under behørig iagttagelse af reglerne om tynd kapitalisering – mindskes ved blot at øge udlånet op til det niveau, hvor renteindtægter og udgifter ækvivalerer. Bemærkningerne til L 119 angiver en fremgangsmåde til at opnå dette resultat. Metoden indebærer, at det danske selskab efter reglerne i det land hvor et långivende koncernselskab er hjemmehørende, bliver konsolideret med dette selskab. Herved anses de to selskaber ved den udenlandske indkomstopgørelse som for ét og samme selskab. Med andre ord anses det danske selskab for at være et fast driftssted af det udenlandske selskab. For så vidt angår rentebetalinger, vil dette medføre, at kreditorstaten anser denne for en intern overførsel inden for samme enhed, der ikke udløser beskatning. I Danmark vil der uden særregler mod dette samtidig være fradrag for renteudgiften. Så vidt vides findes der kun sådanne muligheder i amerikansk skatteret ved brug af reglerne om »Check the box«. Disse regler angives da også som hovedeksemplet i bemærkningerne til L 119, jf. bemærkningerne til § 10, nr. 3. SEL § 2 A synes derfor at være rettet direkte mod amerikanske investeringer i danske selskaber.

365. Det er givet, at de amerikanske Check-the-box regler er hovedanvendelsesområdet for SEL § 2 A. Det angives i bemærkningerne til L 119, at reglen i den situation, hvor det danske selskab er ejet via et selskab i et tredjeland, kun finder anvendelse, hvis indkomsten i det danske selskab medregnes i det amerikanske selskabs indkomst. Dette vil sige, når selskabet i tredjelandet også er transparent efter de amerikanske regler.

Del IV – Konfrontation

medregnes som følge af den udenlandske transparensbetragtning, skal kontrollere det danske selskab mv. i overensstemmelse med kriteriet i SKL § 3 B³⁶⁶.

Endelig bestemmes det i SEL § 2 A, stk. 3, at de koncernforbundne selskaber skal være hjemmehørende i en EU- eller EØS-stat, eller en i stat som har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark³⁶⁷.

Virkningerne af SEL § 2 A er uoverskuelige. Dog angives den egentlige retsvirkning direkte i bestemmelsens stk. 1. Heraf fremgår det, at *det danske selskab mv. også efter danske regler skal anses for at være transparent.*

Når der sprogligt benyttes ordet »transparent«, må der herved sigtes til de principper, der gælder for beskatningen ved deltagelse i person-selskaber. Således gælder det, at sammenslutninger, der ikke omfattes af selskabsskatteloven eller fondsbeskatningsloven, behandles som transparente enheder i skatteretten. For sådanne gælder det, at de ikke er selvstændige skattesubjekter, hvormed det ikke er sammenslutningen som sådan, der er skattepligtigt men derimod dennes selskabsdeltagere.

Konsekvensen af SEL § 2 A angives i bemærkningerne til lov nr. 221 af 31.3. 2004 (L 119), hvor det anføres: »... at det danske selskab ikke kan få fradrag for udgifter, som det betaler til det udenlandske selskab, på samme måde det udenlandske selskab ikke beskattes af de modsvarende indtægter, fordi det andet land betragter betalingen som en overførsel mellem forskellige dele af samme enhed, der ikke har skattemæssig virkning ...«. Endvidere bemærkes det, at det danske selskab ikke længere vil have fradrag for renter og royalties og andre betalinger, som det foretager til det udenlandske kontrollerende selskab.

Centralt i denne forbindelse står spørgsmålet om SEL § 2 A medfører, at den *fulde skattepligt for de omfattede selskaber mv. ophører* som følge af SEL § 2 A, eller om der blot er tale om en særlig beregningsregel. Det angives i SEL § 2 A, stk. 4, at det forhold, at et selskab mv. bliver

366. Heraf følger, at der ved kontrol forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i selskabsskattelovens § 32, stk. 1, 2. pkt. og 3 pkt., og ligningslovens § 16 H, stk. 1, 2.-5. pkt., dog således at der direkte eller indirekte skal ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne. Ved koncernforbundne juridiske personer forstås juridiske personer, der kontrolleres af samme kreds af aktionærer.

367. Baggrunden for denne betingelse er, at der i forbindelse med rentebetalinger eller royaltybetalinger til andre stater er mulighed for at opkræve dansk kildeskat på betalingen.

omfattet af transparensreglen ikke i sig selv medfører, at selskabets aktiver og passiver anses for afstået. Tilsvarende anføres det, at det forhold, at et selskab mv. ophører med at være omfattet af transparensreglen ikke i sig selv medfører, at selskabets aktiver og passiver anses for anskaffet. Herved er det forudsat, at den fulde skattepligt ophører for selskaber omfattet af SEL § 2 A. Det ville næppe være nødvendigt med en regel, som den nævnte om at transparensprincippet ikke i sig selv medfører ophørsbeskatning, hvis dette ikke ellers ville være tilfældet. Tilsvarende er det sket nogle konsekvensændringer i reglerne om indtræden- og ophør af fuld skattepligt til Danmark. Således indebærer den nye formulering af SEL § 5, stk. 7, at skattepligten til Danmark kan ophøre også ved at et selskab bliver omfattet af SEL § 2 A³⁶⁸.

Der er næppe tvivl om, at SEL § 2 A medfører en utvetydig tilside-sættelse af det konstaterede middelstærke kongruenskrav i hvert tilfælde, for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber. Det virkelige anvendelsesområde for SEL § 2 A må antages at blive danske anpartsselskaber, idet det kun er sådanne, der kan indgå i det amerikanske Check-the-box valg (et aktieselskab og et europæisk aktieselskab (SE) er en såkaldt per se entity). Dog er der med SEL § 2 A skabt positiv lovhjemmel til denne fravigelse, hvorfor der ikke kan rettes indvendinger mod ordningen i forhold til samspillet de lege lata mellem skatteret og civilret.

Derimod er der formentlig større belæg for at være skeptisk overfor SEL § 2 A, i et koordinationsteoretisk lys. Spørgsmålet er nærmere, hvorvidt de tilsigtede formål bør kunne medføre en lovgivning, som i den grad tilsidesætter den eksisterende samordning mellem skatte- og civilretten³⁶⁹. Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at Dan-

368. Heri ligger endvidere, at de almindelige regler i SEL § 5, stk. 1-3, om opløsning skal finde tilsvarende anvendelse ved anvendelse af transparensreglen. De aktiver og passiver, som forbliver under dansk beskatning gennem et fast driftssted skal herved ikke anses for afstået. Derimod skal de aktiver, som ikke længere er omfattet af dansk beskatning, anses for afstået på det tidspunkt, hvor selskabet bliver omfattet af SEL § 2 A, og til handelsværdien på dette tidspunkt. Det ses heraf, at reglen i SEL § 2 A, stk. 4 ikke skal læses sådan, at transparensreglen aldrig medfører ophørsbeskatning. Bestemmelsen skal i stedet læses sådan, at transparensreglen ikke i alle tilfælde vil medføre ophørsbeskatning.

369. Se *Søren Friis Hansen* i SpO 2004, s. 415 ff (419), om samspillet mellem SEL § 2 A og civilretten. Det anføres hertil, at afvigelsen giver anledning til en række og uoverskuelige konsekvenser. Som eksempler herpå nævnes: (1) En betydelig fortrinsstilling for de danske skattemyndigheder, idet disse ved anpartsselskabets konkurs kan gøre skattekravet gældende mod et udenlandsk moderselskab samtidig med at selskabets øvrige

mark, så vidt ses, er det eneste land i verden, der har indført sådanne regler, uagtet at problemstillingen synes international. Hertil kommer, at der isoleret set næppe er danske fiskale interesser på spil, ligesom SEL § 2 A tilføjer kompleksiteten endnu en dimension ved at lade anvendelsesområdet afhænge af udenlandsk skatteret.

7.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Det er ovenfor konstateret, at skattesubjektiviteten for aktie- og anpartsselskaber som udgangspunkt følger disses retssubjektivitet. Den konkrete undersøgelse om forekomsten af eventuelle kongruenskrav og -behov i denne relation resulterede i fremsættelsen af et middelstærkt koordinations- og retskildebestemt kongruenskrav. Med henblik på at fuldføre trin 3 og 4 i evalueringsmodellen skal der i det følgende gøres visse betragtninger om de forekommende fravigelser fra dette udgangspunkt.

På denne baggrund kan således de enkelte skatteretlige identifikationshensyn holdes op mod de hensyn, der taler for at opretholde fuldstændig kongruens mellem aktie- og anpartsselskabsbegreberne på skatte- og selskabsrettens område. I relation til de fremhævede udslag af tankegangen om *frivillig identifikation* ses det, at der findes forskellige begrundelser. Det erindres, at kun lovgivningsudslag er blevet undersøgt. Et hensyn var, at skattereglerne ikke skal forhindre selskabsdannelser, og hermed ikke må forhindre generationsskifter, samt ikke skal forhindre fusioner ud fra strukturrationaliseringssynspunkter. Hermed imødekommes erhvervslivets behov for neutrale regler. Ligeledes tilskrives med fusionsdirektivet, at der findes konkurrencemæssigt neutrale regler mellem EU-medlemsstaterne til sikring af det indre markeds funktion. Det må være klart, at skatteretten ikke bør virke hindrende for reguleringshensigter på andre områder. Skatteretten kan i visse situationer have haft en sådan effekt før introduktionen af virksomhedsomdannelsesloven, fusionsskatteloven og fusionsbeskatningsdirektivet. Der er med fravigelsen således tale om varetagelsen af andre ikke-fiskale behov, hvilket forekommer hensigtsmæssigt på det generelle plan, og dermed også i forhold til samspillet mellem skatteret og civilret. Det skal også herved erindres, at det civilretlige fundament i sig

kreditorer er henvist til at anmelde deres krav i boet. (2) At det for et dansk anpartsselskab kan betyde en væsentlig forskel i henseende til opgørelsen af skat af ordinært og ekstraordinært resultat ved resultatopgørelsen.

selv indebærer muligheder for fravigelser. Varetagelsen af de nævnte ikke-fiskale hensyn gennem identifikationsredskabet, udgør ikke et kritisabelt forhold. Selvom det erindres, at kongruenskravet er middelstærkt, er det således min vurdering, at en konkret afvejning af hensynet til kongruens over for de aktuelle ikke-fiskale nødvendigheder falder ud til fordel for varetagelsen af de ikke-fiskale hensyn, der spiller en stor rolle i skattesystemet. Herved må det lægges til grund, at de konstaterede fravigelsesbegrundelser tilfredsstiller de teoretiske krav herfor, så længe civilretten ikke undermineres. En sådan underminerende effekt syntes da ej heller at kunne konstateres.

Når der henses til mulighederne for at lade sig undergive *frivillig sambeskatning*, sås dette at være et klart udslag af den koncernrelaterede neutralitetstankegang. Det samme hensyn ligger i et vist omfang til grund for de nationale og supranationale regler om *skattefri datterselskabsudbytter*. Ved sidstnævnte mulighed ligger yderligere et ønske om at sikre eksistensen og dannelsen af transnationale koncerner indenfor EU, samt at sikre konkurrencemæssig neutralitet og dermed det Indre markeds funktion. En konkret afvejning mellem at opretholde det enkelte retssubjekt som skattesubjekt og hermed det middelstærke kongruenskrav mod den koncernrelaterede neutralitetsstandard fører til, at der ikke kan gøres alvorlige indvindinger mod udfaldet til fordel til neutralitetsstandard. Da der i alle tilfælde ses at være hjemmel til at fravige det retskildebestemte kongruenskrav, er også de formelle retlige krav opfyldt i denne henseende. Accept af fravigelsen begrundes nærmere med, at det bør veje tungere at tilgodese behovene i erhvervslivet for en neutral koncernbeskatning end at opretholde det civilretlige udgangspunkt på skatterettens område, når der samtidig henses til den selskabsretlige retstilstand. Ligeledes skal det erindres, at neutralitetsstandard udspringer af den grundlæggende ligebehandlingstankegang, der udgør et væsentligt hensyn på skatterettens område.

Ligeledes sås det, for så vidt angår udslagene af den *ufrivillige identifikation*, at der findes forskellige begrundelser for identifikation, dog således at der kan ses en klar linie i disse fravigelsesbegrundelser. Baggrunden er oftest muligheden for at modvirke misbrug. Dette hensyn er ofte gennemført med øje for neutralitetsstandard, enten som den koncernrelaterede neutralitetsstandard eller neutralitet i øvrigt mellem erhvervsvirksomhed i selskabsform og erhvervsvirksomhed udenfor selskabsform, samt neutralitet i anden udformning. Det tilsikres herved, at der ikke opnås særlige fordele ved det at drive erhvervsvirk-

somhed i selskabsform eller koncernform. Hvor misbrugsrisikoen er reel, bør det være klart, at en skatteretlig fravigelse fra civilretten bør tillades. At tilgodese misbrugsrisikoen medvirker til at sikre det skatteretlige evneprincip. Der findes således mere tungtvejende hensyn bag dette end bag opretholdelse af kongruens med den civilretlige adskillelse mellem retssubjekterne. Som udgangspunkt er der derfor ikke anledning til at kritisere de forekommende udslag af skatteretlig ufri-villig identifikation.

Imidlertid vil den tekniske gennemførsel til tider medføre, at reglerne grundet en objektiv udformning rækker ud over, hvad misbrugs-hensynet kan bære, idet det forudsatte misbrug praktisk ikke kan forekomme. Sådanne objektivt udformede regler kan være nødvendige, men det bør udvises varsomhed med at inddrage situationer under disses anvendelsesområde, hvor forudsætningerne for normeringen ikke er til stede. I relation til forholdet mellem skatteret og civilret syntes dette så meget desto mere uhensigtsmæssigt, idet der tillades ubegrundede og usystematiske fravigelser fra civilretten (under forudsætning af at der gælder et kongruenskrav), idet der herved ikke findes tungtvejende skattepolitisk grunde til at foretage fravigelsen. Forekommende fravigelse, der ikke kan begrundes i legitime hensyn, må således i videst muligt omfang undgås.

En utvetydig tilsidesættelse af den kongruente retstilstand ses med indførelse af SEL § 2 A. Dog er der med SEL § 2 A skabt positiv lovhjemmel til denne fravigelse, hvorfor der ikke kan rettes indvendinger mod ordningen i forhold til samspillet de lege lata mellem skatteret og civilret.

Derimod fandtes der større belæg for at være skeptisk overfor SEL § 2 A i et koordinationsteoretisk lys. Spørgsmålet er nærmere, hvorvidt de tilsigtede formål bør kunne medføre en lovgivning, som i den grad tilsidesætter den eksisterende samordning mellem skatte- og civilretten.

Sammenfattende må det konstateres, at samspillet mellem skatteret og civilret i relation til respekten af aktie- og anpartsselskabers retssubjektivitet som udslagsgivende ved skattepligtskonstateringen *forekommer tilfredsstillende*. Det er fremhævet, at der på området gælder middelstærkt krav retskildebestemt kongruens og et tilsvarende behov for koordinationsbestemt kongruens, men samtidig at dette kan fraviges i visse situationer. Således er de undersøgte fravigelsesbegrundelser gennemgående fundet legitime, hvorfor retstilstanden ikke umiddelbart kan kritiseres. Dog bør det undgås, at der gennem objektivt udformede

regler gennemføres unødige fravigelser. Bort set fra disse sidstnævnte forhold, må retstilstanden ikke antages at medføre uhensigtsmæssige implikationer af hverken teoretisk eller praktisk karakter. SEL § 2 A modificerer dette standpunkt i en vis udstrækning.

Afslutningsvis kan det som en opfølgning på de tænkelige opståelsesmuligheder konstateres, at der i skatteretlig henseende tages udgangspunkt i den selskabsretlige begrebsdannelse. Konfrontationen har vist at de enkelte fravigelser efter konkrete afvejninger bør accepteres. Derimod er der ikke belæg for at konkludere, at der er opstået en selvstændig skatteretlig civilret ved anvendelse af aktie- og anpartsselskabsbegrebet.

§ 8 Andre selskaber med begrænset hæftelse

8.1. Oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse – Selskabet med begrænset hæftelse (S.m.b.a.)

Det synes muligt at stifte selskaber med begrænset hæftelse, som ikke er andelsselskaber, aktie- eller anpartsselskaber³⁷⁰. Sådanne selskaber benævnes selskaber med begrænset ansvar (S.m.b.a.). Idet selskabsformen udgør et nærliggende alternativ til aktie- og anpartsselskabsformen, hænger eksistensen af selskabet sammen med spørgsmålet om selskabslovenes eksklusivitet. Det er således spørgsmålet om et S.m.b.a., der ligner et aktie- eller anpartsselskab overhovedet kan stiftes, eller om der er valgfrihed mellem at få selskabet registreret som et aktie-/anpartsselskab eller som et S.m.b.a.³⁷¹.

Der findes ikke nogen egentlig definition på sådanne sammenslutninger. Det står dog klart, at begrebet er snævrere end begrebet virksomhed med begrænset ansvar i LEV § 3³⁷². Begrebet må derfor defineres ved en fremdragelse af dets karakteristika. Karakteristisk for et S.m.b.a. er, at selskabsdeltagerne ikke hæfter for selskabets gæld, og at

370. Se om sådanne selskaber *Carsten Fode & Noe Munck: Valg af selskabsform*, 2000, s. 275, førstnævnte i *Selskabsformerne*, 2002, s. 277 ff, *Mette Neville* i *Nye tendenser i skandinavisk selskabsret*, 1995, s. 157 ff, *Erik Hørlyck*: *Erhvervsdrivende virksomheder*, 1994, s. 44 f, og *Jytte Heje Mikkelsen*: *Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar*, 1995, s. 47 ff.

371. Dette spørgsmål er behandlet ovenfor i § 3, hvortil der henvises.

372. Jf. *Carsten Fode & Noe Munck: Op.cit.*, s. 275.

Del IV – Konfrontation

deres økonomiske risiko er begrænset til værdien af deres selskabsandel. Negativt gælder det, at selskabet hverken er omfattet af ASL, ApSL eller af andelsdefinitionen i LEV § 4. Et S.m.b.a. opnår retssubjektivitet ved registreringen, jf. LEV § 9, jf. § 8. Herved ses det, at det ikke er muligt at omgå andelsselskabetsbetingelserne i LEV § 4, ved at kalde selskabet S.m.b.a.³⁷³.

Hvis vi herefter vender os mod *afgrænsningen af andre selskaber med begrænset hæftelse (og herunder S.m.b.a.'er)* over for aktie- og anparts-selskabsformen, må det også her fastslås, at selskabsformen ikke er omfattet af aktie- eller anpartsselskabsloven³⁷⁴. Forudsætningen herfor er, at selskabet udformes på en sådan måde, at det adskiller sig tilstrækkeligt eller væsentligt fra aktie- og anpartsselskabsformen. Det skal også på dette punkt understreges, at vurderingen er konkret og beror på en samlet vurdering, hvori de i det følgende omtalte momenter kan indgå. De nødvendige forskelle kan gå på *kapitalforholdene*, derved at der kan stiftes selskaber uden indskudskapital eller med vekslende kapital. Dog antages det ikke at være tilstrækkeligt, at selskabet stiftes med en mindre, fast kapital. En pligt for deltagerne til at foretage senere kapitalindskud taler i et moderat omfang for et andet selskab med begrænset hæftelse. *Fordelingen af overskud og underskud* kan indgå med en vis vægt i vurderingen, idet det taler for tilstedeværelsen af et aktie- eller anpartsselskab, at fordelingen foretages i forhold til ejerandelens størrelse, mens det taler for et andet selskab med begrænset hæftelse, at der fordeles efter samhandel eller omsætning med selskabet eller, at der sker lighedeling uanset ejerforholdene. Det samme skulle antageligvis været tilfældet, hvis et overskud efter vedtægterne skal anvendes til konsolidering. Ligeledes er det anført, at det taler for et andet selskab med begrænset hæftelse, såfremt selskabet *ikke sigter mod en overskudsgivende drift*³⁷⁵. Tilsyneladende ligger der i selskabets *formål* en væsentlig forskel mellem organisationsformerne. Heraf følger det, at selskaber som opnår deres overskud gennem erhvervsmæssig virksomhed, og som ligner aktie-/anpartsselskabet, er registreringspligtige som så-

373. Jf. Erik Hørlyck: Dansk andelsret, 2000, s. 13.

374. Se og afgrænsningen heraf Mette Neville: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 111 ff, samme i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 171 ff, og Carsten Fode & Noe Munk: Valg af selskabsform, 2000, s. 281 ff.

375. Jf. Carsten Fode & Noe Munk: Valg af selskabsform, 2000, s. 282, hvor det videre anføres, at dette forhold endda kan bringe virksomheden helt udenfor anvendelsesområdet for lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

danne, uanset at overskuddet går til almennyttige formål³⁷⁶. Det må være en forudsætning herfor, at selskabet ikke også adskiller sig fra aktie-/anpartsselskabet på andre områder. En fordeling af *likvidationsprovenu* ud fra andelsretlige principper taler for eksistensen af et andet selskab med begrænset hæftelse. Et yderligere forhold, der kan spille ind ved afgrænsningen, er *selskabets organisation*. Ved bedømmelsen heraf tages der udgangspunkt i indholdet af selskabets vedtægter, hvorved det undersøges i hvilken grad disse minder om vedtægterne for aktie- og anpartsselskaber. Det taler for et andet selskab med begrænset hæftelse, at visse personer har *krav på optagelse* og at andelene er *uoverdragelige*. Det forhold, at der i selskabet er *vekslende deltagerantal*, kan tale for, at selskabet ikke er et uregistreret aktie- eller anpartsselskab. Det taler for et andet selskab med begrænset hæftelse, at deltagerne har adgang til frit at opsiges selskabsdeltagelsen eller, at de kan udelukkes af de øvrige deltagere. *Fastsættelsen af et beløb*, som deltageren har krav på i denne forbindelse, opgjort efter det oprindelige indskud, taler for et andet selskab med begrænset hæftelse. Tilstedeværelsen af blot én selskabsdeltager udelukker eksistensen af et S.m.b.a, idet dette følger direkte af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Endelig kan *parternes benævnelse af sammenslutningen* skabe en formodning for realitet bag den valgte etikette. Afvigelse på et enkelt af ovenstående punkter er ikke tilstrækkeligt for at bringe det konkrete selskab fri af selskabslovenes anvendelsesområde.

Såfremt der foreligger en sammenslutning med begrænset hæftelse, som ikke udgør et aktie- eller anpartsselskab eller et andelsselskab, er det følgelig nødvendigt at klarlægge, om denne enhed udgør en *forening eller et selskab med begrænset hæftelse (S.m.b.a.)*³⁷⁷. Afgrænsningen har tilsyneladende ikke givet anledning til selskabsretlig praksis. Dette forhold frakender imidlertid ikke afgrænsningen betydning, herunder navnlig i skatteretlig henseende. Det er imidlertid væsentligt at holde sig for øje, at der netop ikke eksisterer nævneværdige selskabsretlige fortolkningsbidrag til brug for den skatteretlige kvalifikation og afgrænsning. Det er antaget, at sammenslutningens karakter af erhvervsdrivende virksomhed vil kunne pege i retning af, at der er tale om et S.m.b.a. Hvis sammenslutningen ikke er erhvervsdrivende, falder det uden for aktie- og anpartsselskabsbegrebet og i øvrigt også uden for

376. Jf. *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 173 ff.

377. Op.cit., s. 176 f og samme: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 114 f.

selskabsbegrebet. Tilsvarende vil fast indskudskapital pege i retning af et selskab, mens vekslende kapital vil pege i retning af en forening. Fikseret medlemstal peger i retning af et selskab, mens vekslende deltagerantal peger i retning af en forening. En lukket sammenslutning, hvori nye andele ikke kan etableres uden de hidtidige deltagers samtykke, peger i retning af et selskab, mens åbenhed taler for eksistensen af en forening. Betaling af kontingent er et foreningstræk, mens indskud er et selskabstræk³⁷⁸. Ledelsesforholdene i såvel foreninger som selskaber med begrænset hæftelse vil ofte være aktieselskabslignende. Er der derimod aftalt en interessentskabslignende ledelse, vil dette formentlig pege i retning af en forening. Endvidere må der tages hensyn til den anvendte overskuds- og underskudsfordelingsmetode. Foreningsmedlemmer har ikke ret til andele i udlodninger, hverken løbende eller i forbindelse med opløsning af sammenslutningen. Endelig kan parternes benævnelse af sammenslutningen skabe en formodning for realitet bag den valgte etikette.

Der ses ikke i den selskabsretlige litteratur eller praksis at være formuleret tilsvarende grænsedragningskriterier i forhold til personselskaberne.

8.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsmodellens trin 1

På evalueringsmodellens første trin fastslås eksistensen af konkrete *samspilsproblemer* og disse klassificeres i forhold den forekommende typologi. Der er ikke tvivl om, at civilretten frembringer det skatteretlige faktum ved fremkomsten af forskellige selskabsformer dannet i overensstemmelse med den selskabsretlige aftalefrihed. Det særlige spørgsmål om, hvorvidt sådanne selskabstyper skal anerkendes i skatteretlig henseende, hænger tæt sammen med spørgsmålet om den skatteretlige subjekt kvalifikation. Dog er det som nævnt ovenfor fundet mere relevant at undersøge samspillet vedrørende anerkendelse nedenfor i afsnittet om omkvalifikation af selskabsdannelser, jf. § 11. Dernæst kommer det mulige samspil, der består i, at skatteretten anvender civilretlige begreber, som derved fastlægger det skatteretlige retsfaktum. I denne sammenhæng opstår også muligheden for, at der fremkommer en selvstændig skatteretlig civilret, idet sådanne anvendte civilretlige be-

378. Carsten Fode & Noe Munk anfører dog i Valg af selskabsform, 2000, s. 282, at pligt til indbetaling af gebyrer eller kontingenter er et selskabskarakteristikum.

greber kan tænkes udviklet egenhændigt af skatteretten. Videre er det ikke utænkeligt, at skatterettens behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse medfører koordinationsproblemer i forhold til civilretten, og herved måske i et eller andet omfang modvirker civilretten og dennes hensyn.

Disse konkrete samspil må nødvendigvis underkastes de særlige *censureringsforanstaltninger*, med henblik på at vurdere, hvorvidt den givne problemstilling som sådan og de enkelte samspilsproblemer egner sig til en nærmere analyse med udgangspunkt i evalueringsmodellen. Kravene om meningssammenhæng og civilretlig stillingtagen må antages at være opfyldt for den konkrete problemstilling, idet der i civilretten findes andre selskaber med begrænset hæftelse, som skatteretten nødvendigvis direkte må forholde sig til.

8.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Som det påpeges nedenfor, er det ikke muligt, at påvise noget sikkert retskildemæssigt belæg for, efter hvilke retningslinier kvalifikationen af andre selskaber med begrænset hæftelse skal ske. Særligt er det ikke mulig at vurdere, hvilken rolle civilretten har været tiltænkt i denne forbindelse. Ligeledes er det ikke muligt at klarlægge præcist, hvilke civilretlige selskabsdannelser lovgiver har tænkt på. Som det er påvist, er det ikke muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne om, at skattesubjekterne følger af det selskabsretlige kvalifikationssystem. Derimod er der næppe tvivl om, at noget sådant dog i et eller andet omfang faktisk implicit er forudsat, hvorved de selskabsformer der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf. På denne baggrund må siges at bestå et *middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav*, i forbindelse med vurderingen af, hvilke selskaber, der kan siges at udgøre sådanne andre selskaber med begrænset hæftelse mv. Det kan således siges, at kvalifikationen forudsætter en civilretlig fortolkning af bestemmelsen ordlyd, med henblik på at vurdere hvilke selskaber der kan være tale om. Ved denne udlægning af retstilstanden følger endvidere, at det må være et tilsvarende middelstærkt krav om, at civilrettens grænsedragninger af andre selskaber med begrænset hæftelse over for andre selskabsformer skal lægges til grund for den skatteretlige kvalifikation.

Når der henses til, *at* der siden indførelsen af erhvervsvirksomhedsloven er skabt en vis klarhed over andre selskaber med begrænset hæftelsen, *at* civilretten udgør et passende udtryk for de reelle forhold, idet selskabsdannelsen er udtryk for en civilretlig konstruktion, og *at* en kongruent retstilstand medvirker til at skabe praktisk håndterbare resultater (»praktikabilitetshensynet«), må det tillige konstateres et *koordinationsbestemt kongruensbehov* af en tilsvarende *middelstærk karakter*.

8.4. Den skatteretlige behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse – SEL § 1, stk. 1, nr. 2 – evalueringsprocessens trin 3

Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 2, foreskriver fuld skattepligt for andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser, og som fordeler overskuddet i forhold til deltagerens indskudte kapital. Bestemmelsen er praktisk sjældent anvendelig, og der hersker usikkerhed med hensyn til dens anvendelsesområde³⁷⁹. Skattepligten for sådanne andre selskaber med begrænset ansvar fandtes allerede i 1903, jf. dagældende SL § 2, nr. 5. Der findes ikke betydelige fortolkningsbidrag i forarbejderne til denne bestemmelse³⁸⁰. Med gennemførelsen af selskabsskatteloven i 1960 videreførtes store dele af indholdet fra SL § 2, stk. 5 i SEL § 1, stk. 1³⁸¹. Efter sin tilblivelseshistorie synes bestemmelsen henvendt til et lille antal selskaber, som inden selskabsskattelovens ikrafttræden blev beskattet på linie med aktieselskaber³⁸². Adgangen til beskatning i henhold til nr. 2, må ses som et supplement til nr. 1, ikke som en erstatning herfor.

Forarbejderne til selskabsskatteloven bibringer således ikke nogen større afklaring af, hvorledes kvalifikationen af de omfattede skattesubjekter skal foretages, herunder hvilken rolle selskabsretten må antages at spille i denne forbindelse. Som det er påvist, er det ikke muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne om, at

379. Jf. *Henrik Landt & Hans-Jørgen Mailand: Beskatning af selskaber og foreninger*, 1979, s. 25 f.

380. Se dog Vejledning til Anvendelse af Lov Nr. 104 af 14.5. 1903 om Indkomst- og Formueskat til Staten, artikel 2. og pkt. F om den objektive skattepligt.

381. Jf. lov nr. 255 af 11.6. 1960. Lovforslaget findes i FT 1959/60 tillæg A, sp. 1031 ff, og behandles i tillæg B, sp. 1501 og 1581.

382. Jf. *Henrik Landt & Hans-Jørgen Mailand: Beskatning af selskaber og foreninger*, 1979, s. 26.

skattesubjekterne følger af det selskabsretlige kvalifikationssystem. Derimod er der næppe tvivl om, at noget sådant dog i et eller andet omfang faktisk implicit er forudsat, hvorved de selskabsformer der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf.

Andre selskaber med begrænset hæftelse udgør utvivlsomt mod selskaber med betydelige lighedstræk med aktie- og anpartsselskabsformen. Officielle vejledninger taler da også om aktieselskabslignende eller andre lignende selskaber³⁸³. Disse selskaber er blot ikke registreringspligtige eller registreringsberettigede i henhold til ASL og ApSL. De i bestemmelsen opregnede karakteristika afskærer selskaberne fra at blive anset som kooperative foreninger. Ligeledes må det antages, at kriterierne fører til, at der ikke er tale om foreninger, idet foreninger som regel ikke har indskudskapital og ej heller regler om overskudsfordeling³⁸⁴.

Som det ses, skal fire kumulative betingelser være opfyldt, førend et selskab er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2: (1) begrænset hæftelse hos samtlige deltagere, (2) der skal foreligge et selskab, (3) selskabet er forsynet med en vis indskudskapital og (4) overskuds- og udlodningsdeling efter kapitalindsats.

Hæftelsesbetingelsen referer til den selskabsretlige hæftelse, og ikke til den personlige hæftelse eksempelvis påtaget gennem kaution eller andre aftaler. Ligeledes vedrører hæftelseskravet ikke den erstatningsretlige hæftelse³⁸⁵. Hæftelsesbegrænsningen vil typisk være generel. Nr. 2 subjekter adskiller sig herved fra personselskaber. Et personselskabs konkrete hæftelsesbegrænsninger medfører i almindelighed ikke, at sammenslutningen kan eller skal henføres under SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Hvis mindst en af deltagerne hæfter personligt for sammenslutningens forpligtelser, er det udelukket, at det er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Kravet om hæftelsesbegrænsning går på en beløbsmæssig begrænsning, hvorfor nr. 2 ikke omfatter selskaber, hvor deltagerne hæfter proratarisk, da dette netop indebærer en hæftelse for en brøkdel³⁸⁶.

383. Jf. Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, pkt. 4 og LV 2005 S.A.1.2. Der kan ikke hentes vejledning i bemærkningerne til selskabsskatteloven, jf. FT 1959/60, tillæg A, sp. 1013 ff.

384. Jf. LV 2005 S.A.1.

385. Jf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 328.

386. Jf. hertil *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 156, og *Peder Harbjerg Reuther* i TFS 2003, 653.

Del IV – Konfrontation

Synspunktet finder støtte i forarbejderne til SEL, idet det her angives (FT 1959/69 A, sp. 1049), at selve formuleringen af nr. 2 er tilstrækkelig til at partsrederier ikke længere kan anses som et selvstændigt skattesubjekt. Partrederier er netop kendetegnet ved selskabsdeltagerenes proratariske hæftelse. Da selskabsformer, hvor deltagerne hæfter proratarisk, anses som værende omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder som registreringspligtige selskaber med begrænset hæftelse, jf. lovens § 8, jf. § 3, opstår der herved en disharmoni mellem skatte- og selskabsretten.

Kravet om, at der skal være tale om et selskab, er ikke afklaret. Spørgsmålet hænger sammen med den selskabsretlige retstilstand.

Kravet om en vis indskudskapital opfyldes, hvad enten denne på forhånd er nominelt angivet til en bestemt størrelse, eller der er tale om en vekslende indskudskapital³⁸⁷.

Kravet om overskudsfordeling efter kapitalindskud adskiller nr. 2 subjekter fra de kooperative virksomheder, herunder andelsforeningerne. Reservedannelsen tilkommer normalt deltagerne forholdsmæssigt regnet efter deres andel i den nominelle kapital. Reserverne står til deres disposition gennem udbytte, kapitalnedsættelse eller likvidation. Fortolkningen af betingelsen kan give anledning til en del tvivl i tilfælde, hvor en overskudsfordeling i forhold til indskud kun i modificeret grad kommer til anvendelse. I henhold til ordlyd og forarbejder må det stå klart, at beskatning i henhold til nr. 2 er udelukket i tilfælde, hvor der slet ikke finder nogen fordeling sted i forhold til kapitalindskud³⁸⁸. Bestemmelsen praktiseres imidlertid sådan, at den kan findes anvendelse, selvom det løbende overskud fordeles på grundlag af omsætningen³⁸⁹.

Det er et uafklaret spørgsmål, om der i betingelsen om selskabsdeltagerens fordeling af overskud efter kapitalindskud tillige kan indlæses et krav om, at virksomheden skal være erhvervsmæssig. *Erna Christensen*

387. Jf. herom *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 57 f.

388. Jf. *Thøger Nielsen*: op.cit., s. 58, der dog finder at man kan forsvare en sådan praksis i de tilfælde, hvor sammenslutningen driver en virksomhed, der i overvejende grad er anlagt på almindelig erhvervsvirksomhed, og *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 64. *Jan Pedersen* finder dog i *Skatteretten* 2, 2004, s. 328, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i tilfælde, hvor en likvidationsudlodning sker efter kriterier, som både lægger vægt på omsætningens størrelse og kapitalindskuddet.

389. Jf. pkt. 4 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 om selskabsskatteloven, om det løbende overskud og likvidationsudlodninger.

m.fl. antager, at udøvelsen af erhvervsmæssig virksomhed *ikke er påkrævet*, men i de fleste tilfælde vil være opfyldt³⁹⁰. Antagelsen begrundes ved henvisning til en afgørelse fra Statens Ligningsdirektorat, refereret i R&R 1970 SM 68, og SpO 1970, s. 263 ff. Sagen vedrørte et andelsselskab, der som følge af, at vedtægterne begrænsede udbyttebetalingen til 5% p.a., og i likvidationstilfælde til andelsbevisernes pålydende, ikke kunne registreres som et aktieselskab. Begrundelsen herfor var, at selskabet grundet udbyttebegrænsningen ikke kunne anses for erhvervsdrivende i aktieselskabslovens forstand.

På baggrund af en ordlydsfortolkning af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, og da der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem erhvervsvirksomhedsbegrebet i aktieselskabslovgivningen og skattelovgivningen, synes det mere nærliggende med *J.O. Engholm Jacobsen* at antage, at der skal være tale om en selskabsdannelse med henblik på indvinding af overskud – til fordeling blandt kapitalindskyderne – ved erhvervsmæssig virksomhed³⁹¹. Hvad der nærmere ligger i begrebet »erhvervsmæssig virksomhed«, er imidlertid ikke klart. Det synes på trods heraf nærliggende at fortolke et krav om erhvervsvirksomhed i overensstemmelse med betingelse i erhvervsvirksomhedsloven, der adskiller sig fra begrebet i aktieselskabs- og erhvervsfondsloven³⁹². Begrebet i erhvervsvirksomhedsloven tager sigte på at fremme deltagernes økonomiske interesser. Da en fond og formentlig også aktie- og anpartsselskaber betragtes som erhvervsdrivende, uanset at de alene varetager almennyttige formål, dersom formålet fremmes gennem erhvervsvirksomhed, må det lægges til grund, at erhvervsdriftsbegrebet i aktie-, anparts-, eller erhvervsfondsloven er bredere end begrebet i lov om erhvervsdrivende virksomheder³⁹³.

Idet der som anført må antages at gælde en erhvervsvirksomhedsbetingelse i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, og idet der for nr. 2-subjekter gælder et krav om selskabsretlig hæftelsesbegrænsning, står det klart, at

390. Jf. Selskabsbeskatning, 2004, s. 25. En tilsvarende konklusion når *Peder Reuther Harbjerg* i TfS 2003, 665.

391. Jf. Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 61. Se i samme retning *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 59, samme i J 1961, s. 614, og måske *J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså*: Beskatning af selskaber og aktionærer mv., 1961, s. 20.

392. Jf. *Mette Neville* i Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Nis Jul Clausen (red.), 1995, s. 183.

393. Det må antages, at *Erik Hørlyck* i Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 30, i realiteten finder erhvervsdriftsbetingelsen i LEV identisk med EFL § 1, stk. 2.

Del IV – Konfrontation

de omfattede virksomheder er omfattet af erhvervsvirksomhedsloven. Denne antagelse må dog forudsætte, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, fortsat fortolkes udvidende i relation til kravet om fordeling af overskud på baggrund af indskudt kapital. Heraf følger som omtalt et registreringskrav som forudsætning for selskabsretlig retssubjektivitet, jf. LEV § 9. Anvendelsesområdet for denne lov og for SEL § 1, stk. 1, nr. 2 hænger nøje sammen med spørgsmålet om den fortsatte beståen af aftalefriheden på selskabsrettens område. Hvis der er typebundethed i selskabsretten, er der reelt kun en selskabsgruppe at henhøre til bestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Dette gælder således de A.m.b.a'er, som ikke fordeler såvel årlige udlodninger som likvidationsudlodninger i overensstemmelse med medlemmernes omsætning med selskabet/foreningen, og som derfor ikke kvalificerer til kooperationsbeskatning³⁹⁴. Antages det derimod, at der fortsat er aftalefrihed til at oprette ikke-lovregulerede selskabstyper, kan der under SEL § 1, stk. 1, nr. 2 henregnes alle de forskellige ulovregulerede selskabstyper, som fantasien kan finde på³⁹⁵. Herunder figurerer de såkaldt nyudviklede selskabsformer³⁹⁶. Som det er fremgået, lægges det i denne afhandling til grund, at friheden består, om end den i praksis i et vist omfang er erstattet af en typebundethed. Det er derfor ikke muligt udtømmende at opregne alle de selskaber og foreninger mv., der kan anses som selvstændige skattesubjekter³⁹⁷. En fremtidig reformulering af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, kunne på denne baggrund som udgangspunkt udformes gennem henvisning til LEV § 3.

Dog skal det stedse tages højde for den relevante skatteretlige realitetsbedømmelse. Derfor skal der også tages højde for en sådan situation, hvor deltagerne i et interessentskab qua visse (omfattende) konkrete hæftelsesbegrænsninger falder uden for erhvervsvirksomhedslovens interessentskabsdefinition i § 2, stk. 1. I henhold til den traditionelle materielle interessentskabsretlige opfattelse fratager en konkret hæftelsesbegrænsning over for bestemte selskabskreditorer ikke et interessentskab sin karakter af et sådant³⁹⁸. Et sådant selskab falder uden for erhvervsvirksomhedslovens anvendelsesområde, men må altså fortsat i

394. Jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 87.

395. Loc.cit.

396. Jf. Carsten Fode & Nøe Munck: Valg af selskabsform, 2000, s. 351 ff.

397. Se modsat dog Jan Pedersen i Skatteretten 2, 2004, s. 295.

398. Jf. eksempelvis Erik Hørlyck: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 212 f, og Otto Bjerg Hausgaard & Peder Harbjerg Reuther i J 2000, s. 38 ff. Det ligger dog ikke fast,

selskabsretlig henseende anses som et interessentskab blot uden at måtte benytte navnet, jf. LEV § 6, stk. 4. Der er dog ikke herved tale om en virksomhed med begrænset hæftelse, jf. LEV § 3, idet de resterende deltagerne, trods den konkrete hæftelsesbegrænsning for en eller flere andre deltagere, fortsat hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk. Det kan samtidig ikke udelukkes, at sådanne enheder i skatteretlig henseende vil blive anset som selvstændige skattesubjekter i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 2, grundet den konkrete hæftelsesbegrænsning. Ud fra denne betragtningsmåde synes der således at være belæg for at antage, at der kan forekomme en forskellig anvendelse af hæftelsesbegreber i selskabsskatteloven og erhvervsvirksomhedsloven, selvom en sådan uensartethed formentlig ikke er tilsigtet³⁹⁹. Eksercitsen viser, at anvendelsesområdet for SEL § 1, stk. 1, nr. 2 er bredere end LEV, dog således at en virksomhed med begrænset hæftelse omfattet af LEV formentlig altid vil være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

I andre situationer må det derfor antages, at den manglende retssubjektivitet som følge af, at der ikke er foretaget en selskabsregistrering efter LEV, medfører, at der som hovedregel ej heller foreligger den for SEL § 1, stk. 1, nr. 2, nødvendige hæftelsesbegrænsning. Derimod kan det ikke udelukkes, at sammenslutningen kan kvalificeres som en skattepligtig erhvervsdrivende forening mv. i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 6.

Kategorien i SEL § 1, stk. 1, nr. 2, er typisk blevet benyttet til at indplacere erhvervsdrivende andelsselskaber med begrænset hæftelse (A.m.b.a.'er) i. Dog skal man ikke forledes til at tro, at alle A.m.b.a.'er kan henføres til SEL § 1, stk. 1, nr. 2⁴⁰⁰. Endvidere findes den primære beskatningshjemmel for A.m.b.a.'ernes vedkommende siden 1994 i SEL § 1, stk. 1, nr. 4⁴⁰¹. Ligeledes må det antages, at bestemmelsen omfatter selskaber uden indskudskapital, men udelukkende med en garantika-

hvor langt en konkret hæftelsesbegrænsning kan gå førend selskabet ikke længere kan antages at udgøre et interessentskab, herunder om en hæftelsesbegrænsning over for alle tænkelige aftalekreditorer er acceptabel.

399. Det må således antages at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, med ordene »ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser« som udgangspunkt refererer til den selskabsretlige hæftelse, der svarer til LEV § 3 med ordene »ingen hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk«.

400. Jf. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 30.

401. Tidligere omfattede bestemmelsen også enkelte selskaber, som uden at kalde sig aktieselskaber havde opnået registrering i Aktieselskabs-Registret i medfør af ASL 1930 § 2, stk. 1, 2. pkt. Denne mulighed blev fjernet med ASL af 1970.

pital, selskaber med vekslende kapital samt selskaber med en vedtægtsmæssig begrænsning af udbytte og likvidationsprovenu⁴⁰². Ligeledes antages det, at bestemmelsen omfatter selskaber med begrænset hæftelse, hvor det årlige overskud fordeles på grundlag af omsætningen, men hvor en eventuel likvidationsudlodning baseres på kapitalindskuddets størrelse. Det ses således, at det anses som værende tilstrækkeligt at likvidationsprovenu fordeles i forhold til indskuddet. Derimod henføres selskaber, hvor såvel fordelingen af overskud som likvidationsprovenu fordeles på baggrund af omsætningen, til de kooperative enheder⁴⁰³. Det gælder endvidere, at enheder hvor deltagerne ikke har krav på andel i overskud eller likvidationsprovenu, men alene på forrentning af indskudskapitalen med en normal rente, ikke er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Det er på dette punkt, at afgrænsningen over til de kooperative enheder går⁴⁰⁴. Dog anerkender praksis, at visse selskaber, hvori der er vedtægtsmæssige begrænsninger af udbytte og likvidationsprovenu, kan være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Udelukket fra bestemmelsen er personselskaberne, selvom disse i visse henseender antages at have retssubjektivitet. Det er således uden betydning, om sådanne virksomheder er optaget i registret over erhvervsdrivende virksomheder⁴⁰⁵.

Såfremt det lægges til grund, at aktie- og anpartsselskabslovens anvendelsesområde er eksklusivt, således at et selskab ikke kan minde alt for meget om disse selskabsformer uden at falde ind under lovenes anvendelsesområde, må det efterfølgende afklares, hvor stor grad af afvigelse der skal være fra aktie- og anpartsselskabet for at bringe et selskab udenfor aktie- og anpartsselskabslovens anvendelsesområde⁴⁰⁶. Dette er forsøgt ovenfor i afsnittets selskabsretlige del.

402. Jf. LV 2005 S.A.1.

403. Jf. Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, pkt. 4.

404. Jf. *J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså*: Beskatning af selskaber og aktionærer mv. 1961, s. 19, og *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 32.

405. Jf. *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 31.

406. Se *Thøger Nielsens* tidlige forsøg herpå i J 1961, s. 613 ff. Forfatteren analyserede anvendelsesområdet for SEL § 1, stk. 1, nr. 2, og konstaterede at reglen under hensynstagen til den dagældende selskabslovgivning tilsyneladende var indholdsløs. Det konkluderedes således, at der bortset fra visse gensidige forsikringsforeninger, kun kunne blive tale om at inddrage aktieselskaber under den ubegrænsede selskabsskattepligt. Derimod fandt forfatteren, at reglen havde betydning i relation til den begrænsede skattepligt, derved at udenlandske selskaber netop kan udgøre andre selskaber med begrænset hæftelse. Denne konklusion blev nået ved at sammenholde de på tidspunktet gældende aktieselskabskarakteristika med de karakteristika, der måtte antages

SEL § 1, stk. 1, nr. 2, kan give anledning til nogle *afgrænsningsproblemer* i forhold til afgrænsningen overfor andelsforeninger omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3, samt institutioner omfattet af nr. 6. Vurdering af, om der foreligger en enhed omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, er konkret og realitetsfokuseret⁴⁰⁷. Af væsentlig betydning ved denne vurdering er selskabets vedtægter, overholdelsen heraf og hensigten med dets virksomhed. Hertil kommer dog, at også en række andre forhold kan tages i betragtning. I LV 2005, S.A.1., opregnes en række sekundære momenter, der kan indgå i vurderingen.

For tilstedeværelsen af et skattesubjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 fremhæves: *at* ingen af deltagerne hæfter personligt, *at* fordeling af overskuddet sker i forhold til den af deltagerne indskudte kapital, *at* det årlige overskud fordeles på grundlag af omsætningen, men en eventuel likvidationsudlodning baseres på kapitalens størrelse, eksistensen af selvstændige vedtægter, særskilt regnskab, særskilte foreningsorganer, som med bindende virkning kan handle, også for de medlemmer som ikke er med i ledelsen, mulighed for udvidelse af medlemskredsen, bestemmelse om, hvad der skal ske med formuen ved det enkelte medlems udtræden eller ved enhedens opløsning, indskudskapital (kan enten være nominelt angivet til en bestemt størrelse, eller der kan være tale om vekslende indskudskapital).

Mod tilstedeværelsen af et subjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 anføres: *at* fordeling af både overskud og af likvidationsprovenu foretages på grundlag af omsætningen, *at* én eller flere deltagere hæfter personligt, *at* ingen fordeling af overskud finder sted i forhold til kapitalindskuddet, og *at* overskuddet anvendes til almennyttige eller almenvelgørende formål. Disse kriterier svarer til dem som andre fremhæver generelt ved vurderingen af om der overhovedet foreligger et selvstændigt skattesubjekt. Men det lader samtidig til at disse kriterier

at gøre sig gældende for de subjekter, der var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Konklusionen blev nået ved at konstatere, at de relevante karakteristika var identiske, hvorfor der ikke i selskabsretlig henseende var plads til andre selskaber, der mindede om aktieselskaber uden at være aktieselskaber og dermed at skulle indregistreres som sådan. Forfatteren forklarede reglen historisk med det forhold, at statsskatteloven på dette punkt var ældre end selskabslovgivningen. Analysen var dog formentlig ikke korrekt, idet kriteriet om fast indskudskapital ikke antages at gælde ubetinget for nr. 2 subjekter. *Thøger Nielsen* har da også efterfølgende modificeret sin holdning, idet det i Indkomstbeskatning II, 1972, s. 57 f, anføres, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, også omfatter også selskaber med en vekslende indskudskapital.

407. Jf. LV 2005 S.A.1., og *Peder Harbjerg Reuther* i TFS 2003, 665.

afgrænser mod kooperative virksomheder og ikke kun mod personselskaber mv.

8.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Der er konstateret middelstærke kongruenskrav- og behov. Dette må sammenholdes med den skatteretlige behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse. Af naturlige årsager kan den ældre selskabsskatte-lov ikke forholde sig til den senere normering i erhvervsvirksomhedsloven af andre selskaber med begrænset hæftelse. Således er der ikke umiddelbar harmoni mellem ordlyden af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, og LEV § 3. Skattemyndighederne godkender ikke automatisk virksomheder, der er registreret i henhold til LEV § 9 som selvstændige skattesubjekter. Baggrunden herfor ligger antageligvis *dels* i det forhold, at skattemyndighederne og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen varetager forskellige hensyn⁴⁰⁸, *dels* i det forhold, at registrering efter LEV ikke i henhold til skattepligtsreglerne udgør en betingelse for skattesubjektivitet.

Imidlertid findes der i praksis at være en betydelig lighed. Således antages det, at erhvervsvirksomhedsbetingelsen gælder begge steder. Det samme gælder den selskabsretlige hæftelsesbegrænsning, mens den skatteretlige praktisering af kravet om overskudsfordeling i henhold til kapitalindskud i et eller andet omfang trækkes i retning af kendetegnende for virksomheder omfattet af LEV § 3.

For at vurdere om der er tilsikret den fornødne grad af kongruens, må det overvejes, om samtlige de af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, omfattede skattesubjekter tillige er omfattet af erhvervsvirksomhedslovens § 3. Det er dog ikke muligt at undersøge dette forhold uden inddragelse af empiriske observationer, men visse generelle overvejelser kan gøres om den nuværende retstilstand. SEL § 1, stk. 1, nr. 2, har på samme tid et snævrere og et bredere anvendelsesområdet end LEV § 3. Snævrere grundet overskudsfordelingsmetodekravet og bredere grundet hæftelseskravet.

Isoleret set dækker nr. 2, dog ikke samtlige øvrige selskaber med begrænset hæftelse ud over aktie- og anpartsselskaber. Dette skyldes dels bestemmelsen stive betingelse om overskudsfordeling på baggrund af kapitalindskud samt de øvrige skattepligtsbestemmelser i nr. 4 samt nr. 6.

408. Dette forhold benævnes det organisatoriske specialitetsprincip, jf. herved *Poul Andersen*: Dansk Forvaltningsret, 1965, s. 363, og herom Del II, kapitel 8, afsnit 3.2.

At anvendelsesområdet for nr. 2 er bredere fremgår også af den omstændighed, at udenlandske selskaber, der grundet ledelsens sæde i Danmark er fuldt skattepligtige her til landet, jf. SEL § 1, stk. 6, ofte må antages at være skattepligtige i henhold til nr. 2. Sådanne udenlandske selskaber er ikke omfattet af erhvervsvirksomhedsloven.

Samtidig er det blevet påpeget, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, formentlig kan omfatte visse personselskaber, der qua konkrete hæftelsesbegrænsninger falder uden for anvendelsesområdet af LEV. Kvalifikationen forudsætter naturligvis, at overskudsfordelingen sker som foreskrevet i nr. 2. Den formentlig eneste praksis herom er Landsskatterettens kendelser i 10-mandssagerne, jf. herom ovenfor. Hermed ses en skatteretlig afvigelse fra civilretten. Denne fravigelse er dog ikke ganske sikker, idet det ikke er afklaret, om disse selskaber står for en selskabsretlig vurdering. Dette gælder formentlig særligt, hvor den konkrete hæftelsesbegrænsning antager et betydeligt omfang. Der hersker dog ikke klarhed om spørgsmålet i selskabsretlig henseende. Af denne årsag må der levnes skatteretten plads til selvstændige fortolkninger.

Såfremt det antages, at den særlige skatteretlige anvendelse af hæftelsesbegrebet er reel, kan risikoen for udviklingen af en *selvstændig skatteretlig civilretlig* tillige siges at være reel. Derfor skal der udvises forsigtighed på dette område. Tilsvarende kan der siges at bestå en risiko for, at der finder en vis skatteretlig *modvirkning af civilretten* sted. Dette ses derved, at personselskaber oprettet i den tro at der faktisk var tale om et sådant også i skatteretlig henseende, trods konkret hæftelsesbegrænsning, fortsat vil være kendetegnet ved personlig hæftelse. At kvalificere sådanne selskaber som selvstændige skattesubjekter, synes uhensigtsmæssigt, forudsat at civilretten anerkender, at de konkrete hæftelsesbegrænsninger er uden betydning for personselskabsstatus. Således kan forholdet i yderste konsekvens påvirke valget af selskabsform. Noget sådant synes at kunne skabe visse koordinationsvanskeligheder skatte- og civilretten imellem, ligesom resultatet synes at stride mod den grundlæggende skatteretlige neutralitetsnorm. Dog skal problemet ikke overvurderes, idet det ikke i praksis ses eksempler herpå.

Det kan vel også med en vis føje anføres, at hæftelseskriteriet i SEL § 1, stk. 1, nr. 2, skal fortolkes i overensstemmelse med LEV § 3, idet sidstnævnte bestemmelse i almindelighed udtrykker, hvad der ligger i den selskabsretlige hæftelsesbegrænsning for andre selskaber med begrænset hæftelse end aktie- og anpartsselskaber. Dog bør det indgå i overvejelserne herom, at SEL tidsmæssigt ligger væsentligt forud for

Del IV – Konfrontation

LEV. Samtidig må koordinationstankegangen føre til en ensretning af hæftelsesbegreberne.

Der er ikke på denne baggrund anledning til at fremsætte nogen kraftig kritik af retstilstanden. De problemer der eksisterer, kan formentlig tilskrives de ca. 44 år, der ligger mellem vedtagelsen af SEL og LEV. En eventuel fremtidig revision af SEL § 1, stk. 1, burde derfor indebære en ensretning med LEV § 3. En sådan ensretning kunne relativt simpelt gennemføres, og der ses ikke at være væsentlige fiskale eller andre hensyn, der taler for at udvide beskatningen af andre selskaber med begrænset hæftelse ud over den civilretlige kvalifikation heraf. Herved ville også den hidtidige praktisering i strid med ordlyd og forarbejder kunne undgås. Derfor må det indtil videre samlet udtrykkes tilfredshed med retstilstanden på dette område.

Det er antaget, at der tillige gælder middelstærke kongruenskrav og behov vedrørende grænsedragningen mellem nr. 2-subjekterne og de øvrige skattesubjekter omfattet af SEL § 1. Dette efterleves ikke i praksis. I stedet anvendes almindelige skatteretlige afgrænsningskriterier til dels udviklet med udgangspunkt i civilretten. Dette er forståeligt, idet de omfattede skattesubjekter ikke udgør nogen egentlig fasttømret selskabstype i civilretlig henseende. Som nævnt er nr. 2 såvel bredere som snævre end LEV § 3. Det er således ikke muligt at opregne samtlige omfattede sammenslutninger. Når det hertil kommer, at der ikke eksisterer faste civilretlige retningslinier til brug for grænsedragningen overfor andre selskaber, herunder også de andre selskaber med begrænset hæftelse der ikke er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, synes den skatteretlige praksis acceptabel. Der ses da heller ikke herved at forårsages store civilretlige problemer, ligesom hensynene bag disciplinen ikke umiddelbart kommer i farezonen. Skatteretten kan ikke leve uden den fornødne klarhed.

Til sidst en opsamling i forhold til de konstaterede potentielle samspilsproblemer. Det må fortsat antages, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2 anvender civilretlige begreber, derved at disse begreber fastlægger det skatteretlige retsfaktum. Denne anvendelse ses i den foreliggende situation alene at være implicit. LEV § 3 må som hovedregel antages at udgøre rammerne for anvendelsesområdet af nr. 2. Risikoen for opståen af en selvstændig skatteretlig civilret viste sig som just nævnt, at have noget for sig. Problemerne herved er dog ikke store i den konkrete situation. Tilsvarende kunne anvendelse af forskellige hæftelsesbegreber (såfremt noget sådant er en realitet) skabe visse koordinationsproblemer i for-

hold til civilretten og herved måske i et eller andet omfang modvirke civilretten og dennes hensyn. Den skatteretlige behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse kan ikke antages at være udtryk for anvendelse af en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse. Derimod forekommer der ved grænsedragningen heraf en delvis selvstændig skatteretlige vurdering.

§ 9 Fonde (fonde, stiftelser og legater og andre selvejende institutioner)

9.1. Oversigt over den fondsretlige begrebsdannelse

Terminologisk anvendes begreberne fond, selvejende institution, stiftelse eller legat som synonyme begreber. Ordet fond er blot det moderne udtryk⁴⁰⁹. Begreberne har ikke et bestemt retligt indhold, der adskiller dem fra hinanden, og efter fondslovene af 1984 udgør ordet fond fællesbetegnelsen for de nævnte begreber⁴¹⁰. Fondslovene (lov om fonde og visse foreninger og lov om erhvervsdrivende fonde) indeholder ikke nogen egentlig fondsdefinition. Lovene er derimod baseret på praksis forud for lovene. Hovedkarakteristika er⁴¹¹: (1) En fond skal have et eller flere formål. Formålet skal angives i fondens vedtægt. Der gælder formentlig ikke noget fondsretligt krav om, at formålet skal være almennyttigt eller almenvelgørende. Fondsstifteren står i denne forbindelse som hovedregel frit for med hensyn til fastlæggelsen af formålet. Dog gælder det formentlig, at en fond ikke kan have det som sit eneste formål at drive, bevare og udbygge en virksomhed, som fonden selv ejer eller ejer en betydelig del af⁴¹². (2) En fond skal have en formue (kapital), eller der skal være givet et bindende tilsagn om, at

409. Jf. *Lennart Lyngge Andersen*: Fra stiftelse til fond, 2002, s. 20. Dog er det formentlig mere præcist at sige, at en fond er en selvejende institution, idet også visse foreninger kan være selvejende institutioner.

410. Op.cit., s. 28 f.

411. Se om fondsbegrebet i dansk ret Betænkning nr. 970/1982 om fonde, s. 43 og s. 213 ff, Civilretsretsdirektoratets vejledning om fondsbegrebet (gengivet i LV 2005 C), *Lennart Lyngge Andersen*: Fra stiftelse til fond, 2002, s. 105 ff, samme: Lærebog i fondsret, 1995, s. 14 ff, samme: Fonde og foreninger I – fondslovene med kommentarerne, 1996, samme i FSR's årsskrift 1989, s. 9 ff, *Christen Boye Jacobsen*: Erhvervsdrivende fonde – en lovkommentar, 1989, *Lars Hedegaard Kristensen* i Selskabsformerne, 2002, s. 285 ff, og *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 103 ff.

412. Jf. herom *Lennart Lyngge Andersen*: Fra stiftelse til fond, 2002, s. 184 ff.

der vil tilgå fonden midler. Der gælder et proportionalitetskrav mellem formålet og fondens kapital. Erhvervsdrivende fonde skal have en mindstekapital (grundkapital) på 300.000 kr., jf. EFL § 9, mens andre fonde ved stiftelsen skal have aktiver for mindst 250.000 kr., og aktiverne og egenkapitalen skal stå i rimeligt forhold til formålet, jf. FL § 8, stk. 1. (3) Det er et hovedkrav, at fondens formue skal være bindende udskilt fra stifteren midler, og derved ikke må kunne gå tilbage til stifteren og dennes nærtstående. Dette forhold betegnes typisk som »krympereglen«, og begrundes med at fonden som selvstændig juridisk person er adskilt fra stifterens formuesfære. At en fond er en selvejende institution, medfører, at alene fonden selv har (og kan have) ejendomsretten til aktiverne. (4) Fonden skal have en ledelse, der er selvstændig i forhold til stifteren. Fonden er selvejende og har dermed ikke nogen ejerkreds. Er disse krav opfyldt, vil der normalt foreligge en fond, men det behøver ikke være tilfældet. Som supplement kommer, at fonden skal have en vis varighed. I visse sjældne tilfælde, kan en institutions navn indgå som et biskarakteristikon ved kvalificeringen heraf. Det kan formentlig konstateres, at der i dansk ret eksisterer et fast fondsbegreb⁴¹³.

Den almindelige fond opnår retssubjektivitet, når fondslovens kapital- og ledelsesbetingelser er opfyldt. Den erhvervsdrivende fond opnår sin retssubjektivitet, når den er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. EFL § 6. Den begrebsmæssige afgrænsning af fonde, for så vidt angår ikke-erhvervsdrivende fonde foretages af de skatteansættende myndigheder i forbindelse med ligningen⁴¹⁴. Den begrebsmæssige afgrænsning for erhvervsdrivende fonde foretages af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i forbindelse med registreringen.

Fondsloven omfatter fonde, legater, stiftelser og andre selvejende institutioner, jf. FL § 1, stk. 1. I FL § 1, stk. 2 afgrænses lovens anvendelsesområde derved, at visse fonde og institutioner generelt er undtaget fra lovens anvendelsesområde. I henhold til FL § 1, stk. 3, kan

413. Jf. *Lennart Lyng Andersen: Fra stiftelse til fond*, 2002, s. 225.

414. Jf. LV 2005 S.H.1., og *Lennart Lyng Andersen: Fra stiftelse til fond*, 2002, s. 126 f, men modsat *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 105. Der foreligger dog ingen praksis herom. Retstilstanden bifaldes af *Lennart Lyng Andersen op.cit.*, idet ligningsvejledningen giver det indtryk, at skattemyndighederne vil bygge på den praksis, der er fastlagt ved Fondsudvalgets betænkning og de mange sager i Fondsregistrets første år. Det bemærkes, at en sådan retstilstand ikke giver anledning til bemærkninger, idet der herved bliver sat lighedstegn mellem den og den skatteretlige civilretlige bedømmelse.

fondsmyndigheden (Justitsministeriet – civilretsdirektoratet) bestemme, at en fond som på anden måde end efter erhvervsfondsloven er undergivet et vist statsligt eller kommunalt tilsyn, helt eller delvis skal være undtaget fra loven. Fonde og foreninger, hvis aktiver ikke overstiger 250.000 kr. er ikke omfattet af fondsloven, jf. FL § 1, stk. 4 og § 2, stk. 2⁴¹⁵.

Erhvervsfondsloven omfatter fonde, legater, stiftelser og andre selvejende institutioner, der anses for at være erhvervsdrivende, jf. EFL § 1. I EFL § 1, stk. 4, afgrænses lovens anvendelsesområde derved, at visse fonde og institutioner generelt er undtaget fra lovens anvendelsesområde. I henhold til EFL § 1, stk. 5, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med erhvervsministerens samtykke bestemme, at en fond, som på anden måde end efter erhvervsfondsloven er undergivet offentligt tilsyn og økonomisk kontrol, helt eller delvis skal være undtaget fra loven.

Flere fonde falder uden for fondslovene, idet dette enten kan ske gennem generelle fritagelsesregler eller efter konkret beslutning truffet af fondsmyndigheden.

Afgrænsningen mellem fonde og foreninger er svær, idet medlemmerne i en forening, for eksempel ikke behøver at have ejerbeføjelser i forhold til foreningsformuen⁴¹⁶. Ved afgrænsningen er det afgørende, om sammenslutningen har medlemmer eller ej, og graden af medlemsaktivitet. Der kan ikke være medlemmer i en fond, og der kan ikke foregå medlemsaktiviteter. I en fond skal midlerne ud til de formål, der er angivet i vedtægterne, hvorimod midlerne i mange foreninger anvendes til aktiviteter, hvor medlemmerne indgår og dermed selv nyder godt af foreningens midler. Der kan i denne forbindelse ses på den organisatoriske opbygning, herunder om der findes en generalforsamling, som er sammenslutningens øverste organ. Eksistensen heraf vil pege i retning af en forening, idet der i fonde ikke må være ejerinteresser. Tilstedeværelsen af kontingenter peger i retning af en forening. Hertil kommer, at der kan lægges vægt på forholdet mellem medlemmerne og den persongruppe, hvis interesser institutionen skal tilgodese, og på hvorledes

415. Fondslovens kapitel 13 finder tillige anvendelse for fagforeninger, arbejdsgiverforeninger og brancheforeninger.

416. Jf. herom Civilretsdirektoratets vejledning om fondsbegrebet, pkt. IV, *Lennart Lynge Andersen*: Fra stiftelse til fond, 2002, s. 134 f, og *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 97 f.

formuen skal fordeles skal fordeles ved opløsning. Endelig kan det antages, at den valgte benævnelse tillægges en vis betydning. Afgrænsningen betyder eksempelvis, at andelsselskaber ikke er omfattet af fondslovgivningen⁴¹⁷. Afgrænsningen af fonde overfor foreninger afhænger af en konkret samlet vurdering af institutionens stiftelsesområde og vedtægternes bestemmelser om ledelsesform, opløsning mv. I særlige tvivlstilfælde har der tidligere været lagt vægt på: (a) medlems-elementets udformning, herunder omfanget af medlemsaktivitet og omfanget heraf i institutionens virksomhed samt forholdet mellem medlemskredsen og den persongruppe institutionen efter sit formål skal tilgodese, hvorved et væsentligt personsammenfald vil tale imod at betragte institutionen som en fond, (b) institutionens navn, selvom dette dog ikke kan tillægges nogen særlig betydning, og endelig (c) må der lægges nogen vægt på, hvem der vælger institutionens ledelse, og i hvilket omfang medlemmerne reelt har mulighed for at få ændret vedtægterne.

9.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

De mulige samspil består på dette område i, at civilretten tilvejebringer det skatteretlige faktum og det skatteretlige retsfaktum. Særligt sidstnævnte har relevans derved, at fondsbegrebet direkte kan ligge til grund for de relevante skattepligtsbestemmelser. Hermed opstår i et eller andet omfang muligheden for opståen af en selvstændig skatteretlig civilret.

9.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Forudsætningerne for kongruens er til stede i denne specifikke relation. Henset til den direkte skatteretlige henvisning til civilrettens fondsbegreb som forudsætning for eksistensen af skattesubjektivitet, jf. straks nedenfor, må der antages at gælde et *stærkt retskildebestemt kongruenskrav*. Når der yderligere henses til fondsbegrebets betydning og klarhed, samt hensynet til praktikabilitet, må der nødvendigvis tillige kunne identificeres et *stærkt retskildebestemt kongruensbehov*.

417. Jf. Erik Hørlyck: Dansk andelsret, 2000, s. 19.

9.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – fonde og visse foreninger – evalueringsprocessens trin 3

Det overvejende antal fonde er fra 1987 skattepligtige i henhold til fondsbeskatningsloven. Fondsbeskatningsloven giver tilsvarende regler om beskatningen af en række andre foreninger, herunder brancheforeninger og arbejdsmarkedssammenslutninger. Skattepligtsbestemmelsen findes i FBL § 1, hvori der er lovfæstet fuldstændig kongruens mellem den fonds- og den skatteretlige subjekt kvalifikation. Således gælder det, at fondes skattesubjektivitet knyttes an til fondenes retssubjektivitet i henhold til lov om fonde og visse foreninger og lov om erhvervsdrivende fonde⁴¹⁸. FBL § 1, stk. 1 foreskriver skattepligt for: (1) fonde, der er omfattet af fonds- eller erhvervsfondsloven, jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 1, (2) foreninger, der er omfattet af fonds- eller erhvervsfondsloven (brancheforeninger), jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 2, og (3) arbejdsmarkedssammenslutninger, jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 3. Denne opregning i FBL § 1 er udtømmende. Fondsloven omfatter i henhold til fondslovens §§ 1-2, fonde, legater, stiftelser, andre selvejende institutioner, brancheforeninger og arbejdsmarkedssammenslutninger.

Det står klart, at fondsskatteretten ved den valgte lovkonciperingsmetode har overtaget sit fondsbegreb direkte fra fondsretten. Det anføres da også i LV 2005 S.H.1.2., at skattepligten for fonde og foreninger afgrænses efter de materielle fondsloven.

Der gælder alene et fondsretligt registreringskrav for *erhvervsdrivende fonde*, jf. erhvervsfondslovens § 6, hvorefter registreringskriteriet udgør en retssubjektivitetsbetingelse. Denne registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er således afgørende for opnåelsen af såvel den fondsretlige som den fondsskatteretlige retssubjektivitet⁴¹⁹. Dog fremgår det af ordlyden af FBL § 1, stk. 1, nr. 1, at skattesubjektiviteten allerede indtræder derved, at fonden er *omfattet* af erhvervsfondsloven. Herved ses det, at en erhvervsdrivende fond kommer retligt til eksistens ved dennes registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, mens fonden allerede fordi den er omfattet af erhvervsfondsloven, udgør et selvstændigt skattesubjekt. Det må således gælde, at stifterne hæfter for

418. Se om fondes subjektive skattepligt, *Susanne Pedersen* i SpO 2005, s. 343 ff.

419. Jf. herom LV 2005 S.H.1.2., *Lennart Lyng Andersen*: Fonde og foreninger II, 1998, s. 18 ff, *Steen Askholt* i Erhvervsdrivende fonde, 1989, s. 260 ff, *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 2, 2000, s. 538 ff, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 200 ff, og *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 89.

fonden, så længe denne er uregistreret⁴²⁰. Ligeledes beskattes stifterne af fondens indkomst i denne periode.

En *ikke-erhvervsdrivende fond* kommer fondsretligt til eksistens, så snart den er oprettet af stifterne, og herved opfylder de grundlæggende fondsretlige eksistenskrav, jf. herom ovenfor. Der gælder intet registreringskrav for sådanne fonde og foreninger. Hjemstedskommunen fungerer som en slags offentliggørelsesmyndighed vedrørende vedtægterne, oplysninger om eventuelle ændringer heri, jf. FL § 6, stk. 2, bestyrelsessammensætning og ændringer heri, jf. FL § 11, stk. 2, men ikke som en egentlig registreringsmyndighed, hvor registreringen er en egentlig gyldighedsbetingelse⁴²¹. Det forhold, at skattemyndighederne uden kommentarer modtager vedtægterne, indebærer ikke noget bindende tilsagn om, at fonden anerkendes som selvstændigt skattesubjekt⁴²². Afgørelsen om, hvornår en institution er omfattet af fondsloven, træffes i første instans af de kommunale skattemyndigheder. Da en stillingtagen hertil undertiden vil rejse spørgsmål om, hvorvidt en institution er en fond og ikke for eksempel en forening eller en ulovlig selvbandlæggelse, vil skattemyndighederne efter omstændighederne i visse tilfælde præjudicielt skulle tage stilling til, om der foreligger en fond⁴²³.

Anmeldelsespligten i henhold til fondsloven gælder også for fagforeninger, arbejdsgiverforeninger og brancheforeninger, jf. FL § 2.

En række småfonde falder uden for FBL og omfattes i stedet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Dette gælder fonde, hvis aktiver ikke overstiger 250.000 kr.⁴²⁴ og fonde, som er generelt eller konkret undtaget fra fondslovgivningen, eksempelvis for de reelt lever af offentlige tilskud og er under særligt offentligt tilsyn, jf. herved fondslovens § 1, stk. 2-5. Herved opstår der en situation, hvor der foreligger en selvstændigt skattesubjekt, mens der ikke består et civilretligt retssubjekt.

Afgrænsningen mellem foreninger, der omfattes af FBL, og dem, der kun omfattes af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, kan volde vanskeligheder. Et væsentligt element i definitionen af de af FBL omfattede foreningstyper

420. Jf. Erik Werlauff op.cit., s. 89.

421. Op.cit., s. 112. Se også fondslovens § 48 vedrørende foreninger.

422. Loc.cit.

423. Jf. LV 2005 S.H.1.2.

424. I LV 2005 S.H.2.3. anføres, at den skatteansættende myndighed bør være opmærksom på, om der er tale om en omgæelse af de materielle fondslove.

er, at de varetager medlemmernes økonomiske interesser. Er dette ikke tilfældet, falder de uden for FBL⁴²⁵.

9.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Som det allerede er fremgået, er der med fondsbegrebet tale om et område, hvor skatte- og civilretten er kongruente. Dette forhold kommer direkte til udtryk ved, at fondes skattesubjektivitet direkte knyttes an til fondenes retssubjektivitet. Retstilstanden for de almindelige fonde bifaldes, idet ligningsvejledningen giver det indtryk, at skattemyndighederne vil bygge på den praksis, der er fastlagt ved Fondsudvalgets betænkning og de mange sager i Fondsregistrets første år. Det bemærkes, at en sådan retstilstand ikke giver anledning til bemærkninger, idet der herved bliver sat lighedstegn mellem den civilretlige og den skatteretlige civilretlige bedømmelse. Noget tilsvarende må kunne anføres, for så vidt angår erhvervsdrivende fonde. Den mindre afvigelser der ligger i, at skattesubjektiviteten for erhvervsdrivende fonde vækkes til live før selve registreringen, antages ikke at medføre problemer vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret. Blot er der her tale om et eksempel på, at en enhed, der endnu ikke udgør et civilretligt retssubjekt, tildeles skattesubjektivitet⁴²⁶.

Således må der sammenfattende ytres tilfredshed med samspillet mellem skatteret og civilret på området for fondes skattesubjektivitet. Den valgte konciperingsmetode kan bifaldes, og bør være en betydelig inspirationskilde i forbindelse med fremtidige ændringer og tilpasninger af skattepligtsreglerne for selskaber mv. Af de fremhævede mulige samspil kan der ikke siges noget klart om eksistensen heraf. Indtil videre må det derfor antages, at alene spørgsmålet om civilrettens betydning for det skatteretlige retsfaktum har relevans.

425. Se TfS 1997, 774 LSR.

426. Det kunne dog overvejes at ensrette reglen i FBL § 1 med registreringskravet for aktie- og anpartsselskaber, idet det ikke kan udelukkes, at uoverensstemmelsen mellem civilretlig retssubjektivitet og skattesubjektivitet kan medføre uønskede forviklinger, herunder i relation til stifterens hæftelse for fondens skattekrav. Det må således afgøres om skattekravet udgør et civilretligt krav, der kan opkræves hos stifteren på grund af fondes manglende registrering, eller om skattekravet alene kan rettes mod fonden, i sin egenskab af selvstændigt skattesubjekt.

§ 10 Foreninger herunder andelsvirksomhed

10.1. Oversigt over den foreningsretlige begrebsdannelse

Foreningsbegrebet kan ikke siges at være tydeligt klarlagt i dansk ret. Nogle forfatterne har forsøgt at opstille foreningsbegrebet i henseende til ideelle foreninger som et relationsbegreb, der kan variere fra relation til relation men med en nogenlunde fast kerne bestående af nogle fælles træk⁴²⁷. Foreningsbegrebets kerne kan formentlig fastlægges ved fremdragelsen af nogle grundlæggende kriterier som, uafhængigt af, hvilket retsområde der er tale om, er anvendelige til afklaring af, hvorvidt en sammenslutning kan karakteriseres som en forening⁴²⁸. En forening beror på en aftale mellem flere personer om at ville samarbejde om opnåelsen af et fælles formål. Det kræves, at der er flere medlemmer. Det er dog ikke et krav, at der foreligger skrevne vedtægter. Det må kræves, at en forening, for at blive anset som sådan skal have en identitet, der er adskilt fra de enkelte medlemmers. Derimod er det ikke noget krav, at en forening skal have en fast medlemsskare. Det må stilles som krav, at medlemmerne har foretaget en egentlig indmeldelse i foreningen. Der må formentlig i en forening kræves en ledelse i et vist omfang, og ledelsen kan i et eller andet omfang indenfor aftalens grænser disponere på medlemmernes vegne. I foreninger kan der udsondres en særlig formue, der ikke tilhører medlemmerne. Det er omdiskuteret, om der kan stilles varighedskrav til en forening.

Der sondres i denne forbindelse mellem ideelle og økonomiske foreninger⁴²⁹. Ved en ideel forening forstås en forening, hvis formål ikke er at fremme deltagernes økonomiske interesser, mens en økonomiske forening har til formål at oparbejde et overskud til fordeling blandt medlemmerne. Nedenstående fremstilling vedrører de økonomiske forenin-

427. Jf. Poul Meyer: Dansk foreningsret, 1950, s. 18, Ole Hasselbalch: Foreningsret, 2001, s. 16 ff, Lars Hedegaard Kristensen i Selskabsformerne, 2002, s. 327 og Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen i UfR 1997 B, s. 273.

428. Jf. herom Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen i UfR 1997 B, s. 273 ff, og samme: Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 183 ff, samt Lars Hedegaard Kristensen i Selskabsformerne, 2002, s. 326 f.

429. Se for tysk ret om denne sondring Rudi W. Märkle: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, 2000, s. 21 ff.

ger. De økonomiske foreninger kan betegnes som andelsvirksomheder (andelsselskaber eller andelsforeninger)⁴³⁰.

Andelsforeningen (andelsselskabet) defineres i LEV § 4, som en virksomhed, der udgør et interessentskab i henhold til LEV § 2, stk. 1, et kommanditselskab i henhold til LEV § 2, stk. 2, eller en virksomhed med begrænset hæftelse i henhold til LEV § 3, hvis formål er at virke til fremme af deltagernes fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde (andelsformålet). Andelsvirksomhederne har simpelthen til formål at opfylde deres medlemmers behov for forsyning og afsætning. Det følger yderligere, at virksomhedens afkast, bortset fra en normal forrentning af den indskudte kapital, enten fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen, eller forbliver indestående i virksomheden. Det fremgår af bemærkningerne til LEV § 4, at de nævnte elementer ikke nødvendigvis alle skal være til stede, før der foreligger et andelsselskab. Eventuelt kan nogle elementer erstattes af andre⁴³¹. Af bemærkningerne fremgår yderligere, at der tillige kan lægges vægt på, om deltagerkredsen og kapitalgrundlaget er vekslende, samt om likvidationsprovenu, efter tilbagebetaling af den indskudte kapital, ligeledes fordeles i forhold til deltagernes omsætning med selskabet. Det indgår ikke som en del af andelsselskabsbegrebet, at selskabet udelukkende må handle med selskabsdeltagerne⁴³². Der stilles ikke krav om, at der tilvejebringes en vis grundkapital eller garantikapital (eller opbygges en vis reservefond), for at en hæftelsesbegrænsning er gyldig⁴³³. Andelsvirksomheder er således ofte ikke i besiddelse af anden kapital end den, medlemmerne gennem deres samhandel med virksomheden stiller til rådighed. Står det klart, at lovgivningens betingelser er opfyldt, er det uden betydning, om øvrige andelsprincipper i øvrigt er tilsidesat, for eksempel gennem en lukket deltagerkreds, overdragelsesadgang eller stemmeret i forhold til kapitalindskud. Sådanne forhold, der er atypiske for andelsselskaber, vedrører ikke de legale betingelser for konstaterin-

430. Se for en kort gennemgang af tilsvarende forhold i svensk ret *Sture Bergström: Skatter och civilrätt*, 1978, s. 239 ff.

431. Jf. FT 1993-94, tillæg A, sp. 1675.

432. Jf. eksempelvis *Erik Hørlyck: Dansk andelsret*, 2000, s. 18.

433. Se om den generelle karakteristik af andelsvirksomhed *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 88 ff, herunder om kapitalforholdene.

gen af et andelsselskab. Andre kriterier kan imidlertid få en vis betydning i grænsetilfælde, hvor der er tvivl om andelsformålet⁴³⁴.

Registrering er en forudsætning for andelsvirksomheder med begrænset ansvar for at opnå retssubjektivitet, jf. LEV § 8. Også andre erhvervsdrivende foreninger end andelsvirksomhederne er omfattet af LEV, og dermed registreringspligtige som betingelse for opnåelse af retssubjektivitet, såfremt foreningen er omfattet af LEV § 3. Afgrænsningen mellem foreninger, der er registreringspligtige efter LEV, fordi de driver erhverv, og foreninger, der alene henhører under fondsloven, fordi de har et fag- eller branchespecifikt formål, kan drages således, at hvis foreningens erhvervsresultat principielt er til dens frie disposition, henhører den under LEV, men hvis erhvervsdriften tager sigte på at skabe et overskud, som udelukkende anvendes til fagpolitiske formål og dermed kun indirekte til fremme af foreningsmedlemmernes økonomiske interesse, er der ikke registreringspligt i henhold til erhvervsvirksomhedsloven.

Eksistensen af en forening forudsætter, at sammenslutningen reelt udgør en forening. I modsat fald må selskabsretten forbeholde sig ret til at omkvalificere »foreningen« til en interessentskabslignende konstruktion, med heraf følgende hæftelse hos den enkelte deltager⁴³⁵. Retssubjektivitet for foreninger, der ikke er erhvervsdrivende opnås ved stiftelsen, hvorimod retssubjektiviteten for erhvervsdrivende foreninger opnås ved registreringen.

Andelsdefinitionen i LEV § 4, svarer til den negative afgrænsning i aktie- og anpartsselskabslovenes § 1, stk. 4⁴³⁶. Foreningsbegrebet relativitet slår igennem på andelsselskabsbegrebet, idet der er visse forskelle i de forekommende definitioner i ASL § 1, stk. 4 (ApSL § 1, stk. 4), ASL § 135, LEV § 4 og SEL § 1, stk. 1, nr. 3, 3a og 4. Det er endda blevet anført, at der ikke er fuld enighed om, hvad der er de nødvendige led i andelsselskabsbegrebet, og hvad der er de typiske træk ved andelsselskabet⁴³⁷. Betegnelsen andelsselskab (andelsforening) må efter LEV § 6, stk. 4, alene anvendes af rigtige andelsselskaber, således som kravene er præciseret i LEV § 4.

434. Jf. Erik Hørlyck: Dansk andelsret, 2000, s. 9.

435. Jf. Erik Werlauff: Selskabsret, 2003, s. 101.

436. Trods sproglig nuanceforskel, er der ingen realitetsforskel på bestemmelserne.

437. Jf. Carsten Fode & Noe Munk: Valg af selskabsform, 2000, s. 151 f. Modsat dette finder Erik Hørlyck i Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 41, at definitionen i LEV er fyldestgørende.

Udgør selskabet et selskab med begrænset hæftelse, kan det benævnes andelsselskab med begrænset ansvar (A.m.b.a.)⁴³⁸. Det bemærkes, at andelsvirksomheden er særegen derved, at den kan udgøre såvel et ansvarligt selskab som et selskabs med begrænset hæftelse. Udgør selskabet et ansvarligt selskab, kan det benævnes andelsselskab med personligt ansvar – A.m.p.a.⁴³⁹. I sådanne selskaber hæfter selskabsdeltagerne personligt, solidarisk og subsidiært for andelsselskabets gæld.

Afgrænsningen mellem andelsselskaber og interessentskaber har i praksis givet anledning til nogen tvivl⁴⁴⁰. Således viser retspraksis eksempler på sammenslutninger, der betegnes som interessentskaber, men som i realiteten er andelsselskaber og derfor skal bedømmes efter reglerne herom. Baggrunden herfor er, at andelsselskaber har udviklet sig med interessentskaber som udgangspunkt, og derfor har store lighedstræk med denne selskabstype. Som forskelle mellem disse selskabsformer kan fremhæves: (1) at andelsselskaber normalt er åbne for indtræden og udtræden, hvorimod interessentskaber altid er lukkede og har en fast deltagersammensætning, hvis ikke andet er udtrykkeligt aftalt, (2) i et interessentskab hæfter deltagerne direkte, personligt og solidarisk, hvorimod hæftelsen i andelsselskaber kan være begrænset, og (3) at et andelsselskab typisk har mange deltagere og en egentlig selskabsorganisation med generalforsamling, ledelsesorganer mv., hvorimod et interessentskab typisk består af få deltagere, og derfor oftest er uden selskabsmæssig organisation⁴⁴¹. Det er dog næppe afgørende for subjektkvalifikationen, hvilken betegnelse en sammenslutning benytter, idet man må se på, om der i realiteten er tale om et andelsselskab eller et interessentskab. I tvivlstilfælde lægges afgørende vægt på organisationens formål⁴⁴². Der findes ikke civilretlig praksis, der belyser afgrænsningen mellem interessentskaber og andelsselskaber, hvorfor der ikke herved tilvejebringes væsentlige bidrag til brug for den nødvendige skatteretlige afgrænsning af organisationsformerne.

438. Jf. herom *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 14, samme: Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 40 ff, *Carsten Fode & Noe Munck*: Valg af selskabsform, 2000, s. 151 ff, *Lars Hedegaard Kristensen* i *Selskabsformerne*, 2002, s. 305 ff.

439. Jf. *Carsten Fode & Noe Munck*: Valg af selskabsform, 2000, s. 118 ff.

440. Jf. om afgrænsningen *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 14, og *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 93 ff og s. 103 ff.

441. Jf. *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 14.

442. Se *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 103 ff, og *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 15.

10.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsmodellens trin 1

Det er oplagt, at der kan opstå flere samspilsproblemer i forbindelse med den skatte- og civilretlige brug af foreningsbegrebet. Det juridiske foreningsbegreb aktualiserer spørgsmålet om anvendelse af foreningsbegrebets civilretlige variant i skatteretlig sammenhæng. Noget sådant forekommer imidlertid ikke direkte i dansk ret, og har tilsyneladende ikke være overvejet. Noget andet er, at man i skatteretlig sammenhæng har skelet til det civilretlige begreb ved udformningen af et specifikt foreningsbegreb, selvom der ikke har været tradition for at offentliggøre eventuelle overvejelser herom.

En variant af denne problemstilling kan siges at udgøre det forhold, at foreningsbegrebet er et *relationsbegreb*, og at dette begreb generelt anvendes i juridiske sammenhænge. Det er ikke muligt generelt at definere, hvad der forstås ved en forening. Derimod er det som allerede nævnt muligt at fremhæve nogle af de retlige karakteristika. *Kernen* i det danske *foreningsbegreb* udgør de ovenfor præsenterede karakteristika.

Når der således ikke er tale om anvendelse af civilrettens foreningsbegreb i skatteretlig henseende, må anskuelsen være den, at der herved ikke er tale om et egentligt samspil mellem skatteretten og civilretten.

Begrebet »foreninger« defineres ikke i skattelovgivningen selvom dette indgår i skattepligtsbestemmelserne i såvel SEL § 1, stk. 1, nr. 4 som nr. 6. Når det erindres, at begrebet er et relationsbegreb, kan der tages udgangspunkt i begrebets udformning i andre juridiske discipliner og herefter foretages de fornødne skatteretlige modifikationer. Noget sådant må i vidt omfang være tilfældet, når der ikke findes nogen specifik skatteretlig begrebsdannelse. Dog skal det erindres, at der i forbindelse med de skatteretlige afgrænsningskriterier er opstået betydelige retningslinier vedrørende foreningskendetegn ved afgrænsningen af anvendelsesområdet for SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Af denne årsag er en implicit og uspecificeret inspiration fra foreningsretten ikke tilstrækkeligt til at begrunde fremsættelsen af endda et svagt retskildebestemt kongruenskrav. Problemstillingen skal derfor ikke berøres yderligere⁴⁴³.

På ovenstående baggrund må det konstateres, at det *ikke er muligt at*

443. Det forhold, at foreningsrettens foreningsbegreb ikke direkte anvendes i skatteretten

rejse et retskildebestemt kongruenskrav. Tilsvarende fremstår det tydeligt, at der ikke er dannet grundlag for at konstatere et koordinationsbestemt kongruensbehov. Navnlig tre forhold afføder denne konklusion: (1) civilrettens foreningsbegreb anvendes ikke i skatteretlige sammenhænge, (2) foreningsbegrebet er et relationsbegreb, og (3) foreningsstatueringen sigter formentlig ikke mod at varetage de samme hensyn i civilretten og i skatteretten, hvormed der ikke er meningssammenhæng forbundet med et krav om ensartet begrebsanvendelse. Der kunne dog argumenteres for, at hensynene til overskuelighed og enkelhed mv. medfører et svagt koordinationsbestemt kongruensbehov. I forbindelse med foreningers skattesubjektivitet er der ikke tale om et egentlig samspil mellem skatteret og civilret. Af denne årsag diskvalificeres problematikken umiddelbart til en nærmere analyse i henhold til afhandlingens evalueringsmodel. Dog må det antages, at anvendelsen af juridiske relationsbegreber står så tilpas centralt, at forholdet alligevel berettiger til nogle yderligere overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Disse overvejelser ligger dog uden for anvendelsesområdet af evalueringsmodellen.

Det er herefter interessant at undersøge, om den skatteretlige anvendelse af foreningsbegrebet adskiller sig fra foreningsbegrebets kerneindhold.

10.3. Skatteretlig begrebsdannelse

10.3.1. Erhvervskooperativer – SEL § 1, stk. 1, nr. 3, 3a og 4

10.3.1.1. Generelt

Kooperationsbeskatningen er ikke en entydig størrelse, og beskatningen af de forskellige former for kooperative virksomheder er ikke ens. Det relevante hjemmelsgrundlag findes i SEL § 1, stk. 1, nr. 3 (andelsbeskatning), nr. 3a (brugsforeningsbeskatning), nr. 4 (selskabsbeskatning), nr. 6 (foreningsbeskatning), samt stk. 2 og stk. 3. Der findes indkøbs-, produktions-, og salgsforeninger. Disse kan også benævnes som leverende – og producerende/sælgende kooperative virksomheder, hvor de leverende virksomheder har til formål at indkøbe, fremskaffe eller fremstille varer eller levere tjenesteydelser til medlemmerne, mens

bevirker automatisk, at der som udgangspunkt ikke opstår et spørgsmål om fremkomsten af en selvstændig skatteretlig civilret. Som det fremgår nedenfor har spørgsmålet dog en vis relevans ved den skatteretlige behandling af andelsselskaber.

de producerende/sælgende virksomheder har til formål at forarbejde, forædle eller sælge medlemmernes produkter. Ved vurderingen af indkøbsforeninger bliver der lagt vægt på, om der ud fra virksomhedens varesortiment eller arten af leverancer er formodning for, at medlemmerne udelukkende benytter de pågældende leverancer erhvervsmæssigt. Ved vurderingen af produktions- og salgsforeninger er det ikke tilstrækkeligt, at medlemmerne leverer ubearbejdede materialer og arbejdskraft mv. til foreningen, hvorefter foreningen for medlemmernes regning og risiko fremstiller og sælger. Det er ej heller tilstrækkeligt, at medlemmerne indskyder arbejdskraft og kontante midler.

Fælles for de typer af kooperative virksomheder der omfattes af beskatningen i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 3 og 4 er, at overskuddet, ud over en normal forrentning af indskudskapitalen, skal fordeles i forhold til medlemmernes omsætning med den kooperative virksomhed. Omsætningen skal ikke nødvendigvis beregnes på grundlag af et enkelt regnskabsårs omsætning, men kan baseres på flere års omsætning. Ligeledes kan overskudsfordelingen beregnes efter fradrag af normal forrentning af den indskudte kapital. Her kan efter praksis ikke godkendes en højere forrentning end nationalbankens til enhver tid fastsatte diskonto. Ved likvidation skal et eventuelt likvidationsprovenu fordeles i forhold til omsætningen med det enkelte medlem. Den omsætning, der i almindelig skal danne grundlag for overskudsdelingen, er betalingen for de faktiske leverancer til eller fra medlemmerne. Det er ligeledes et fællestræk, at de enkelte medlemmer af Kooperationen har sådanne modstridende interesser, at de kan anses som økonomisk uafhængige medlemmer⁴⁴⁴.

De således fremhævende kriterier for virksomhedernes funktion og overskudsfordeling er afgørende for skattepligtskonstatering som andelsforening. Det er herved uden betydning, om virksomheden er organiseret som en af de øvrige juridiske personer, der er omfattet af selskabsskatteloven. Virksomheden vil alligevel blive anset for skattepligtig som kooperativ virksomhed. Des ses herved, at der også på dette område er forudsat en konkret realitetsbedømmelse af den enkelte sammenslutning. Således kan et allerede indregistreret aktie- eller anparts-selskab beskattes som kooperativ virksomhed, hvis det opfylder betin-

444. Jf. pkt. 6 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 om selskabsskatteloven.

gelserne herfor, trods eksistensen af § 1, stk. 4 i aktie- og anpartsselskabslovene.

Skattepligten for kooperative virksomheder er formelt knyttet til blandt andet det kooperative formål. Dog behøver angivelsen af formålet i virksomhedernes vedtægter ikke at være af selvstændig betydning. For den skatteretlige kvalifikation og skattepligtskonstatering er det afgørende, først og fremmest den måde, hvorpå virksomheden faktisk drives⁴⁴⁵.

10.3.1.2. Andelsforeninger – SEL § 1, stk. 1, nr. 3 (andelsbeskatning)

Andelsforeninger defineres i skatteretlig henseende i SEL § 1, stk. 1, nr. 3, som udgør den eneste tilbageværende skattepligtsbestemmelse for den særlige andelsbeskatning⁴⁴⁶. Omfattet heraf er indkøbs-, produktions- og salgsforeninger. Af bestemmelsen fremgår følgende betingelser til andelsforeninger i selskabsskattelovens forstand:

(1) Foreningens formål skal være at fremme medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser, gennem medlemmernes deltagelse i foreningens virksomhed, som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde. Bedømmelsen heraf sker på som udgangspunkt baggrund af foreningens vedtægter. Dog skal denne angivelse også kunne stå for en konkret realitetsbedømmelse. I kravet ligger en formodning om, at medlemmerne skal være erhvervsdrivende, og at andelsselskabet udelukkende må varetage medlemmernes erhvervsmæssige interesser.

(2) Medlemskredsen skal udgøre mindst 10 medlemmer. I SEL § 1, stk. 2, angives det, at såfremt der i medlemskredsen indgår koncernforbundne selskaber, skal disse anses som ét medlem ved opgørelsen og vurdering af, om andelsforeningen har mindst 10 medlemmer, jf. KGL § 4, stk. 2. I henhold til SEL § 1, stk. 2, 2. pkt., skal der i hovedforeninger (sekundære andelsforeninger) medregnes de deltagende foreningers medlemmer ved opgørelsen af medlemskredsen for hovedfor-

445. Jf. pkt. 6 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988.

446. Se herom pkt. 6-10 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, LV 2005, S.A.1.6., Rapport fra udvalget til undersøgelse af eventuelle misbrugsmuligheder ved andelsbeskatningen, Betænkning nr. 1244, 1992, Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 775 ff, Jakob Bundgaard i Skatteretten 2, 2004, s. 508 ff og J.O. Engholm Jacobsen i Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 66 ff, Erna Christensen m.fl.: Selskabsbeskatning, 2004, s. 157 ff, Erik Hørlyck: Dansk andelsret, 2000, s. 163 ff og Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 95 ff.

Del IV – Konfrontation

eningen. Det er således muligt at etablere en hovedforening, uden at der nødvendigvis er 10 medlemsforeninger.

(3) Omsætningen med ikke-medlemmer må ikke væsentligt eller længerevarende overskride 25% af den samlede omsætning. Denne betingelse suppleres af SEL § 1, stk. 3, hvoraf det følger, at der er sket en væsentlig overskridelse af ikke-medlemsomsætningen, såfremt denne i et indkomstår overstiger 35% af den samlede omsætning. Såfremt ikke-medlemsomsætningen ikke overskrides væsentligt, er det i stedet relevant at undersøge, om overskridelse er af længere varighed. Det følger videre, at omsætningen anses for at være af længere varighed, såfremt omsætningen med ikke-medlemmer i hvert af tre på hinanden følgende indkomstår har overskredet 25% af den samlede omsætning. Ved fald i ikke-medlemsomsætningen omfattes foreningen dog kun atter af nr. 3, såfremt faldet ses i hvert af tre på hinanden følgende indkomstår. Som baggrund for opgørelsen af omsætningens fordeling på medlemmer og ikke-medlemmer anvendes den opdeling, der foretages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. SEL § 15-16 A. Ved overskridelser vil foreningen i stedet typisk overgå til beskatning i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 4.

(4) Udlodning til medlemmerne skal – bortset fra normal forrentning af en indskudt medlemskapital – ske på grundlag af den stedfundne omsætning til medlemmerne. Kravet om udlodning har selskabsretlig relevans ved bedømmelse af, om en sammenslutning falder uden for aktie- og anpartsselskabslovenes anvendelsesområde. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen praksis indebærer, at 1% over diskontoen er normal forrentning, mens 2% er over normal forrentning. I skatteretlig praksis godkendes ikke en højere forrentning end nationalbankens til enhver tid fastsatte diskonto⁴⁴⁷.

Brugsforeninger udgør privatkooperativer og falder følgelig udenfor afhandlingens naturlige interesseområde. Brugsforeninger defineres i SEL § 1, stk. 1, nr. 3a⁴⁴⁸.

447. Erik Hørlyck finder i Dansk andelsret, 2000, s. 170, denne praksis uden støtte i loven eller dens forarbejder, hvorfor grundlaget herfor er usikkert men dog praktisk ubetydeligt.

448. Af bestemmelsen følger det, at en brugsforening i selskabsskattelovens forstand udgør en forening: (1) Hvis formål er at fremme medlemmernes fælles interesser gennem deres deltagelse som aflagere i foreningens virksomhed eller i foreningens helt eller delvis ejede selskaber, (2) hvis leverancer anvendes helt eller delvis til medlemmernes private forbrug, (3) og som – bortset fra normal forrentning af en indbetalt medlems-

Afgrænsningen mellem erhvervs- og privatkooperativer er essentiel grundet den væsensforskellige beskatning heraf. Brugsforeninger beskattes som udgangspunkt som aktieselskaber, bortset fra at der er mulighed for at fratrække dividende, efterbetaling eller bonus til medlemmerne, jf. SEL § 9, stk. 2. Hvis der handles varer til medlemmernes privatbrug, anses foreningen som en brugsforening⁴⁴⁹. Der må således i erhvervskooperativer kun sælges varer, der benyttes i bedriften.

**10.3.1.3. Andre foreninger – SEL § 1, stk. 1, nr. 4
(aktieselskabsbeskatning)**

SEL § 1, stk. 1, nr. 4 udgør en opsamlingsbestemmelse, hvorunder opsamles andre foreninger. Som sådanne andre foreninger anses foreninger, hvis formål er at fremme medlemmernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse i foreningens virksomhed som aftagere, leverandører eller på anden lignende måde, som ikke er omfattet af nr. 2, 3 eller 3a. Nr. 4 finder anvendelse på foreninger i stedet for nr. 3, hvis medlemstallet er eller bliver mindre end 10, hvis omsætningen med ikke-medlemmer væsentligt eller længerevarende overstiger 25%, hvis der foretages udlodning til ikke-medlemmer eller, hvis udlodningen sker på andet grundlag end medlemsomsætningen, hvis de udlodningsberettigede medlemmer kun udgør en del af den aktive medlemskreds. SEL § 1, stk. 1, nr. 2, kan eventuelt finde anvendelse, hvis foreningen udlodder overskud i forhold til den af deltagerne indskudte kapital, og hvis ingen af medlemmerne hæfter personligt for foreningens forpligtelser.

10.3.2. Andre foreninger, korporationer, stiftelser, legater og selvejende institutioner (fonde) – SEL § 1, stk. 1, nr. 6 (institutionsbeskatning)

Selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 6, indeholder en opsamlingsbestemmelse, der omfatter skattesubjekter af forskellig karakter⁴⁵⁰. Bestem-

kapital – ved udlodninger til medlemmer, eventuelt efter brugsforeningens bestemmelse kun til personlige medlemmer, anvender foreningens og udvalgte underliggende selskabers stedfundne omsætning med de pågældende medlemmer som grundlag for udlodningen til disse, (4) eller som ved opløsning i stedet vælger at foretage udlodning til gavn for brugsforeningsbevægelsen eller til fremme af almene forbrugerinteresser efter tilladelse fra Ligningsrådet, (5) og som ikke er omfattet af nr. 3.

449. Jf. TfS 1997, 100 H *Merløse og Omegns Foderstofforening A.m.b.a.*

450. Se herom *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 69 ff, LV 2005, S.A.1.10.,

melsen er sekundær i forhold til de øvrige skattepligtsbestemmelser i SEL § 1, stk. 1, samt fondsbeskatningsloven. Bestemmelsen opregner andre foreninger, korporationer, stiftelser, legater og selvejende institutioner end de i SEL § 1, stk. 1 i øvrigt nævnte. Denne ordlyd var medtaget allerede i SL 1922 § 2, stk. 1, nr. 5, litra g. Begreberne dækker formentlig generelt også over fonde, selvom man den dag i dag ikke finder ordet fond i bestemmelsen⁴⁵¹. Bestemmelsens anvendelsesområde er da også blevet betydeligt indskrænket efter vedtagelsen af fondsbeskatningsloven. Der findes ikke i loven eller bemærkningerne hertil nogen retningslinier vedrørende den nærmere bestemmelse og afgrænsning af nr. 6 subjekterne, overfor eksempelvis private formuesfærer, boer og interessentskaber, hvorfor dette spørgsmål er overladt til praksis og litteratur. Det står klart, at et nr.-6 forening skal have en sådan retlig selvstændighed, at de er selvstændige og fra deltagerne adskilte retlige enheder. Det er ikke muligt at give en udtømmende opregning af de skattesubjekter der omfattes af nr. 6. Bestemmelsen er så bredt formuleret, at den omfatter alle selskabstyper, som selskabsretligt kan tænkes organiseret, og som hverken er et transparent personselskab, er omfattet af de øvrige skattepligtsbestemmelser i SEL § 1, stk. 1 eller FBL § 1, eller skattefritaget i henhold til SEL § 3.

Der kan ikke lægges vægt på, om den enkelte enhed kaldes en forening, en korporation, en stiftelse, en fond mv., selvom om disse betegnelser kan give en antydning af arten af enheden. Hertil kommer at det heller ikke er afgørende, om medlemmerne hæfter begrænset eller personligt. Afgrænsningsproblemerne forekommer dels i forhold til de enheder, der er omfattet af de øvrige dele af SEL § 1, stk. 1, dels i forhold til personselskaber. Civilretten bidrager ikke med nogen skarp afgrænsning mellem de relevante selskabstyper. Af denne årsag har skattepraksis været nødsaget til at foretage en samlet bedømmelse af en korporations hele karakter for herved at afgøre, om der foreligger en skattepligtig nr.-6 forening eller et skattetransparent personselskab. Det

Niels Winther-Sørensen i *Skatteretten* 2, 2004, s. 694 ff og J.O. Engholm Jacobsen i *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 81 ff, Aage Michelsen i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 711 ff, Erna Christensen m.fl.: *Selskabsbeskatning*, 2004, s. 175 ff, Henrik Landt & Hans-Jørgen Mailand: *Beskatning af selskaber og foreninger*, 1979, s. 30 f, J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså: *Beskatning af selskaber og aktionærer mv.*, 1961, s. 22 f.

451. Jf. Henrik Landt & Hans-Jørgen Mailand: *Beskatning af selskaber og foreninger*, 1979, s. 30, og formentlig Lennart Lyngge Andersen: *Fra stiftelse til fond*, 2002, s. 82.

kan siges, at afgrænsningen i forhold til andre selvstændigt skattepligtige enheder er simpel, idet alle de enheder, der ikke opfylder de krav, der er opstillet for at blive henført til den andre grupper, simpelthen må henføres til SEL § 1, stk. 1, nr. 6⁴⁵². I forhold til andelsselskaber og andelsforeninger adskiller nr.-6 foreningerne sig ved, at de ikke har til formål at have udlodning af overskud til medlemmer eller deltagere hverken i forhold til indskudt kapital (SEL § 1, stk. 1, nr. 2)⁴⁵³ eller på grundlag af leverancer mv. til foreningen (SEL § 1, stk. 1, nr. 3-4).

Til brug for afgrænsningen i forhold til personselskaberne kan fremhæves nogle relevante karakteristika for et nr. 6 subjekt⁴⁵⁴: (1) deltagerne hæfter ikke for sammenslutningen gæld, (2) deltagerne har ikke krav på andel i formuen ved udtræden eller likvidation, (3) der er mange deltagere, (4) deltagerkredsen kan skifte og medlemmer kan udtræde uden at dette i sig selv medfører retlige konsekvenser for samvirkets fortsatte beståen, (5) adgangen til optagelse af nye medlemmer er knyttet til objektive kriterier og beror ikke på en enstemmig beslutning herom, (6) samvirket er organiseret med foreningsorganer (generalforsamling/repræsentantskab og en valgt bestyrelse), der kan træffes beslutninger, selvom der ikke foreligger enstemmighed, og (7) samvirket har et ideelt overordnet formål også for anvendelsen af et eventuelt overskud af erhvervsmæssig virksomhed.

Et interessentskab vil typisk adskille sig fra et nr.-6 subjekt derved, at interessentskabet har et rent erhvervsmæssigt formål og består af få deltagere, som er de samme i hele interessentskabets levetid, således at en deltagers udtræden vil bevirke selskabets opløsning, og at en ny interessents indtræden er ensbetydende med stiftelse af et nyt interessentskab. Tilsvarende erindres den personlige hæftelse og kravet om enstemmighed i væsentlig beslutninger som et interessentskabskendetegn. Ved den vanskelige grænsedragning spiller sammenslutningens vedtægter og hensigten med dens virksomhed under hensyn til dens selvstændighed i forhold til den enkelte deltagere, en væsentlig rolle.

452. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 69.

453. Se TfS 1984, 342 LSR, om sontringen mellem nr. 2 og nr. 6, hvor en andelsforening grundet personlig hæftelse for medlemmerne blev anset for skattepligtig i henhold til nr. 6.

454. Jf. TfS 1984, 434 DEP, og LV 2005 S.A.10.1, *J.O. Engholm Jacobsen* i Skatteretten 2, s. 561 og *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 175 f. Det forudsættes herved at der er tale om en flerhed af selskabsdeltagere, hvilket stemmer overens med den selskabsretlige retstilstand uden for aktie- og anpartsselskabsretten.

Der skal foretages en samlet vurdering af sammenslutningens karakter. S sammenslutninger, hvor det er dennes kapital og faste organisation, der er bærere af organisationen, anses i almindelighed for et selvstændigt skattesubjekt i henhold til nr. 6, uanset at deltagerne eller enkelte af deltagerne hæfter personligt for sammenslutningens gæld. Er det derimod de økonomiske, erhvervsmæssige og personlige kvalifikationer hos de enkelte deltagere, der anses for at udgøre sammenslutningens fundament, vil sammenslutningen i almindelighed ikke blive anset som et selvstændigt skattesubjekt.

SEL § 1, stk. 1, nr. 6 omfatter (a) fonde, der ikke er omfattet af FBL, eksempelvis grundet mindstekapitalkravet, (b) gensidige skadesforsikringsselskaber med begrænset formål (medlemshæftelse mv.), (c) udloddende investeringsforeninger, og (d) alle foreninger og andre retssubjekter, som ikke udtrykkeligt er opregnet i nogen af de forudgående bestemmelser i SEL § 1, stk. 1, herunder eksempelvis idrætsforeninger, interesseorganisationer, der har andre formål end varetagelse af medlemmernes økonomiske erhvervsinteresser.

Konkrete eksempler på sammenslutninger der blev henhørt til SEL § 1, stk. 1, nr. 6 er TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst*, TfS 2001, 371 *Frederich Hindrichsen*, SpO 1967, s. 339 ff *Niels Lundquist Andersen*, TfS 1990, 30 LR, TfS 1997, 744 LSR og TfS 2000, 690 LSR.

10.4. Anvendelsen af foreningsbegrebet som juridisk relationsbegreb – evaluering af retstilstanden

Som det er fremgået, udgør foreningsbeskatningen ikke nogen homogen kategori, og foreninger kan henføres til tre forskellige beskatningskategorier. Der er for så vidt ikke noget, der overordnet springer i øjnene vedrørende den skatteretlige anvendelse af foreningsbegrebet.

For så vidt angår andelsselskaber gælder det, at overskudsfordelingskravet i SEL § 1, stk. 1, nr. 3, svarer til andelsformålet. Det samme gælder kravet om varetagelse af medlemmernes interesser. Derimod ligger der, i kravet om at deltagerkredsen skal udgøre mindst 10, et krav, der ikke direkte udspringer af den materielle andelsret. Der blev konstateret en afvigelse vedrørende udlodningskravet, idet selskabsretten foreskriver, at 1% over diskontoen er normal forrentning, mens 2% er over normal forrentning, mens der i skatteretlig praksis ikke godkendes en højere forrentning end nationalbankens til enhver tid fastsatte diskonto. Som det blev nævnt, er problemstillingen dog praktisk ubetydelig og skal ikke forfølges yderligere.

Hertil kommer den omstændighed, at omsætningsbegrænsningen med ikke-medlemmer tilsyneladende er baseret på en fejlagtig opfattelse af andelsretten. Således kan det forsigtigt hævdes, at kravet udspringer af den opfattelse af andelsretten, der lægges frem hos *Lone Sneholt & Niels Thomsen*, hvorefter det er en forudsætning, at selskabet kun i begrænset omfang har omsætning med andre end medlemmer⁴⁵⁵. Denne opfattelse kan hævdes at være udtryk for en fejllæsning af 1964-betænkningen vedrørende aktieselskabsloven⁴⁵⁶. Tankegangen synes således fra en andelsretlig synsvinkel at være ejendommelig, idet det aldrig i andelsretten har været opfattet som noget afgørende kriterium for eksistensen af et andelsselskab, at dette i hovedsagen kun må have omsætning med medlemmer⁴⁵⁷.

Såfremt denne kritik er rigtig, synes situationen uheldig. Således må det antages, at andelsrettens andelsbegreb har spillet en stor rolle ved udformningen af det skatteretlige andelsbegreb. Når denne udformning tilsyneladende læner sig op ad en forkert civilretlig udlægning af andelsbegrebet, opstår der som følge heraf et *selvstændigt skatteretligt andelsbegreb*, der, selvom civilretten kan siges at være valgt som forbillede, i stedet afviger unødigt fra civilretten, og dermed skaber en selvstændig skatteretlig civilret. Det kan herved ikke udelukkes, at skatteretten herved skaber nogle utilsigtede påvirkninger af civilretten, derved at andelsselskaber ikke i skatteretlig henseende behandles som sådan, hvis omsætningskravet ikke er opfyldt, men i stedet beskattes i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 4. Det må antages, at det skatteretlige andelsbegreb på dette punkt er bredere end andelsrettens begreb⁴⁵⁸. Kun rigtige andelsselskaber må benævnes som sådan, jf. LEV § 6, stk. 4, og det må antages, at sådanne oftest vil være omfattet af andelsbeskatningen eller SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

Det nugældende skatteretlige andelsbegreb indeholder blandt andet en lovfæstelse af tidligere administrativ praksis om omsætningskravet. Det kan ikke udelukkes, at denne administrative praksis udspringer af den præsenterede selskabsretlige opfattelse. Dette harmonerer ikke

455. Jf. A/S-loven med kommentarer, 1999, s. 76.

456. Jf. *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 18.

457. Op.cit., s. 18 f.

458. *J.O. Engholm Jacobsen* påpeger i Skatteretten 2, 2000, s. 508, med note 1, at skatterettens andelsbegreb er snævrere end det forenings- og selskabsretlige begreb, idet eksempelvis foreninger med færre end 10 medlemmer ikke i skatteretlig henseende anses for at være andelsforeninger.

med målsætningen bag ændringerne i andelsbeskatningen fra 1994, hvorefter det tilsigtedes, at alle egentlige andelsselskaber skulle være omfattet⁴⁵⁹. Det fremgår endda specifikt af bemærkningerne til § 1, nr. 2, at andelsformålet efter lovforslaget skal defineres ud fra det generelle formål, og ikke som hidtil ud fra andelsselskabets specifikke funktion. Det anføres videre, at denne definition i vidt omfang svarer til definitionen af andelsselskab i aktieselskabslovens § 1, stk. 4. Sammenhængen giver det indtryk, at lovgiver dermed har benyttet selskabsrettens andelsbegreb som udgangspunkt, men samtidig har tilføjet de ønskede skatteretlige modifikationer.

Hvis skatterettens andelsbegreb er udformet på baggrund af forkert civilret, og på denne måde skaber en fravigelse fra civilretten, er dette uheldigt. Er situationen imidlertid den, at lovgiver blot har ønsket at tage udgangspunkt i civilrettens andelsbegreb og efterfølgende foretage visse skatteretlige modifikationer, er dette knap så uheldigt. Det fremgår dog ikke noget sted, hvilke særlige skatteretlige hensyn, der nødvendiggør en sådan selvstændig skatteretlig civilret. Sidstnævnte opfattelse lægges til grund, når der henses til formuleringen i det nævnte lovforslag, »... denne definition svarer i vidt omfang til ...«. Når der fortsat henses til det generelle foreningsbegrebs relative karakter, ses der fortsat ikke at være anledning til at fremsætte et retskildebestemt kongruenskrav og derfor heller ikke at gennemføre analyser i henhold til evalueringsmodellen.

Det kan overvejes, om skattemyndigheder er berettigede til at foretage en selvstændig kvalifikation af andelsselskaber (og andre sammen slutninger). Skattemyndighederne udøver en registreringskontrol i forbindelse med momsregistrering, jf. momslovens § 47. I TfS 1995, 503 Ø PVJ *Consult A.m.b.a.*, havde et andelsselskab med fast kapital alene stifteren og dennes ægtefælle som deltagere. Selskabet fandtes at savne de egenskaber, der kendetegner et andelsselskab, og skattemyndighederne fandtes med rette at have omregistreret selskabet som et interessentskab. Idet dommen vedrører tiden før ikrafttrædelsen af erhvervsvirksomhedsloven finder *Erik Hørlyck*, at Told- og skattemyndighederne herefter må lægge Erhvervs- og Selskabsstyrelsens registrering til grund⁴⁶⁰. Således anføres det, at det efter reglerne i erhvervsvirksomhedsloven er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der registrerings-

459. Jf. bemærkningerne til lov nr. 374 af 18.5. 1994, L 46, ad § 1.

460. Jf. Dansk andelsret, 2000, s. 13.

mæssigt påser, om andelsselskabsbetingelserne er opfyldt, og at momslovgivningen ikke indeholder hjemmel til, at Told og Skat kan tilsidesætte en registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af et andelsselskab.

En tilsidesættelse er der dog næppe tale om, men i stedet blot om en specifik momsretlig kvalifikation. Omregistreringen havde i sagen til følge, at selskabsdeltagerne hæftede personligt og solidarisk for told og afgifter. Sagen og den nævnte kommentar berører det centrale spørgsmål, om en selskabsretlig registrering er præjudicerende for den skatteretlige kvalifikation. Som det er fremgået ovenfor, forbeholder selskabsretten sig ret til at omkvalificere andelsselskaber til interessentskaber, såfremt der er uoverensstemmelse mellem indhold og form. Sådanne betragtninger indtager en central placering i skatteretlig henseende. Det er imidlertid ikke klart, i hvilket omfang en sådan selskabsretlig realitetsbedømmelse imidlertid faktisk foretages i forbindelse med registreringen. Tanken om, at den selskabsretlige registrering skal være præjudicerende for skatteretten, er besnærende. Men da det vel ikke kan udelukkes, at der registreres selskaber, der ikke burde være registreret som sket, må der fortsat bestå et behov for at kunne foretage konkrete skatteretlige realitetsbedømmelser af de givne sammenslutninger. Der består mere presserende behov for en korrekt skatteretlig kvalifikation af sammenslutningen. Der synes da heller ikke at være retskildemæssigt belæg for at indfortolke en sådan forrang i momsrrettens registreringsbestemmelse eller i de skatteretlige skattepligtsbestemmelser. Faktisk er det formentlig i stedet forudsat, at der skal foretages konkrete realitetsbedømmelser. Af disse årsager kan *Erik Hørlycks* udsagn ikke uden videre tilsluttes.

Overført til området for de direkte skatter står det vel også klart, at der ikke er tale om anvendelse af fuldstændig identiske andelsselskabsbegreber. Også af denne årsag synes det ikke at være afgørende for den skatteretlige kvalifikation, hvorledes sammenslutningen er registreret i selskabsretlig henseende. Registreringskriteriet indgår ikke som en skatteretlig skattesubjektivitetsbetingelse, modsat tilfældet for aktie- og anpartsselskaber.

Tillige må det antages, at andelsselskabsbeskatningen ikke nødvendigvis følger den selskabsretlige registrering. Herved er problemstillingen for så vidt parallel til den manglende kongruens ved anvendelse af aktieselskabsbeskatningsformen. Et indregistreret aktieselskab kan så-

Del IV – Konfrontation

ledes fritages fra aktieselskabsbeskatning, såfremt det er af kooperativ karakter⁴⁶¹.

Der kunne formentlig opnås fordele af praktisk art, såfremt samme foreningsbegreb kunne anvendes overalt. Dette ville lette overskueligheden af retssystemet. Dog må det påpeges, at hensynet til overskuelighed må vige, såfremt de problemer som skal reguleres, ikke alene forekommer inden for ét retsområde, som kan afgrænses med et givet begreb, eller såfremt de hensyn der skal varetages inden for et bestemt retsområde tilsiger, at det givne begreb undergives en speciel fortolkning. Det rigtige udgangspunkt må være, at der problemkreds for problemskreds, lov for lov, retsområde for retsområde må vurderes, hvorledes foreningsproblemet skal gribes an. Om dette fører til anvendelsen af det samme begreb afhænge af en række faktorer, hvorunder nævnes hensynet til enkelthed, overskuelighed, reguleringens karakter, betydnings, sanktioner eller arten af retshåndhævende myndigheder.

Sammenfattende må det konstateres, at der ikke findes nævneværdige samspilsproblemer mellem skatteret og civilret på området for foreningers skattesubjektivitet. Den overvejende problemstilling består i den skatteretlige anvendelse af foreningsbegrebets som relationsbegreb. Den specifikt skatteretlige anvendelse af foreningsbegrebet kan der som udgangspunkt ikke rettes juridiske indvendinger imod. Begrebet referer ej heller til en specifikt civilretlig terminologi, men derimod til en almindeligt kendt sproglig begrebsdannelse. Der kan således ikke på denne baggrund siges at bestå et koordinationskrav. Udelukkende visse sproglige forbistringer kan opstå, såfremt den skatteretlige begrebsanvendelse strækker sig ud over hvad der efter normal sprogbrug kan siges at forstås ved en forening.

461. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 41. Se også hertil pkt. 3 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 om selskabsskatteloven, hvor det anføres, at et aktieselskab kan blive skattepligtigt efter andelsselskabsbeskatningsreglerne, hvis en sammenslutning, selv om den er indregistreret som et aktieselskab, fungerer som andelsselskab. Se herom videre SKMD 1971, s. 100, nr. 73, TfS 1990, 233 LSR og TfS 1990, 264 TS. *Aage Michelsen* bemærker i *Lærebog om indkomstskat*, 2003, s. 704, at kooperationsbeskatning af et aktieselskab viser en disharmoni mellem selskabsretten og skatteretten, idet sådanne selskaber selskabsretligt ikke burde være registreret som et aktieselskab, jf. ASL § 1, stk. 4.

§ 11 Omkvalifikation af selskaber

11.1. Indledning

Omkvalifikation af selskaber udgør en central retlig problemstilling i forbindelse med spørgsmålet om skattesubjektivitet. Ved omkvalifikation forstås det forhold, at en selskabsdannelse kvalificeres anderledes, end parterne har forudsat. Problemstillingen rummer tilmed flere interessante problemer vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. Disse problemstillinger er temaet for det følgende.

Idet omkvalifikationsspørgsmålet i denne specifikke henseende forudsætter en grundviden om personselskaber, indledes afsnittet med en oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse herom.

11.2. Oversigt over den selskabsretlige begrebsdannelse vedrørende personselskaber

11.2.1. Generelt

Som det er antydnet ovenfor, er der ikke enighed om, hvorvidt interessentskaber og kommanditselskaber kan anses som værende juridiske personer⁴⁶². Idet der ikke kan udledes retlige konsekvenser af det juridiske personlighedsbegreb, forekommer spørgsmålet ikke overmåde interessant. Det juridiske personlighedsbegreb indebærer således ikke, at vi kan deducere os frem til resultater vedrørende den materielle retspersonlighed⁴⁶³. I skatteretlig henseende er der ikke tvivl derved at begge selskabsformer er skatteretligt transparente, og dermed ikke er i besiddelse af selvstændig skattesubjektivitet.

462. Interessentskabet anses som værende en juridisk person af *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 17 og s. 23. *Noe Munck* antager i *Selskabsformerne*, 2002, s. 46 ff, at spørgsmålet om retssubjektivitet alene kan besvares i forhold til det enkelte retsområde. *Ernst Dyrbye* anser i *UfR* 1984 B, s. 162, interessentskabet som en ufuldkommen juridisk person. *Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen*: Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 18 ff, og s. 133 finder, at hverken interessentskabet eller kommanditselskabet udgør juridiske personer. Dog anerkendes det, at interessentskabet i en række relationer er tillagt selvstændig retssubjektivitet, hvorved der kan fremhæves træk der taler såvel for som imod tilstedeværelsen af juridisk personlighed. Det afgørende findes dog efter denne betragtningensmåde at være hæftelsesforholdene. *David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen* finder i *Kommanditselskabet – Societas obsoleta?*, 1999, s. 60, at det fortsat må antages, at kommanditselskabet ikke er udstyret med juridisk personlighed. Se også *Erik Werlauff*: *Selskabsret*, 2003, s. 17 ff.

463. Sml. *Mette Neville*: *Boligfællesskaber i selskabsform*, 1993, s. 87 f, med note 6.

11.2.2. Interessentskabet

Ved interessentskab forstås et erhvervsmæssigt samvirke mellem flere personer eller selskaber, hvor deltagerne hæfter ubegrænset og solidarisk for de forpligtelser, der udspringer af samvirket⁴⁶⁴. For interessentskabet findes der argumenter for og imod at anse dette som en juridisk person, men nogen egentlig afklaring heraf skal ikke forventes, idet spørgsmålet må besvares fra regelsæt til regelsæt⁴⁶⁵. Interessentskabet defineres i LEV § 2, stk. 1, som en virksomhed, hvor alle deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser. Denne definition bygger på den almindelige retsopfattelse af begrebet, selvom den specifikt angives kun at vedrøre LEV⁴⁶⁶, og bliver de facto normerende, jf. navnereglen i LEV § 6, stk. 4. Der har i flere henseender betydning at afdække, hvad der kendetegner et interessentskab, således at denne selskabsform kan afgrænses over for andre selskabsformer, herunder for at fastslå, hvornår de interessentskabsretlige regler gælder. Det bemærkes dog herved, at det kun er sjældent, at der vil opstå tvivl om afgrænsningen i forhold til aktieselskaber, anpartsselskaber, selskaber med begrænset hæftelse og erhvervsdrivende fonde.

Navnlig to kriterier knytter sig til den traditionelle opfattelse af interessentskabet: formålet (erhvervsdrift) og deltagerhæftelsen. Det er uden betydning, hvilken form for erhvervsdrift der er tale om, idet interessentskaber kan drive alle former for erhvervsvirksomhed⁴⁶⁷. I henseende til hæftelsen er det en nødvendighed, at alle deltagerne hæfter med alt hvad de ejer (personligt), hæfter for alle fællesskabets forpligtelser (ubegrænset), og endelig hæfter således, at enhver forpligtelse kan gøres gældende over for enhver deltager (solidarisk). Derimod er det ikke afgørende, om der i andre henseender gælder indskrænkninger i hæftelsen, herunder i form af subsidær eller indirekte hæftelse. Det er

464. Jf. om interessentskaber *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 13 ff, samme: Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 16 ff, *Bernhard Gomard*: Selskabsretten, 1999, s. 35 ff, *Kristian Sindballe*: Dansk selskabsret I, 1928, *Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen*: Introduktion til selskabs- og foreningsretten, 1998, s. 133 ff, *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret III – interessentskaber, 2004, *Noe Munck* i Selskabsformerne, 2002, s. 41 ff og *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 52 ff.

465. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 17 f.

466. Jf. FT 1993/94, tillæg A, sp. 1672.

467. Der er ikke enighed i litteraturen om, hvorvidt et interessentskab forudsættes at være erhvervsdrivende eller ej, jf. herom *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 19 ff med henvisninger.

en forudsætning, at alle interessenter hæfter ubegrænset. Etableres der en blandingsform, hvor en eller flere deltagere hæfter ubegrænset, mens en eller flere deltagere hæfter begrænset, taler man om et kommanditselskab, jf. LEV § 2, stk. 2. Er der tale om en erhvervsdrivende virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter ubegrænset, er der enten tale om et aktie-/anpartsselskab eller et selskab med begrænset hæftelse, jf. LEV § 1, stk. 2. Er der tale om en erhvervsdrivende virksomhed, der slet ikke har deltagere, er der tale om en erhvervsdrivende fond. Interessentskabet består typisk af få deltagere, der er aktive samarbejdspartnere. Endelig skal det bemærkes, at det er et særkende for interessentskabet, at de enkelte deltageres kreditorer er afskåret fra at søge fyldestgørelse i fællesskabets aktiver. Såfremt fællesskabets deltagere, hver især retligt og faktisk kan disponere over fællesskabets aktiver, kan deltagernes kreditorer ikke være afskåret fra at gøre udlæg heri, og der vil da i stedet være tale om et sameje.

Interessentskabet kan anses som den selskabsretlige residualform, forstået således at der er tale om den selskabsform, der såvel eksternt som internt antages at foreligge overalt, hvor en given selskabskonstruktion ikke kan henføres til nogen af de øvrige selskabsformer⁴⁶⁸. Afgørelsen af, hvorvidt der foreligger et interessentskab, beror som udgangspunkt på parternes aftale, men vel at mærke på aftalens virkelige indhold og ikke på dens fremtræden⁴⁶⁹. Navnlig sondringen mellem interessentskaber og samejer har givet anledning til væsentlige afgrænsningsproblemer gennem tiderne. Dette spørgsmål skal dog ikke forfølges yderligere. Endelig kan det anføres, at et interessentskab kan stiftes gyldigt, uden at erhvervsvirksomhedslovens registreringsbestemmelser skal finde anvendelse.

11.2.3. Kommanditselskabet

Kommanditselskabet er en selskabsform i grænselandet mellem den fuldt ansvarlige virksomhed, interessentskabet og virksomheden med begrænset ansvar⁴⁷⁰. For kommanditselskabet findes der argumenter

468. Jf. *Noe Munk* i *Selskabsformerne*, 2002, 43.

469. Jf. *Erik Hørlyck*: *Interessentskaber og konsortier*, 1996, s. 19.

470. Se herom *Erik Hørlyck*: *Interessentskaber og konsortier*, 1996, s. 25 ff, samme: *Erhvervsdrivende virksomheder*, 1994, s. 16 ff og s. 38 ff, *Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen*: *Introduktion til selskabs- og foreningsretten*, 1998, s. 153 ff, *Søren Friis Hansen* i *SpO* 2003, s. 1 ff, *Lars Hedegaard Kristensen* i *Selskabsformerne*, 2002, s. 124 ff, *David Schjelde & Henrik Guldhammer Nielsen*: *Kommanditselskabet – Societas ob-*

for og imod at anse dette som en juridisk person, men nogen egentlig afklaring heraf skal ikke forventes. Kommanditselskabet defineres i LEV § 2, stk. 2, som en virksomhed, hvor en eller flere deltagere (komplementarerne), hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser, mens en eller flere deltagere (kommanditisterne) hæfter begrænset for virksomhedens forpligtelser. Kommanditselskabets eksistens forudsætter tilstedeværelsen af mindst én komplementar og mindst én kommanditist, der begge kan være såvel fysiske som juridiske personer. Hertil kommer, at de fuldt ansvarlige deltagere i kommanditselskaber stiftet efter 1.6. 1996, skal have forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser⁴⁷¹. Det er i denne henseende formentlig tilstrækkeligt, at blot én fuldt ansvarlig deltager har forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser⁴⁷². Foreligger der ikke en sådan komplementar, er der ikke tale om et kommanditselskab men om noget andet.

Det har været genstand for nogen diskussion om kommanditselskaber, hvori der slet ikke findes nogen fuldt ansvarlig komplementar eller hvor denne bortfalder, må anerkendes som kommanditselskaber i selskabs- og skatteretten, jf. herom nedenfor.

Der skal være mindst én kommanditist, der hæfter begrænset. Flere kommanditister hæfter solidarisk indenfor hæftelsesbeløbet. Der skal være tale om en eller anden hæftelse, men der stilles intet minimumskrav, og der stilles heller ikke krav om indbetaling. Det er ligeledes uden betydning, om hæftelsen er subsidær, således at fyldestgørelse først skal være forsøgt hos kommanditselskabet, og om hæftelsen er indirekte, således at kun kommanditselskabet kan gøre den gældende⁴⁷³. Er der stiftet et »kommanditselskab« uden nogen kommanditist eller med en kommanditist, der ikke hæfter, er der ikke tale om et kommanditselskab. Det beror også i denne relation på en konkret vurdering, hvad der i stedet er tale om. Ofte vil der være tale om en

soleta?, 1999, Erik Werlauff: Selskabsret, 2003, s. 71 ff, Paul Krüger Andersen m.fl.: Anparter i juridisk, skattemæssig og økonomisk belysning, 1987, s. 13 ff, og Kristian Sindballe: Dansk selskabsret I, 1928.

471. Jf. LEV § 2, stk. 2, 2. pkt. og ASL § 173, stk. 8.

472. Jf. Erik Hørlyck: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 26.

473. Erik Werlauff sammenfatter i Selskabsret, 2003, s. 72, hæftelsesspørgsmålet således, at én eller flere selskabsdeltagere (komplementarerne) hæfter solidarisk, ubegrænset, principalt og direkte, mens én eller flere af en anden kategori deltagere (kommanditisterne) hæfter begrænset og typisk indirekte.

interessentskabslignende enhed, hvor deltagerne hæfter som interessenter.

Et kommanditselskab kan stiftes gyldigt uden at erhvervsvirksomhedslovens registreringsbestemmelser skal finde anvendelse. Derimod gælder det, at ingen andre virksomheder, end de som opfylder kravene i definitionen må benytte kommanditselskabsbetegnelsen, jf. LEV § 6, stk. 4.

11.3. Selskabsretlig omkvalifikation

Det er fremgået flere gange ovenfor, at den selskabsretlige subjektkvalifikation for så vidt er uafhængig af den valgte etikette. Kvalifikationen foretages således i henhold til realia frem for formalia. Af denne årsag forekommer det (formentlig sjældent), at der i selskabsretlig henseende må foretages omkvalifikationer⁴⁷⁴. I det hele taget må det antages, at afgrænsnings- og omkvalifikationsproblemer i selskabsretlig henseende er sjældent forekommende. Spørgsmålet har relevans, hvor en vurdering af en konkret sammenslutning ud fra ovenstående afgrænsningskriterier medfører et andet resultat, end hvad formalia tilsiger. Aktie- og anpartsselskabsformen skal afgrænses overfor andre selskaber med begrænset hæftelse og overfor selskaber med andelskarakter. Foreninger, herunder andelsselskaber, skal afgrænses overfor interessentskaber. Fonde skal afgrænses overfor foreninger og selskaber med begrænset hæftelse skal ud over afgrænsningen overfor aktie- og anpartsselskabsformen yderligere afgrænses overfor foreningerne. I de tilfælde, hvor eksempelvis formen i en påstået eksisterende forening ikke svarer til realiteten, må selskabsretten forbeholde sig at omkvalificere »foreningen« til en interessentskabslignende konstruktion med heraf følgende hæftelse hos den enkelte deltager⁴⁷⁵. I skatteretten har spørgsmålet overvejende vedrørt sådanne situationer, hvor skatteyderne har søgt at drage nytte af den for personselskaber (interessentskaber og kommanditselskaber) kendetegnende skatteretlige transparens, mens den driftsmæssige risiko i vidt omfang kontraktligt er blevet elimineret gennem hæftelsesbegrænsninger.

Det har været genstand for nogen diskussion om kommanditselska-

474. Jf. herom *Noe Munck* i *Selskabsformerne*, 2002, s. 44, *Søren Friis Hansen* i *Dansk selskabsret III*, 2004, s. 97 ff. Sidstnævnte bemærker, at den herved foretagne objektive kvalifikation ikke angår ejendomsretten til de aktiver, der indgår i samvirket.

475. Jf. *Erik Werlauff*: *Selskabsret*, 2003, s. 101.

ber, hvori der slet ikke findes nogen fuldt ansvarlig komplementar, eller hvor denne bortfalder, må anerkendes som kommanditselskaber i selskabs- og skatteretten. Denne situation kan opstå, *hvor* komplementaren reelt er en stråmand, *hvor* der er sket stiftelse uden komplementar, *hvor* komplementaren er ugyldigt stiftet *og ved* komplementarens dødsfald, tvangsopløsning, konkurs eller likvidation. En synsvinkel på konkurssituationen kan være, at kommanditselskabet ændrer karakter til et interessentskab⁴⁷⁶. En anden synsvinkel indebærer, at selskabsformen principielt består uændret⁴⁷⁷. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Erhvervsankenævnet har i sin praksis tilsluttet sig førstnævnte opfattelse, hvorefter der ved komplementarens konkurs ikke længere begrebsmæssigt kan siges at bestå et kommanditselskab⁴⁷⁸. I konsekvens heraf slettes kommanditselskabet fra registret for erhvervsdrivende virksomheder.

Mette Neville har selskabsretligt og skatteretligt analyseret situationen, hvor komplementaren er et kapitalselskab, som har ingen eller kun begrænsede forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser⁴⁷⁹. Sigtet med forfatterens analyse var navnlig situationen, hvor komplementaren i et kommanditselskab er et kapitalselskab, som er udstyret uden eller kun med begrænsede forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser, herunder ingen medejendomsret. Forfatteren konkluderede, at sådanne selskaber hverken selskabsretligt eller skatteretligt synes at kunne kvalificeres som kommanditselskaber. Baggrunden for forfatterens rationale er den, at komplementaren herefter ikke kan kvalificeres som selskabsdeltager, hvorved »kommanditselskabet« ikke opfylder en grundlæggende kommanditselskabsbetingelse om netop selskabsdeltagelse fra komplementarens side. Forfatteren har ikke fået ret i sin vurdering af gældende ret, ligesom eftertiden ikke har bevæget retstilstanden i denne

476. Jf. herved *Peter Juul Therkelsen & Henrik Steen Jensen* i UfR 1996 B, s. 379 ff.

477. Jf. herved *Lennart Lynge Andersen m.fl.* i UfR 1997 B, s. 28 ff.

478. Jf. Erhvervsankenævnets kendelse refereret i Advokaten 1997, s. 126, og *Søren Sandfeld Jakobsen & Nina Sandroos* i R&R 1999/4, s. 15 ff. *Erik Werlauff* tilslutter sig denne praksis i Selskabsret, 2003, s. 83 f, og i Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 662. Det anføres, at man i disse tilfælde må falde tilbage på interessentskabsformen, idet kommanditselskabet i sin retlige natur er et interessentskab, hvori et antal selskabsdeltagere har kunnet begrænse deres hæftelse som følge af kommanditselskabets ganske særlige forhold, nemlig fordi komplementaren hæfter som en interessent. Når denne afgørende forudsætning ophører med at være opfyldt, ophører efter forfatterens opfattelse også forudsætningen for hæftelsesbegrænsningen og herefter må slutresultatet blive et interessentskab.

479. Jf. TfS 1992, 190 og Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 67 ff.

retning⁴⁸⁰. Det er nu fastlagt i ASL § 173, stk. 8, og LEV § 2, stk. 2, 2. pkt., at komplementarer i kommanditselskabet stiftet efter 1.6. 1996 skal have forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser. Herved kan der modsætningsvis argumenteres for, at der ikke kan antages at gælde sådanne krav for »gamle« kommanditselskaber⁴⁸¹. Dog gælder der ikke som følge af de nævnte bestemmelser et krav om medejendomsret for komplementaren.

Til det efterfølgende spørgsmål om, hvilken selskabsform der faktisk eksisterer, hvis ikke kommanditselskaber kan anerkendes som sådanne, synes buddene at være interessentskabet, et uregistreret aktie- eller anpartsselskab eller et selskab med begrænset hæftelse⁴⁸². Efter ikrafttrædelsen af erhvervsvirksomhedsloven skal dennes lovs §§ 8 og 9 hol-

480. Et tilsvarende standpunkt indtager *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 39 ff, og se allerede *Aage Michelsen* i R&R 1975, s. 143 ff, og samme i R&R 2002 SM 273. Sidstnævnte forfattere finder, at medejendomsretskriteriet er afgørende ved bedømmelsen, også selvom ASL § 173, stk. 8, og LEV § 2, stk. 2, 2. pkt., ikke indeholder et sådant krav for komplementaren. Synspunktet er blevet kritiseret. Således finder *David Schjelde & Henrik Guldhammer Nielsen* i Kommanditselskabet – *societas obsoleta?*, 1999, s. 39 f, at det i modsætning til Nevilles løsning, forekommer mere formålstjenligt at anfægte komplementaren frem for selve kommanditselskabet som sådant. Således anføres det, at det ikke er nødvendigt at undersøge, om et komplementaranpartsselskab er selskabsdeltager, idet selskabet formentlig ikke driver erhvervsvirksomhed i ApSL § 1's forstand, hvorved komplementarselskabet ikke kan siges at bestå som anpartsselskab med begrænset hæftelse. Baggrunden herfor er, at komplementarselskabet kan have det som sit eneste formål at hæfte for kommanditselskabets gæld. Efter 1.6. 1996 kan helt tomme komplementarselskaber ikke registreres, jf. ASL § 173, stk. 8, og LEV § 2, stk. 2, 2. pkt. *Erik Werlauff*: Anpartsaftalers bindende virkning, 1994, s. 16 ff, vender sig også mod tankegangen, ligesom nyere domspraksis og administrativ praksis ikke tillægger kriteriet om medejendomsret afgørende betydning. Endelig vender *Søren Friis Hansen* sig i SpO 2004, s. 98 ff, mod antagelsen. I TfS 2005, 173 H *CEMT Trading A/S* havde en enekommanditist ikke held til at overbevise Højesteret om, at et komplementarselskab ikke i henseende til TSS-Cirk. 1990-1 om kommanditisters fradrag for underskud skulle anses for at være en »deltager« i et kommanditselskab.

481. Jf. *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 27, *Erik Werlauff*: Anpartsaftalers bindende virkning, 1994, s. 16 ff og *David Schjelde & Henrik Guldhammer Nielsen*: Kommanditselskabet – *societas obsoleta?*, 1999, s. 40.

482. *Mette Neville* synes i TfS 1992, 190 og *Boligfællesskaber i selskabsform*, 1993, s. 69, at lægge sig fast på, at der i stedet må være tale om uregistrerede aktie- eller anpartsselskaber, idet selskaberne ofte har en struktur, der minder mere om strukturen i aktieselskaber end om strukturen i klassiske kommanditselskaber. I konkurssituationen argumenterer *Peter Juul Therkelsen & Henrik Steen Jensen* i UfR 1996 B, s. 384 f, for at der i stedet må antages at bestå et interessentskab. Tilsvarende standpunkt indtager *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 83, og samme: *Werlauffs kommenterede aktieselskabslov*, 2002, s. 662. *Erik Hørlyck* lader i *Interessentskaber og konsortier*, 1996, s. 27, døren stå åben for samtlige nævnte muligheder.

des for øje. Herefter kan virksomheder med begrænset hæftelse, som ikke er registreret som sådan, ikke erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, ligesom virksomheden ej heller kan være part i retssager. Sådanne virksomheder anses derfor som interessentskaber, jf. LEV § 9, stk. 2.

11.4. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Skatterettens forhold til privatautonomien figurerer i den præsenterede evalueringsmodel som en selvstændig opståelsesmulighed ved konkrete samspil i forholdet mellem skatteret og civilret. Dette omfatter også skatterettens forhold til den selskabsretlige aftalefrihed, der er temaet i dette afsnit. Det primære relevante samspilsproblem udgør skatterettens fravigelser fra aftalefriheden. Denne type af samspilsproblemer kan også benævnes *anerkendelsesspørgsmål*. Ved denne type af samspil er temaet, hvorvidt kontraktsfriheden i skattemæssig henseende skal anerkendes eller ej. Omkvalifikationen kan tillige berøre spørgsmålet om opståen af en selvstændig skatteretlig civilret.

Herefter må det konstateres, at evalueringsmodellens *censureringsforanstaltninger* ikke synes at udgøre en hindring for en behandling af den skatteretlige omkvalifikation af selskabsdannelser i henhold til en standardiseret bedømmelsessystematik.

11.5. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Som nævnt frasorteres de relevante samspil ikke gennem evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger. Hermed, og når det også bemærkes, at forudsætningerne for kongruens tillige er til stede, er der dannet grundlag for at undersøge eksistensen af et eventuelt kongruenskrav og kongruensbehov ved den skatteretlige anvendelse af civilrettens aftalefrihed med henblik på at vurdere, om relationens udgangspunkt om autonomi kan eller bør fraviges. Dette fremkommer ved den konstatering, at civilretten i et vist omfang har fastlagt eksistensen og et begrebsindhold for den selskabsretlige aftalefrihed, ligesom det er meningsgivende at tale om kongruens på det konkrete område.

Som også det blev påpeget ovenfor i kapitel 17, har aftalefriheden, herunder den selskabsretlige aftalefrihed stor indflydelse på, og betydning for civilretten. Kongruensbetingelserne er dermed tilsyneladende opfyldt. Dog skal det ligeledes påpeges, at den selskabsretlige aftalefri-

hed er undergivet lovgivningsmæssige begrænsninger i et ganske betydeligt omfang. Disse indskrænkninger har dog ikke ændret ved udgangspunktet om, at der ved aftalefriheden er tale om en central parameter i også i selskabsretten. Blot findes der andre vægtige hensyn, der tillige søges varetaget på linie med varetagelsen af aftalefriheden. Når således en selskabsretlig fravigelse fra tanketangen om aftalefrihed må accepteres, må en tilsvarende begrænsning accepteres i skatteretlig henseende. Trods denne begrænsning må der siges at bestå et *stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov* ved den skatteretlige anerkendelse af den selskabsretlige aftalefrihed. Denne antagelse understøttes tillige af de omstændigheder, at netop aftalefriheden er klart udviklet og hviler på en lang samfundsmæssig tradition. Dette underbygges endvidere af det forhold, at det fremmer den praktiske håndterbarhed at lægge udslagene af den civile aftalefrihed til grund for beskatningen, idet der ikke findes andre veludviklede alternativer.

Også i henseende til *retskildebestemt kongruens* synes der at kunne identificeres et krav herom. Baggrunden for dette er, at det formentlig i skatteretten i al almindelighed er forudsat, at selskabsrettens selskabsdannelser udgør sigtet for den subjektive skattepligt. Der findes ikke endnu andre alternativer til at foretage en afdækning af skatteydernes økonomiske organisationsformer. Dette taler for at acceptere aftalefrihedens udfald i skatteretlig henseende og dermed at lægge disse til grund for beskatningen.

Om problemstillingen anfører Søren Friis Hansen, at »... Det er udelukket, at kvalifikationen af et samvirke kan falde forskelligt ud i hhv. civilretten og skatteretten ...«⁴⁸³. Endelig uddybes standpunktet for så vidt angår kommanditselskabsbegrebet⁴⁸⁴. Således antages det, at kommanditselskabsbegrebet er identisk i skatte- og civilretten, og at lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af SEL i 1960 har lagt civilrettens begreb til grund⁴⁸⁵. Den civilretlige definition er uændret i gældende ret. På denne baggrund konkluderer forfatteren, at det er *fuldstændig udelukket*, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller nr. 6, kan tjene som hjemmel til, at et samvirke, der i civilretlig henseende utvivlsomt skal kvalificeres som et kommanditselskab, kan anses for at være et selvstændigt skatnesubjekt efter dansk ret. Denne konklusion nås under overskriften

483. Jf. Dansk selskabsret III, 2004, s. 111. Synspunktet fremgår også s. 469, note 70.

484. Jf. Dansk selskabsret III, 2004, s. 600 ff (s. 610 ff).

485. Jf. FT 1969/60 A, sp. 1065-1066.

»Forholdet til det skatteretlige legalitetsprincip«. Essensen heraf svarer til det der i foreliggende afhandling udtrykkes gennem kravet om retskildebestemt kongruens.

Idet jeg kan tilslutte mig udlægningen af retstilstanden de lege lata, for så vidt angår kommanditselskaber, må resultatet blive, at der gælder et *stærkt retskildebestemt kongruenskrav* vedrørende begrebsanvendelsen.

For så vidt angår interessentskaber, synes der dog ikke at foreligge tilsvarende stærke holdepunkter om eksistensen af et retskildebestemt kongruenskrav. Det er dog næppe således som anført ovenfor, at enhver fravigelse fra civilretten er udelukket. Der ses der alene at være retskildemæssige begrænsninger på kommanditselskabsrettens område. Trods dette må også interessentskaber kvalificeres med udgangspunkt i civilrettens begrebsdannelse, men det retskildebestemte kongruenskrav må bestemmes til at være *middelstærkt*.

Det bemærkes endelig, at forudsætningerne for kongruens er til stede, idet det er meningsgivende at tale om en skatteretlig accept af aftalefriheden, idet denne udgør den primære producent af faktum til brug for den subjektive skattepligt, og at aftalefriheden er en civilretlig (og liberalistisk) forudsætning. Kravene til eventuelle skatteretlige modhensyn er følgelig store, og spørgsmålet er herefter, hvilke hensyn der kan legitimere et sådant skatteretligt reaktionsmønster, der indebærer en afvigelse.

11.6. Skatteretlig begrebsanvendelse og omkvalifikation – evalueringsprocessens trin 3

Interessentskaber og kommanditselskaber udgør utvivlsomt ikke selvstændige skattesubjekter. Disse selskabsformer er således undergivet det skatteretlige transparensprincip, idet det står klart, at SEL § 1 ikke hjemler selvstændig skattesubjektivitet for disse⁴⁸⁶.

Straks nedenfor behandles eksempler, hvor skatteretten har omkvalificeret personselskaber til kapitalselskaber i skatteretlig henseende.

486. Dette følger for interessentskaber af en modsætningsslutning af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, idet begrænset hæftelse herefter udelukker skattesubjektivitet, og af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, idet et interessentskab ikke er en forening, korporation, stiftelse mv. Dette udgangspunkt gjaldt tillige efter den tidligere skattepligtsbestemmelse i SL § 2, stk. 1, nr. 5 g. For kommanditselskaber følger det af, at komplementaren hæfter personligt og dermed ikke er omfattet af SEL § 1. Selvom disse selskabsformer ikke udgør selvstændige skattesubjekter, bør det dog nævnes, at de udgør selvstændige skattesubjekter i henhold til momsloven, jf. ML § 3, stk. 1, og hertil UfR 1989, 657 Ø, og samtidig er afregningspligtige af kildeskat, jf. KSL § 46, stk. 1.

Overvejende ses skatteretten at trække væk fra civilretten, men som det skal ses, findes der faktisk også eksempler på, at skatteretten har trukket i retning af civilretten.

Det første eksempel på, at skatteretten kan siges at gå sine egne veje, ses at være i forbindelse med omkvalifikationen af personselskaber til selvstændige skattesubjekter. Skatteretlig omkvalifikation er ikke et ukendt fænomen. Således udviser praksis eksempler på, at personselskaber er blevet omkvalificeret til selvstændige skattesubjekter. Dette følger af den omstændighed, at den samlede vurdering af sammenslutningers skattesubjektivitet endvidere må foretages som en konkret realitetsbedømmelse. Herefter gælder det, at en selskabsdannelse, der i formen fremstår som et personselskab, men reelt har et kapitalselskabs væsentligste kendetegn, idet enhver risiko er elimineret gennem aftaler med långiver og andre kreditorer, kan omkvalificeres til i skattemæssig henseende af udgøre et kapitalselskab⁴⁸⁷. Dette forhold fremgår af Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, hvor det generelt i pkt. 2 ytres, at det afgørende for en juridisk persons skattepligt efter selskabsskatteoven ikke alene er, hvorledes denne *formelt er organiseret*, men tillige hvordan denne *reelt fungerer*. Udsagnet følges i praksis. Imidlertid er det noget vanskeligt at finde direkte støtte herfor i forarbejderne til selskabsskatteoven. Det kan hertil anføres, at en sådan cirkulærefastsat realitetsbedømmelse ikke behøver hjemmel, idet der blot er tale om en almindelig bedømmelse af faktum. Ligeledes kan det anføres, at der for så vidt ikke i ordlyden af SEL § 1, stk. 1, er noget til hinder for, at bestemmelsen skal fortolkes realistisk. Når det eksempelvis i nr. 2 hedder »*andre selskaber, i hvilke ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser ...*«, er der ikke hermed særligt tilkendegivet at være tale om en formel (civilretlig) hæftelse, og ikke en reel økonomisk hæftelse, selvom hæftelseskriteriet tydeligvis er arvegods fra selskabsskatteretten.

Det må antages, at skatteretlig omkvalifikation af en selskabsdannelse er udtryk for en *dispositionskorrektur* foretaget med baggrund i realitetsgrundsætningen. Dog kunne det alternativt antages, at der alene var tale om en fortolkning af sammenslutningernes vedtægter holdt op mod skatteevnekriterierne til afgrænsningen af personselskaber over for

487. Den modsatte situation må antages ikke at kunne opstå, idet selskaber med begrænset hæftelse ikke kan bestå som sådanne i selskabsretlig henseende, såfremt de reelt svarer til personselskaber.

selvstændige skattesubjekter. Såfremt der måtte antages at være civilretlig sikkerhed om kvalifikationen af enheden, ville en selvstændig og afvigende skatteretlig kvalifikation indebære en realitetsbegrundet omkvalifikation. Dog er det ikke givet, at der kan siges at være tale om et personselskab i civilretlig henseende. Blot er spørgsmålet ikke blevet prøvet og argumentet tilsyneladende ikke nærmere vurderet. Man kan derfor ikke uden videre antage, at skatteretten i de konkrete sager har omkvalificeret civilretligt anerkendte selskabsdannelser, idet der netop på området for subjektqualifikation må antages at være stor overensstemmelse mellem skatte- og selskabsretten. Det ses også i flere sager, at skattemyndighederne har procederet på, at der hverken selskabsretligt eller skatteretligt forelå et retssubjekt. Foreligger der end ikke i civilretlig henseende det påståede personselskab, skal dette ikke anerkendes i skatteretlig henseende.

TfS 1997, 611 V *Jørgen Mehl*, udgør et centralt prejudikat ved belysningen af den skatteretlige omkvalifikation af personselskaber. I sagen skulle det vurderes, om et interessentskab, der indgik i et flyprojekt, var reelt. En revisor og en flymekaniker havde stiftet et aktieselskab, der købte et fly, som selskabet videresolgte til en sammenslutning. Parterne havde betegnet sammenslutningen som et interessentskab, blandt andet med henblik på at deltagerne i interessentskabet kunne afskrive på flyet. Det fremgik af vedtægterne, at deltagerens solidariske hæftelse for sammenslutningens forpligtelser var begrænset til et beløb svarende til vedkommendes del af sammenslutningens nominelle kapital. Det fremgik ligeledes, at sammenslutningens bestyrelse var forpligtet til at anmode deltagerne om at indskyde et yderligere beløb på 200.000 kr., såfremt der i forbindelse med driften var behov for likvid kapital ud over de oprindelige indskud. Endelig fremgik det om hæftelsen, at den enkelte deltager aldrig kunne tilpligtes at indbetale mere end et fastsat beløb pr. andel af eventuelle lån, som var optaget i interessentskabets navn. Vestre Landsret fandt, at en naturlig sproglig forståelse af samvirkets vedtægter, der samlet set var usædvanlige for et interessentskab, måtte føre til, at de enkelte deltagere i samvirket udadtil havde begrænset deres hæftelse, i hvert tilfælde over for de kreditorer, der disponerede efter at være blevet bekendt med vedtægternes indhold. Støtte herfor fandt Landsretten også i projekts prospektmateriale samt det senere hændelsesforløb, hvor deltagerne alene kom til at foretage begrænsede efterbetalinger. På denne baggrund fandt Landsretten, at det ikke var godtgjort, at samvirket reelt var et interessentskab.

Det må antages, at der i dommen primært er henset til hæftelsesbegrænsningen. Dog blev der ikke taget stilling til, om samvirket i stedet var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, men hjemvist til fornyet ligning⁴⁸⁸.

Selvom den civilretlige kvalifikation af interessentskabet ikke er bedømt i sagen, kan man overveje, hvordan dette skal kvalificeres i civilretlig henseende. *Søren Friis Hansen* har vurderet dette spørgsmål⁴⁸⁹. Det anføres, at en civilretlig kvalifikation af det samvirke, som var genstand for sagen i TfS 1997, 611 V, efter det oplyste ville have resulteret i, at der forelå et ikke-registreret selskab med begrænset hæftelse, jf. LEV § 3. Da det konkrete samvirke ikke var registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ville resultatet dog i civilretlig henseende alligevel være, at der forelå et interessentskab. Baggrunden herfor er netop, at registrering er en forudsætning for at anerkende den i vedtægterne fastlagte hæftelsesbegrænsning i forhold til virksomhedens kreditorer. Hermed synes sagen at være udtryk for en afvigelse skatte- og civilretten imellem.

I SpO 1967, 339 Ø *Niels Lundquist Andersen*, ses der også at være foretaget en omkvalifikation. Dommen er det ledende præjudikat vedrørende grænsedragningen mellem foreninger og interessentskaber/samejer. Sagen vedrørte den skattemæssige kvalifikation af et ejerlav, der drev en varmecentral. Skatteyderen havde for skatteårene 1962/63 og 1964/65 foretaget fradrag for dennes andel i underskud vedrørende driften af varmecentralen. Dette forudsatte, at ejerlavet udgjorde et interessentskab eller et sameje. Skattemyndighederne fandt imidlertid, at der var tale om en forening, der var et selvstændigt skattesubjekt. Vedrørende hæftelsesforholdene gjorde der sig det særlige gældende, at vedtægterne i 1960 blev ændret derhen, at medlemmerne hæftede direkte personligt overfor ejerlavets kreditorer, men med den særlige udformning, at der hæftedes solidarisk for gæld stiftet før 1.1. 1961 og proratarisk for senere stiftede fordringer. Landsretten fandt ikke tilstrækkeligt grundlag for at anse ejerlavet som et sameje om lavets aktiver. Retten henså i denne forbindelse til, at ejerlavet var organiseret som et selvstændigt retssubjekt, der ejede de administrerede ejendomme og varmeanlægget og oplysningerne om medlemmernes hæftelse samt betydningen af lavets aktiver for vurderingen af medlem-

488. *Peder Harbjerg Reuther* finder i TfS 2003, 653, at den konkrete organisationsform burde subsummeres under SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

489. Jf. Dansk selskabsret III, 2004, s. 107, med note 21.

Del IV – Konfrontation

mernes ejendomme og dermed deres skattepligtige indtægter. Lavet blev derfor anset som værende en forening omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6.

Som allerede nævnt blev personselskaber omkvalificeret til selvstændige skattesubjekter ved Landsskatterettens bedømmelse af 10-mandsprojekterne⁴⁹⁰. Et gennemgående træk var, at de låneaftaler, der blev indgået vedrørende det relevante driftsaktiver, blev indgået på såkaldte limited recourse-vilkår. Herved opstod der en hæftelsesbegrænsning i forhold til selskabernes eneste kendte kreditorer (leasingtager, der skulle lease det pågældende aktiv og den långivende bank). Landsskatteretten fandt, at de respektive kommanditselskaber og interessentskaber opfyldte betingelserne for, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, skulle finde anvendelse, trods angivelse af direkte, personlig og solidarisk hæftelse. Således blev det anført, at de gennem de indgåede aftaler med den finansierende bank reelt havde afskåret sig fra, at der kunne opstå krav mod komplementaren/interessenterne, hvorfor dennes/disses hæftelse var uden reelt indhold. Der blev herved lagt vægt på, at kommanditselskabet/interessentskabet for alle praktisk forekommende situationer kontraktretligt havde afskåret sig fra risiko. Hertil kom, at det endvidere fremgik af kommanditselskabskontrakterne/interessentskabskontrakterne, at nettoprovenu og -tab skulle deles mellem investorerne i forhold til deres ejerandel. Dermed fandtes betingelserne for at anvende SEL § 1, stk. 1, nr. 2, opfyldt⁴⁹¹. Det erindres, at der i TfS 1996, 484 LSR gjorde sig det særlige gældende vedrørende hæftelsesspørgsmålet, at momsmyndighederne rent faktisk havde rejst moms krav over for en enkelt interessent. Dette forhold frakendte Landsskatteretten betydning, hvilket *Erik Werlauff* ser som udtryk for, at staten trods omkva-

490. Sagerne er offentliggjort i TfS 1996, 458 LSR (K/S – vedrørende flyvemaskine), TfS 1996, 459 LSR (I/S – vedrørende containere), TfS 1996, 474 LSR (I/S – vedrørende diesellokomotiv), TfS 1996, 430 LSR (I/S – vedrørende containere), TfS 1996, 484 LSR (I/S – vedrørende containere) og TfS 1996, 485 LSR (I/S – vedrørende togvogne) samt TfS 1996, 71 LR (vedrørende togvogne).

491. Se for en kritik af omkvalifikationstankegangen i 10-mandsprojekterne *David Schjælde & Henrik Guldhammer Nielsen: Kommanditselskabet – societas obsoleta?*, 1999, s. 72 ff og 91 ff. Forfatterne foretrækker en nægtelse af fradragsret hos kommanditisterne ved en realitetstankegang frem for gennem en omkvalifikation. Som begrundelse herfor anføres til dels, at man herved undgår en del juridiske problemstillinger, herunder at skabe en unødvendig divergens mellem civilretten og skatteretten.

lificeringen til et kapitalselskab gerne vil fastholde deltagernes personlige hæftelse for »selskabets« moms⁴⁹².

Omkvalifikation af et personselskab blev tillige foretaget i TfS 1999, 419 H *Bolette Gunst* (UfR 1999, 1225 H). Derimod er det uklart, til hvad omkvalifikationen skete. Sagen omhandlede et samvirke om boligfællesskab, hvor deltagerne havde betegnet sammenslutningen som et interessentskab. Skatteyderen, der var ledende lærer ved Tvind, havde sammen med en anden ansat lærer oprettet et »interessentskab«, som havde erhvervet en fast ejendom. Formålet med sammenslutningen var at købe og drive denne ejendom, der skulle stilles til rådighed som bolig for sammenslutningens deltagere. Sagen drejede sig om den skattemæssige kvalifikation af samvirket og den skattemæssige behandling af indtægter og udgifter vedrørende ejendommen. Vedtægterne indeholdt nogle for interessentskaber atypiske bestemmelser⁴⁹³. Landskatteretten og Vestre Landsret fandt efter en samlet vurdering, at samvirket uanset anvendelsen af ordet »interessentskab« var en forening eller lignende med selvstændig skattepligt i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 6. Nogle af de atypiske vedtægtsbestemmelser blev af Højesterets flertal (7 dommere) fortolket således, at der ikke tilkom en interessent nogen andel af formuen ved ophør af medlemskabet eller ved eksklusion. Dette gjaldt vedtægternes § 4 om ophør af medlemskab med ordene »... Ved ophør af medlemskabet fortaber den pågældende sin ret til at have del i interessentskabets værdier ...«, og § 17 om eksklusion med ordene »... I tilfælde af eksklusion tilfalder den ekskluderedes andel af interessentskabets værdier interessentskabet ...«, ligesom man i henhold til § 16 ved opløsning alene havde krav på udbetaling af, hvad man oprindeligt måtte have indskudt i interessentskabet. Ligeledes fandt flertallet, at en interessent i henhold til vedtægterne ikke kunne forhindre, at en ny interessent blev optaget i interessentskabet om ejendommen, selvom dette efter sin karakter kun kunne have ganske få deltagere. Disse forhold fandt flertallet klart trak i retning af, at interessentskabet, hverken kunne karakteriseres som et interessentskab eller et sameje. Grundet det forhold, at betalinger vedrørende ejendommen betaltes over en Tvind fælleskonto, fandtes det yderligere, at interessenternes

492. Jf. Selskabsskatteret, 2004/05, s. 144.

493. Dette var dog ikke så bemærkelsesværdigt, at den ene af interessenterne i henhold til vidneforklaringerne havde udfærdiget vedtægterne ved afskrift af vedtægter vedrørende en selvejende institution.

hæftelse ikke kunne antages at indebære en hæftelse af betydning. Fire dommere udtalte på denne baggrund, at indtægter og udgifter vedrørende ejendommen ikke kunne henføres til skatteyderen som deltager i et interessentskab eller et sameje. Disse dommere fandt imidlertid ikke anledning til at tage stilling til, om »interessentskabet« var omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, og valgte derfor at stadfæste Landsrettens dom. Tre af flertallets dommere fandt, at samvirket havde så væsentlige foreningstræk, at dette måtte anses for en af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, omfattet forening. Disse dommere stemte derfor også for at stadfæste dommen. Sammenslutningen må på baggrund heraf antages at være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, selvom dette ikke klart fremgår af dommens præmisser. En mindretal bestående af to dommere fandt ikke anledning til at underkende interessentskabskonstruktionen⁴⁹⁴.

I TfS 2002, 13 LSR, blev en skatteydere deltager i et interessentskab underkendt skattemæssig betydning, idet der ikke efter rettens vurdering forelå sædvanlige forretningsmæssige og økonomiske dispositioner. Skatteyderen ønskede at opnå fradrag for driftsomkostninger, afskrivninger og renteudgifter i et investeringsarrangement vedrørende skovbeplantning. Landsskatteretten nåede dette resultat på baggrund af en konkret realitetsbedømmelse af ejerforhold, låntagning, hæftelse, risiko, mulighed for tab og gevinst. Retten lagde til grund, at det ikke havde været interessentskabets hensigt at erhverve en reel ejendomsret til de omhandlede arealer, men i stedet det primære formål at opnå fradrag for de store skattemæssige underskud på deltagernes selvangivelser. Ved den konkrete realitetsbedømmelse blev der særligt henset til, at deltagerne reelt ikke havde nogen risiko for at lide tab under den løbende drift, herunder blandt andet fordi den eneste eksterne kreditor var en kreditforening, som havde sikkerhed i jorden og beplantningen. Det er ved denne kendelse interessant at se, at selskabsdeltagelsen underkendes, mens der ikke fremgår noget om den skatteretlige kvalifikation af interessentskabet. Imidlertid tyder præmisserne på, at man faktisk ville anse selskabet for et selvstændigt skattesubjekt, såfremt der skulle tages stilling hertil.

I samtlige de refererede sager er det en nærliggende tanke, at de omhandlede sammenslutninger end ikke i civilretlig henseende kan si-

494. Dommen findes af begrænset præjudikatværdi hos *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 135, grundet dissensen og den manglende stillingtagen, til hvilken beskatningskategori sammenslutningen i stedet måtte henføres til.

ges at udgøre personselskaber. Såfremt dette var tilfældet, ville der følgelig ikke kunne siges at være tale om skatteretlige fravigelser fra civilretten, men i stedet blot om at drage de skatteretlige konsekvenser af de korrekte civilretlige omstændigheder. I henhold til gældende selskabsret må det imidlertid bemærkes, at det ikke synes muligt at omkvalificere et personselskab til et selskab med begrænset hæftelse. Således følger det direkte af LEV § 9, at virksomheder med begrænset hæftelse, som ikke er registreret som sådan, ikke kan erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, ligesom virksomheden ej heller kan være part i retssager. Det følger videre af LEV § 9, stk. 2, at deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for forpligtelser, der før registreringen er indgået på vegne af en virksomhed med begrænset hæftelse. Det ses således, at registrering er en retsevnebetingelse for selskaber med begrænset hæftelse.

Det gælder ligeledes, at personselskaber, hvor deltagerne qua visse (omfattende) konkrete hæftelsesbegrænsninger falder uden for erhvervsvirksomhedslovens interessentskabsdefinition i § 2, stk. 1. I henhold til den traditionelle materielle interessentskabsretlige opfattelse fratager en konkret hæftelsesbegrænsning over for bestemte selskabskreditorer ikke et interessentskab sin karakter af et sådant⁴⁹⁵. Et sådant selskab falder uden for erhvervsvirksomhedslovens anvendelsesområde, men må altså fortsat i selskabsretlig henseende anses som et interessentskab, blot uden at måtte benytte navnet, jf. LEV § 6, stk. 4. Der er dog ikke herved tale om en virksomhed med begrænset hæftelse, jf. LEV § 3, idet de resterende deltagerne, trods den konkrete hæftelsesbegrænsning for en eller flere andre deltagere, fortsat hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk.

Retstilstanden synes derfor at være, at de omhandlede personselskaber fortsat er kendetegnet ved personlig hæftelse i civilretlig henseende, mens de anses som selvstændige skattesubjekter, idet ikke enhver hæftelsesbegrænsning accepteres i skatteretlig henseende. Ud fra denne betragtningssmåde synes der således at være belæg for at antage, at der kan forekomme en forskellig anvendelse af hæftelsesbegrebet i selskabs-

495. Jf. eksempelvis *Erik Hørlyck: Interessentskaber og konsortier*, 1996, s. 212 f, og *Otto Bjerg Hausgaard & Peder Harbjerg Reuther i J* 2000, s. 38 ff. Det ligger dog ikke fast, hvor langt en konkret hæftelsesbegrænsning kan gå, førend selskabet ikke længere kan antages at udgøre et interessentskab, herunder om en hæftelsesbegrænsning over for alle tænkelige aftalekreditorer er acceptabel.

skatteloven og erhvervsvirksomhedsloven, selvom en sådan uensartethed formentlig ikke er tilsigtet⁴⁹⁶.

Det må derfor konstateres, at det ikke er muligt generelt at legitimere de skatteretlige omkvalifikationer med en henvisning til det forhold, at de pågældende konstruktioner tillige i civilretlige henseende i tilfælde af tvist ville stå for fald.

Modsat disse eksempler på en skatteretlig fravigelse fra civilretten ses der også eksempler på, at skatteretten fastholder en forankring i civilrettens begrebsverden.

Dette fremkommer eksempelvis gennem behandlingen af kommanditselskaber med aktie-, eller anpartsselskaber som komplementar. Således er der gennem tiderne blevet fremsat kritik af den praksis, hvorefter sådanne selskaber ikke behandles som selvstændige skattesubjekter. Formelt har selskabskomplementaren ubegrænset hæftelse, men reelt nærmer forholdet sig en generel hæftelsesbegrænsning. Således fandt *Thøger Nielsen* i 1972 og *Aage Michelsen* i 1974 belæg for at antage, at visse kommanditselskaber, der ud fra en typologisk betragtningsskema adskiller sig markant fra det typiske kommanditselskab, må anses for selvstændige skattesubjekter⁴⁹⁷. *Aage Michelsen* finder op.cit., at opsamlingsbestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 6, udgør den relevante beskatningshjemmel, idet SEL § 1, stk. 1, nr. 2, ikke kan finde anvendelse idet komplementaren formelt hæfter personligt med hele sin formue⁴⁹⁸. *Aage Michelsen* berører i denne forbindelse spørgsmålet om samspillet mellem skatteret og civilret. Det overvejes således, om det forhold, at selskabsretten ikke har ønsket at omkvalificere de atypiske kommanditselskaber, må føre til, at man også i skatteretlig henseende må afstå herfra eller, om skatteretten konkret kan frigøre sig fra civilretten, ved at anse sammenslutningen som et selvstændigt skattesubjekt i kategorien »korporationer«. Forfatteren afstår dog fra nærmere overvejelser herom og slår sig til tåls med en konstatering af, at skatteretten i andre henseende foretager fravigelser. På denne baggrund konklude-

496. Det må således antages, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2, med ordene »ingen af deltagerne hæfter personligt for selskabets forpligtelser« som udgangspunkt refererer til den selskabsretlige hæftelse, der svarer til LEV § 3 med ordene »ingen hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk«. Se om spørgsmålet *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 74.

497. Jf. Indkomstbeskatning II, 1972, s. 45, og R&R 1974, s. 223 ff, R&R 1975, s. 143, og R&R 1984, s. 530 ff.

498. Synspunktet synes ikke på tilsvarende vis som *Neville*, jf. ovenfor, at gå på spørgsmålet om selskabsdeltagelse, men at gå på en helhedsvurdering af kommanditselskabet.

res det⁴⁹⁹, at der ikke er noget til hinder for, at man skatteretligt betragter et »kapitalistisk kommanditselskab« som et selvstændigt skatteobjekt i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 6, selvom man fortsat foretrækker at tale om et kommanditselskab i selskabsretten⁵⁰⁰. Dog fremsættes der afslutningsvis et ønske om en ensartet behandling⁵⁰¹. Diskussionen drejer sig navnlig om kommanditselskaber, der har indgået i leasingarrangementer. Selvom omkvalifikationstankegangen i 1990'erne har nydt tilslutning hos de retligt lavere instanser, har sagerne ikke drejet sig om subjektkvalifikation for Højesteret. I stedet har fokus været rettet mod arrangementernes realitet og dermed om kriteriet om ejendomsret som forudsætningsadgang⁵⁰².

Den fremførte kritik synes rigtig ud fra den betragtning, at skatteretten må være konsekvent. Dette gælder yderligere, når der ikke i civilretten i nogen af situationerne kan ske en omkvalifikation. Således følger det af civilretten, som anført, at der ikke kan opstå personselskaber med begrænset hæftelse, som ikke er registreret. Man kan derfor ikke benytte en civilretlig forskel på situationerne som argument for at opretholde retstilstanden. Forskellene i hæftelsesbegrænsningen kan ikke i sig selv bære resultatet.

Den anførte tankegang afvises i det hele af *Søren Friis Hansen* såvel de lege lata som de lege ferenda⁵⁰³. Således antages det som nævnt ovenfor, at kommanditselskabsbegrebet er identisk i skatte- og civilretten, og at lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af SEL i 1960 har lagt civilrettens begreb til grund. På denne baggrund konkluderer forfatteren, at det er *fuldstændig udelukket*, at SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller nr. 6, kan tjene som hjemmel til, at et samvirke, der i civilretlig henseende utvivlsomt skal kvalificeres som et kommanditselskab, kan anses for at være et selvstændigt skattesubjekt efter dansk ret.

Et andet eksempel på skatteretlig tilnærmelse til civilretten er ændringen af den tidligere praksis om, at et kommanditselskab kunne frakendes dette karakter af et sådant i tilfælde, hvor komplementaren

499. I R&R 1974, s. 242.

500. Se nok modsat *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 63.

501. *Erik Hørlyck* fremhæver det i *Interessentskaber og konsortier*, 1996, s. 28, som en ejendommelighed, at den selskabsretlige virkning af komplementarmangler er fuld ansvarlighed mens den skatteretlige virkning er, at der kan blive tale om et selskab med begrænset hæftelse.

502. Jf. herom supra kapitel 17, 5.2.6.

503. Jf. Dansk selskabsret III, 2004, s. 600 ff (s. 610 ff).

ikke havde nogen ejerandel over selskabets aktiver. Synspunktet var det, at hvis komplementaren ikke ejede andele i kommanditselskaberne, kunne disse selskaber ikke anses for kommanditselskaber, men kapital-selskaber i SEL § 1, stk. 1, nr. 2's forstand, med den følge, at selskaberne herefter måtte betragtes som selvstændige skattesubjekter. Skatteministeriet indgik imidlertid forlig ved Vestre Landsret, jf. TfS 1998, 742 DEP. Skatteministeriet anerkendte her, at komplementaren skatteretligt måtte anerkendes som selskabsdeltager, på trods af at denne ikke havde ejerandel i kommanditselskaberne, hvorved også kommanditselskabet måtte anerkendes som kommanditselskab. Der blev herved navnlig lagt vægt på, at der hverken i hidtidig selskabsretlig eller skatteretlig praksis havde været stillet materielle krav ud over hæftelsen som betingelse for at anse en fysisk eller juridisk person som komplementar i et kommanditselskab⁵⁰⁴.

En sådan koordinering af skatte- og civilretten må bifaldes, og er i hvert tilfælde i overensstemmelse med koordinationstankegangen.

11.7. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Omkvalifikation af civilretlige selskabsdannelser kan atages at ske med udgangspunkt i en realitetsbegrundet dispositionskorrektion. Hermed tilsidesættes aftalefriheden i skattemæssig henseende.

Således er der tale om en særlig skatteretlig fravigelsesmulighed fra i øvrigt (antaget) retskraftige dispositioner. Som det er fremgået, må det antages, at civilretten ikke i de konkrete omkvalifikationssager i tilfælde af tvist tillige ville indebære en civilretlig omkvalifikation af personselskaber til selskaber med begrænset hæftelse, idet disse ikke er registreret, hvilket er en gyldighedsbetingelse. Der opereres tilsyneladende i gældende ret med forskellige hæftelsesbegreber, ligesom den civilretlige hæftelsesbegrænsning forudsætter registrering af selskabet som virksomhed med begrænset hæftelse.

Skatteretlig omkvalifikation udgør i sin natur en fravigelse fra aftalefriheden og dermed også fra det konstaterede kongruenskrav. Med denne umiddelbare konflikt i erindring må det efterfølgende, som et led i prøvelsen efter evalueringsmodellens trin 4, overvejes, om der findes særlige skatteretlige grunde til de konstaterede fravigelser. Sådanne generelle overvejelser er foretaget ovenfor i kapitel 17, hvortil der hen-

504. Jf. herom også *Søren Friis Hansen* i SpO 2003, s. 13.

vises. Det kan således atter konstateres, at realitetsgrundsætningen udgør en misbrugsklausul, der skal dæmme op mod skatteudnyttelse. Det må antages, at realitetsgrundsætningen faktisk tilgodeser en tilsikring af realitet i den skatteretlige subjekt kvalifikation. Hermed er konflikten ridset op. Overfor det stærke retskildebestemte kongruenskrav og de middelstærke kongruensbehov står behovet for at imødegå skatteudnyttelse (og ubevidste uoverensstemmelser mellem formalitet og realitet). En konkret afvejning af disse hensyn må falde ud til fordel for de bag realitetsgrundsætningen liggende hensyn. En tilsidesættelse af aftalefriheden kan bevirke, at der sker en nedbrydning af retssystemets systematik og grundforudsætninger. Opretholdes en sådan systematik, kan der imidlertid indtræde ganske alvorlige konsekvenser for skatteretten. Såfremt det således blev tilladt for civilretten at være diktatorisk dominant, kan dette medføre en gradvis nedbrydning af skatteretten og herunder fjernelse af beskatningsgrundlaget. Med erosionen af statens indtægtsgrundlag forsvinder hermed en forudsætning for opretholdelsen af et moderne samfund. Noget sådant kan selvsagt ikke accepteres. En »ofring« af aftalefriheden forekommer på denne baggrund ubetydelig. Dog skal det holdes for øje, at skatteretten generelt ikke bør påvirke selskabsrettens retsformer⁵⁰⁵.

Den skatteretlige fravigelse fra civilretten qua realitetsgrundsætningen må således accepteres såvel retsdogmatisk som koordinationsteoretisk.

De teoretiske og faktiske implikationer af fravigelsen må derfor karakteriseres som værende nødvendige for at sikre skattesystemets beståen. En opfølgning på de observerede samspilsmuligheder må være enslydende, det just nævnte.

§ 12 Koncernforhold

12.1. Indledning

Eksistensen af koncernforhold giver anledning til flere spørgsmål vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. Det er fundet rimeligt at

505. Allerede *Mogens Glistrup* konstaterede i *Skatteret*, 1957, s. 544, at den tidligere skattesubjektivitet for kommanditselskaber og partrederier i perioden nedbragte antallet af sådanne selskabsdannelser og bemærkede hertil, at det ikke kan være skatterettens opgave at gøre vort selskabsretlige univers fattigere.

samle de overordnede koncernskatteretlige problemstilling i dette kapitel vedrørende skatte- og retssubjektivitet, idet koncernskatterettens grundproblemer udgør udslag af samme problemstilling, nemlig hvorvidt og i hvilket omfang koncerner skal anses som selvstændige skattesubjekter, samt i hvilket omfang, der skal insistes på det modsatte udgangspunkt om formel adskillelse mellem koncernenheder. *For det første* aktualiseres spørgsmålet om, hvad der i juridisk kontekst skal forstås ved en koncern. Et forsøg på en tværdisciplinær besvarelse herpå foretages nedenfor under overskriften »Koncernbegrebet«. *For det andet* opstår spørgsmålet om, hvorledes koncern skal behandles i juridisk sammenhæng. Et forsøg på en tværdisciplinær besvarelse heraf findes nedenfor under overskriften »Den skatteretlige behandling af koncerner«.

12.2. Koncernbegrebet

12.2.1. Generelt

Der findes ingen alment accepteret juridisk definition af en koncern⁵⁰⁶. Der findes for så vidt ikke et samlet entydigt civilretligt koncernbegreb. Koncernbegrebet fastlægges konkret fra retsområde til retsområde. Endvidere er det kendetegnende, at begrebet endda i intradisciplinær sammenhæng på kasuistisk vis må fastlægges fra situation til situation. Som det skal fremgå, er der med koncernbegrebet med andre ord tale om et relationsbegreb (Zweckbegriff)⁵⁰⁷.

Det kan anføres, at en koncern i juridisk henseende traditionelt kendetegnes ved navnlig to egenskaber⁵⁰⁸. *For det første* skal der være tale om to eller flere fritstående selskaber. *For det andet* skal disse selskaber befinde sig under fælles kontrol, hvormed traditionelt sigtes til finansiell kontrol. *Kernen* i det danske civilretlige koncernbegreb kan dog siges at være det faktum, at et eller flere selskaber er underlagt en fælles be-

506. Jf. eksempelvis Bertil Wilmann: Beskattning av företagsgrupper, 2002, s. 13, og Søren Friis Hansen: Europæisk koncernret, 1995, s. 21 og s. 24.

507. Se for en tilsvarende klassificering NOU 1996:6, s. 86, hvor det anføres, at »... Lovgivningen har ingen enhetlig konserndefinisjon. Dette har sammenheng med at konsernbegrepet må utformes utfrå hensyn som skal ivaretas ved de ulike regelverkene hvor begrepet brukes. Dette tilsier at f. eks. konsernbegrepet i skattemessig sammenheng kan få et annet innhold enn i arbeidsrettlig, regnskapsrettlig eller selskapsrettlig sammenheng ...«, og Søren Friis Hansen: Europæisk koncernret, 1995, s. 24 note 15 og samme i Lærebog i selskabsret II – Kapitalselskaber, 2000, s. 455.

508. Jf. Bertil Wilmann: Beskattning av företagsgrupper, 2002, s. 13, og Svend Olof Lodin: Koncernbeskattning i USA, 1973, s. 3.

stemmende eller økonomisk indflydelse, som afhængig af det berørte retsområde kan grundes i ejerskab, stemmerettigheder, ledelse etc.

12.2.2. *Det selskabs- og regnskabsretlige koncernbegreb*

I dansk civilret fremgår den centrale koncerndefinition af ASL § 2 og ApSL § 3⁵⁰⁹. Det årsregnskabsretlige koncernbegreb fremkommer i Bilag 1, B. nr. 4 til årsregnskabsloven⁵¹⁰. Disse koncernbegreber, som er udformet i overensstemmelse med den unionsretlige regnskabsnormering i 7. selskabsdirektiv om konsoliderede regnskaber, udgør de centrale civilretlige koncernbegreber⁵¹¹. Det er kendetegnende, at koncernbegrebet i dansk ret er præget af ensartethed på selskabs- og regnskabsrettens område.

I henhold til selskabslovene udgør et moderselskab sammen med datterselskaberne en *koncern*, jf. ASL § 2, stk. 1 og ApSL § 3, stk. 1. Det tilsvarende begreb »Koncernvirksomhed« defineres i ÅRL, bilag 1, B. pkt. 3, som en modervirksomhed og dens dattervirksomheder.

I ASL § 2, stk. 3 og ApSL § 3, stk. 3, defineres et *datterselskab* som et aktie- eller anpartsselskab, med hvilket moderselskabet har de i be-

509. Litteraturen herom omfatter navnlig *Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 2000, s. 84 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II – Kapitalselskaber*, 2000, s. 459 ff, *Paul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 334 ff, samme i *Aktie- og anpartsselskabsret*, 2004, s. 500 ff, *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 566 ff, samme i *Koncernretten*, 1996, s. 15 ff, samme i *Werlauffs kommenterede Aktieselskabslov*, 2002, s. 9 ff, samme i *Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov*, 2001, s. 16 ff, *Ida Rosenberg m.fl.: Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer*, 1997, s. 63 ff, *Ida Rosenberg m.fl.: Aktieselskabsloven med kommentarer*, 1999, s. 78 ff.

510. Jf. herom *Olaf Hasselager m.fl.: Årsrapporten – Kommentarer til årsregnskabsloven*, 2003, s. 1074 ff, og *Paul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 401 ff.

511. Koncernbegrebet indgår i flere retlige discipliner. Således tager lov om erhvervsdrivende fonde i § 1, stk. 2, nr. 3, og § 2, med visse nuanceforskelle udgangspunkt i det aktie- og anpartsselskabsretlige koncernbegreb. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder henviser i § 18, til årsregnskabslovens koncerndefinition. I finansretten indeholder lov om finansiel virksomhed i § 5, nr. 7-9, en koncerndefinition, der tager udgangspunkt i ASL § 2. I børsretten anvender VPL § 31 om tilbudspligt en koncerndefinition, der svarer til den selskabsretlige definition. I arbejdsretten indeholder lov om europæiske samarbejdsudvalg i § 6 en bred koncerndefinition i forhold til selskabsrettens begreb. Ligeledes opereres der på insolvensrettens område i KL § 2 med begrebet nærtstående, hvorunder en særegen koncerndefinition, med vægt på økonomisk interessefællesskab falder, dog uden sammenhæng med det selskabsretlige koncernbegreb. Se generelt om koncernbegrebet i dets forskellige afskygninger, herunder i anden lovgivning end den specifikt selskabsretlige *Nis Jul Clausen U 1987 B*, s. 417 ff, *Erik Werlauff i J 1990*, s. 114 ff, samt *Paul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret*, 1997, s. 408 ff.

stemmelsernes stk. 2, nævnte forbindelser. Årsregnskabsloven anvender i stedet begrebet »dattervirksomhed«, og definerer dette som en virksomhed, med hvilken en modervirksomhed direkte eller indirekte har en af de i B, nr. 4 forbindelser til, jf. ÅRL, bilag 1, B, pkt. 2.

Aktieselskabslovens § 2, stk. 2 henholdsvis anpartsselskabslovens § 3, stk. 2 indeholder begge 5 *moderselskabsindikationer* udtrykt ved fortløbende numre, (1)-(5)⁵¹². Principielt er de fem indikationer sideordnede og alternative, således at én indikation udelukker de andre. Moderselskabet skal være et aktie- eller anpartsselskab. Det regnskabsretlige *modervirksomhedsbegreb* defineres i ÅRL, bilag 1, B, pkt. 4⁵¹³.

ASL § 2, stk. 2, nr. 1 og ApSL § 3, stk. 2, nr. 1, foreskriver tilstedeværelsen af et *moderselskab*, hvis et selskab *besidder flertallet af stemmerettighederne* i et aktie- eller anpartsselskab⁵¹⁴. Dette kriterium er det mest objektive og det vigtigste af dem alle. Flertalskravet indebærer, at der skal besiddes mindst 51% af samtlige de stemmer, der ville kunne afgives, såfremt samtlige selskabsdeltagere mødte frem og afgav deres stemmer. Kravet om stemmeflertal er ikke opfyldt, blot fordi der regelmæssigt beherskes et flertal på selskabets generalforsamling, således at der skabes en forventning om at kunne træffe sådanne beslutninger, der normalt kræver stemmeflertal. Der er i henhold til dette koncernkriterium ikke en betingelse, at moderselskabet er aktionær eller anpartshaver i datterselskabet. Også stemmeret på grundlag af pantsætning og stemmeoverførselsaftaler medregnes⁵¹⁵.

512. Det skal bemærkes, at disse kriterier ikke er kendetegnede ved stor klarhed, ligesom der ikke findes retspraksis herom. Den juridiske litteratur udviser endvidere uenighed vedrørende forståelsen af visse af kriterierne. Disse uklarheder og uenigheder omtales ikke i det følgende.

513. Som noget særligt indeholder ÅRL, bilag 1, B, 1. en definition af *associeret virksomhed*. Herved forstås virksomheder, som ikke er dattervirksomheder, men en virksomhed i hvilken en anden virksomhed og dennes dattervirksomheder besidder kapitalandele og faktisk udøver en betydelig indflydelse på virksomhedens driftsmæssige og finansielle ledelse. Der er i denne forbindelse opstillet en formodningsregel, hvorefter en virksomhed formodes at udøve betydelig indflydelse, hvis virksomheden og dens dattervirksomheder tilsammen besidder 20% eller mere af stemmerettighederne. Andele i associerede virksomheder skal optages særskilt i balancen, og indtægterne deraf skal vises særskilt i resultatopgørelsen. Ligeledes indeholder ÅRL i bilag 1, B, 5., en definition af *tilknyttede virksomheder*, som en virksomheds dattervirksomhed, dens modervirksomhed og dennes dattervirksomhed. Definitionen har alene betydning for en række specifikationer i regnskabsskemaerne for såvel balancen som resultatopgørelsen.

514. ÅRL benytter i stedet for sidstnævnte betegnelsen »virksomhed«.

515. Årsregnskabslovens første modervirksomhedsindikator i Bilag 1, B, nr. 4, 1 tilsvare overstående. Begrebet er dog ikke afgrænset til udelukkende at omfatte aktie- og

Bestemmelsernes nr. 2 foreskriver tilstedeværelsen af et moderselskab, hvis et selskab *er aktionær eller anpartshaver i et selskab og har ret til at udnævne eller afsætte et flertal af medlemmerne i selskabets bestyrelse, subsidiært direktion*, hvor et anpartsselskab ikke har en bestyrelse⁵¹⁶. Den selvstændige betydning af dette kriterium er ringe, idet denne ret netop tilkommer stemmeflertallet eller en praktisk majoritet. Det er en betingelse, at moderselskabet er aktionær eller anpartshaver i datterselskabet, men størrelsen af selskabsdeltagelsen er underordnet.

I henhold til ASL § 2, stk. 2, nr. 3 henholdsvis ApSL § 3, stk. 2, nr. 3 foreligger endvidere et moderselskab, hvis et aktie- eller anpartsselskab er aktionær eller anpartshaver og har ret til at udøve en *bestemmende indflydelse over selskabet på grundlag af vedtægterne eller aftale med dette i øvrigt*. Dette kriterium referer sig til de særlige »aftalekoncerner«, som navnlig kendes i tysk ret. Det er et uafklaret spørgsmål, hvorvidt det i dansk ret er tilladt at indgå koncernaftaler, som giver moderselskabet bestemmelsesret over danske datterselskaber. Derimod kan kriteriet meget vel have betydning for udenlandske datterselskaber. Det er ligesom for kriteriet i nr. 2 principielt en betingelse, at moderselskabet er aktionær eller anpartshaver i datterselskabet, men også her er størrelsen af selskabsdeltagelsen underordnet⁵¹⁷.

I henhold til bestemmelsernes nr. 4 er der tale om et moderselskab, hvis et aktie- eller anpartsselskab *er aktie- eller anpartshaver og på grundlag af aftale med andre aktionærer eller anpartshavere råder over flertallet af stemmerettighederne i selskabet*⁵¹⁸. Dette kriterium omfatter blandt andet aktionæraftaler om udøvelse af stemmeret. Det er en betingelse, at moderselskabet er aktionær eller anpartshaver i datterselskabet, men også her er størrelsen af selskabsdeltagelsen underordnet. Det er ikke efter dette kriterium tilstrækkeligt at have en bestemmende indflydelse. Der skal ligesom i nr. 1 være tale om flertallet af stemmerettighederne. Mens det efter nr. 1 er uden betydning, af hvilken retlig årsag moder-

anpartsselskaber, ligesom besiddelsesbegrebet i selskabslovene formentlig er noget mere udvidet end det tilsvarende begreb i årsregnskabsloven.

516. ÅRL, bilag 1, B, 4, nr. 2 er formuleret sådan, at der generelt henvises til virksomhedens øverste ledelsesorgan, ligesom begrebet »virksomhedsdeltager« benyttes.

517. Kriteriet er noget anderledes udformet i ÅRL, bilag 1, B, pkt. 4, nr. 3. Således betinges koncernindikationen af, at modervirksomheden er virksomhedsdeltager og har ret til at udøve en bestemmende indflydelse over en anden virksomheds driftsmæssige og finansielle ledelse på grundlag af vedtægter eller aftale med denne.

518. I ÅRL, bilag 1, B, pkt. 4, nr. 4 anvendes i stedet de bredere betegnelser »virksomhedsdeltager« og »virksomhed«.

selskabet »besidder« sit stemmeflertal, skal det efter nr. 4 være en aftale med de andre selskabsdeltagere, der har skaffet moderselskabet sit absolutte stemmeflertal.

De fire allerede opregnede koncernkriterier udgør alle *de jure kriterier*. I modsætning hertil udgør kriteriet i ASL § 2, stk. 2, nr. 5 og ApSL § 3, stk. 2, nr. 5 et *de facto koncernkriterium*. Bestemmelsen foreskriver således, at der foreligger et moderselskab, såfremt et aktie- eller anpartsselskab *besidder aktier eller anparter i et selskab og udøver en bestemmende indflydelse over dette*⁵¹⁹. Det er ikke en betingelse i henhold til dette kriterium, at moderselskabet er aktionær eller anpartshaver. Det er tilstrækkeligt, at aktierne eller anparterne i datterselskabet »besides«, og dette kan omfatte enhver form for rådighed, herunder pantet, brugsret mv. I henhold til kriteriet, skal der være tale om, at en bestemmende indflydelse faktisk udøves. Der tales traditionelt i denne sammenhæng om udøvelse af en bestemmende indflydelse på grundlag af »praktisk majoritet«.

Koncernkriterierne i nr. 3-5 indeholder væsentlige skønsmæssige eller vurderingsmæssige elementer. Det gælder da også, at disse bestemmelser i hidtidig praksis kun har haft ringe gennemslagskraft⁵²⁰.

Den primære forskel på koncernbegrebet i årsregnskabsloven og selskabslovene er, at selskabslovene kun omfatter aktie- og anpartsselskaber.

12.2.3. Anvendelsen af koncernbegrebet som juridisk relationsbegreb – vurdering af retstilstanden

Det er oplagt, at der kan opstå flere samspilsproblemer i forbindelse med den skatte- og civilretlige brug af koncernbegrebet. Det juridiske koncernbegreb aktualiserer spørgsmålet om anvendelse af koncernbegrebets civilretlige variant i skatteretlig sammenhæng. Noget sådant forekommer imidlertid ikke i dansk ret, og har tilsyneladende ikke være overvejet. Noget andet er, at man i forskellige skatteretlige sammenhænge har skelet til det civilretlige koncernbegreb ved udformningen af et specifikt skatteretligt koncernbegreb, selvom der ikke har været tradition for at offentliggøre eventuelle overvejelser herom. Af denne årsag

519. I ÅRL, bilag 1, B, pkt. 4, nr. 5 er kriteriet specificeret således at der skal udøves en bestemmende indflydelse over den anden virksomheds driftsmæssige og finansielle ledelse.

520. Jf. *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 399 f.

er en implicit og uspecificeret inspiration fra selskabsretten ikke tilstrækkeligt til at begrunde fremsættelsen af endda et svagt retskildebestemt kongruenskrav. Problemstillingen skal derfor ikke berøres yderligere.

En variant af denne problemstilling kan siges at udgøre det forhold, at koncernbegrebet er et relationsbegreb, og at dette begreb generelt anvendes i juridiske sammenhænge. Det er ikke muligt generelt at definere, hvad der forstås ved en koncern. Derimod er det som allerede nævnt muligt at fremhæve nogle af de retlige karakteristika, der kendetegner en koncern. Det kan anføres, at en koncern i juridisk henseende traditionelt kendetegnes ved navnlig to egenskaber. *Kernen* i det danske *civilretlige koncernbegreb* kan dog siges at være det faktum, at et eller flere selskaber er underlagt en fælles bestemmende eller økonomisk indflydelse, som afhængig af det berørte retsområde kan grundes i ejerskab, stemmerettigheder, ledelse etc. *Kernen i det skatteretlige koncernbegreb* er snarere konstateringen af et interessefællesskab, hvorfor kontrolaspektet i skatteretlig henseende træder lidt i baggrunden. Disse forskellige kerner ses dog ikke at være uforenelige, og det må antages, at der ikke skabes koordinationsproblemer ved at lægge vægt på forskellige – men beslægtede – forhold indenfor de forskellige retsdiscipliner.

Når der således ikke er tale om anvendelse af civilrettens koncernbegreb i skatteretlig henseende, må anskuelsen være, at der herved ikke er tale om et samspil mellem skatteret og civilret. Et sådant samspil ville derfor alene være udtryk for ønsketænkning, hvorefter civilrettens koncernbegreb anvendtes i skatteretten. Spørgsmålet om fordelagtigheden af en sådan anvendelse er – formentlig med rette – blevet besvaret benægtende i teorien. Således anfører *Paul Krüger Andersen*, at det må have formodningen mod sig, at et og samme koncernbegreb kan være hensigtsmæssigt i alle relationer⁵²¹. Det fremhæves, at det med ét legalt defineret koncernbegreb i selskabslovene ville være naturligt at lade dette begreb være det civilretlige udgangspunkt for koncernregulering også på andre retsområder i det omfang, der ikke på disse områder findes selvstændige begreber⁵²². En sådan begrebsanvendelse har dog i et vist omfang faktisk fundet sted på områder med nær tilknytning til selskabsretten. Forfatteren anfører, at det alt andet lige må gælde, at det

521. Jf. Studier i dansk koncernret, 1997, s. 330 ff og s. 446.

522. Op.cit., s. 333 med henvisning til SOU 1979:46.

i sig selv vil indebære fordele af praktisk art, såfremt samme koncernbegreb kunne anvendes overalt⁵²³. Dette ville lette overskueligheden af retssystemet. Dog påpeges det, at hensynet til overskuelighed må vige, såfremt de problemer, som skal reguleres, ikke alene forekommer inden for ét retsområde, som kan afgrænses med et givet begreb, eller såfremt de hensyn der skal varetages inden for et bestemt retsområde tilsiger, at det givne begreb undergives en speciel fortolkning. På denne baggrund forkastes den fristende holdning, at det selskabsretlige koncernbegreb er grundbegrebet. Det anføres, at det rigtige udgangspunkt snarere må være, at der problemkreds for problemskreds, lov for lov, retsområde for retsområde må vurderes, hvorledes koncernproblemet skal gribes an. Om dette fører til anvendelsen af det samme begreb, må efter forfatterens opfattelse, afhænge af en række faktorer, hvorunder nævnes hensynet til enkelthed, overskuelighed, reguleringens karakter, betydning, sanktioner eller arten af retshåndhævende myndigheder.

Det eneste spørgsmål, der i denne sammenhæng står tilbage, er om man i skatteretten i visse henseender anvender et koncernbegreb, der afviger så meget fra koncernbegrebets almindelige grundelementer, idet interessefællesskabet ikke kan konstateres ved en eventuel ubetydelige forbindelse mellem selskaberne.

Det er ikke oplagt, at der skulle kunne opstå *koordinationsproblemer* mellem skatteretten og civilretten i forbindelse med det juridiske koncernbegreb. Skattemæssige koncernregler kan ikke antages at modarbejde selskabsretlige grundhensyn. Således forekommer det ikke sandsynligt, at skatterettens koncernregler skulle indvirke på de selskabsretlige grundhensyn om kreditor- og minoritetsbeskyttelse, der ligger til grund for selskabsrettens koncernregler eller andre civilretlige grundhensyn.

Den specifikt skatteretlige anvendelse af koncernbegrebet kan der som udgangspunkt ikke rettes juridiske indvendinger imod. Koncernbegrebet refererer ej heller til en specifikt civilretlig terminologi, men derimod til en almindeligt kendt sproglig begrebsdannelse. Der kan således ikke på denne baggrund siges at bestå et koordinationsbehov. Udelukkende visse sproglige forbistringer kan opstå, såfremt den skatteretlige begrebsanvendelse strækker sig ud over, hvad der efter normal sprogbrug kan siges at forstås ved en koncern.

523. Op.cit., s. 334.

Derimod kan skatteretten tænkes at få en vis *afsmittende effekt på civilretten*. Problemstillingen er ikke en afsmitning af det skatteretlige koncernbegreb på civilretten. Snarere er problemstillingen, hvorvidt skatterettens koncernregler, som er begunstigende og bebyrdende, i et eller andet omfang har indvirkning på civilretlige dispositioner eller civilretlige reguleringshensyn. Men henblik på opnåelse af skattemæssige koncernfordele kan således etableres koncernstrukturer, som ellers ikke ud fra andre rent driftsøkonomiske hensyn ville blive etableret⁵²⁴. Ligeledes kan tænkes, at visse koncernforhold opløses eller omstruktureres, med henblik på at undgå visse koncernbebyrdende skatteregler.

På ovenstående baggrund må det konstateres, at det *ikke er muligt at rejse et retskildebestemt kongruenskrav*. Tilsvarende fremstår det tydeligt, at der *ikke er dannet grundlag for at konstatere et koordinationsbestemt kongruensbehov*. Navnlig tre forhold afføder denne konklusion: (1) civilrettens koncernbegreb anvendes ikke i skatteretlige sammenhænge, (2) koncernbegrebet er et relationsbegreb, og (3) koncernstatueringen sigter ikke mod at varetage de samme hensyn i civilretten og i skatteretten, hvormed der ikke er meningssammenhæng forbundet med et krav om ensartet begrebsanvendelse. Samlet må det derfor konstateres, at selve koncernbegrebet ikke afføder sådanne samspilsproblemer, der egner sig til nærmere analyser baseret på afhandlingens analyseapparat.

Den detaljerede behandling af koncernbegrebet er begrundet i det forhold, at afhandlingen tillige tilsigter at analysere og beskrive den retlige regulering af givne forhold fra såvel en skatteretlig som en civilretlig synsvinkel. Denne målsætning gælder dog udelukkende, når der henses til den særlige betydning koncernbegrebets nærmere karakter og udformning har for det følgende afsnit om koncernforetagenders retlige behandling i civilretten og skatteretten. Sidstnævnte problemstilling aktualiserer nemlig i højere udstrækning samspil mellem skatteretten og civilretten.

524. Et eksempel herpå er, at udenlandske investorer går sammen om at etablere et kapital-selskab, som herefter ejer mere end 20% af kapitalen i et dansk selskab, hvorved dansk udbyttekildeskat kan undgås. Herved rejses et internt skatteretligt spørgsmål om anerkendelse af sådanne dispositioner. Retspolitisk burde alle handlingsalternativer være skattemæssigt neutrale. Om sådanne konstruktioner rejser civilretlige problemer er en anden sag.

12.2.4. Skatterettens koncernbegreb

12.2.4.1. Alment

Skatterettens koncernbegreb er ikke overtaget fra civilretten. Trods dette klare skatteretlige udgangspunkt har der indtil LV 2000 S.I.1.1. været angivet en koncerndefinition, der svarede til civilrettens koncerndefinition⁵²⁵. Denne definition, der er udgået med LV 2001, svarer i hovedtræk til den ovenfor angivne civilretlige koncerndefinition. Læsere af ligningsvejledningen skulle imidlertid ikke lade sig forvirre heraf. Definitionen fungerede tilsyneladende blot som en almindelig definition til ligningsvejledningens koncernafsnit, hvoraf der ikke kunne udledes forskellige skatteretlige retsvirkninger⁵²⁶. Af denne årsag er den specifikke koncernangivelse ikke udtryk for en generelt accepteret skatteretlig anvendelse af civilrettens koncernbegreb, hvorfor det generelt må fastholdes, at skatterettens koncernbegreb er uafhængigt af civilrettens koncernbegreb⁵²⁷. Ud over at afvige fra civilrettens koncernbegreb varierer det skatteretlige koncernbegreb også internt i skatteretten med forskelligt indhold i forskellige situationer, og endda med op til flere begreber indenfor én og samme lov. Det skatteretlige koncernbegreb udgør dermed også i sig selv et *relationsbegreb*⁵²⁸.

De forskellige skatteretlige koncernbegreber er kommet til successivt og uafhængigt af civilretten og den øvrige skatteretlige normering. I

-
525. Det anførtes således at, »... Hvis et selskab besidder flertallet af de stemmeberettigede aktier i et eller flere andre selskaber, udgør selskaberne til sammen en koncern. Det samme gælder, hvis moderselskabet sammen med et datterselskab gennem aktiebesiddelse eller på anden måde behersker et andet selskab ...«.
526. Det anførtes således også i LV 2000 S.I.1., at de skatteretlige spørgsmål der vedrører koncernforhold, ikke er begrænset til de af nævnte definition omfattede situationer, men også omfatter forholdet mellem flere selskaber, som beherskes af den samme person eller personkreds.
527. Når Jan Pedersen i Skatteretten 2, 2004, s. 375, anfører, at koncernbegrebet i skatteretlig sammenhæng må dannes med udgangspunkt i det selskabsretlige koncernbegreb, må der herved sigtes til lovkonciperingsarbejdet og altså ikke fortolkningen af det skatteretlige koncernbegreb. Som en kuriositet kan det anføres, at det Konservative Folkeparti under behandlingen af et lovforslag om indførelse af en koncernbidragsordning i dansk skatteret, jf. L 68 af 23.11. 1982 i FT 1982/83 A, sp. 1409, svævede i vildfarelse, idet partiet ikke kunne tilslutte sig forslaget grundet det forhold, at dette ville medføre to forskellige koncernbegreber i hhv. selskabsretten og selskabsskatteretten, jf. FT 1982/83 sp. 3201.
528. Jf. om det skatteretlige koncernbegreb Steen Askholt i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 757 ff, Jan Pedersen i Skatteretten 2, 2004, s. 374 ff, Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 319 ff, samme i Koncernretten, 1996, s. 176 ff, og samme i J 1990, s. 114 ff (125 ff), Susanne Pedersen: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 4 f, samt Jakob Bundgaard: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1998, s. 37 f.

den skatteretlige teori har det ikke været gjort gældende, at der burde foretages en begrebsmæssig koordination mellem de skatteretlige og de civilretlige koncernbegreb. Før introduktionen af det selskabsretlige koncernbegreb i 1973 er en sådan sammenhæng uomtalt. Men hvad angår perioden herefter, har det været anført, at det ville være nærliggende at anvende koncernbegrebet i skatteretten på samme vis som i selskabsretten⁵²⁹.

Årsagen til koncernbegrebets relationelle karakter (funktionelle karakter eller ad hoc karakter) er, at koncernbegrebet skal tjene forskellige formål, og derfor nødvendigvis må formuleres i overensstemmelse hermed. Særligt kan det antages, at baggrunden er, at de fleste skatteretlige koncernregler er værnsregler (koncernskærpselser), der har til formål at imødegå skatteudnyttelser som følge af det af koncernforbindelsen udspringende interessefællesskab. Afhængigt af hvilken situation reglerne skal værne mod, kan der være forskelle i den grad af interessefællesskab, der er nødvendigt for at undgå en eventuel udnyttelse⁵³⁰. Tilsvarende kan det anføres, at den koncernbegunstigende lovgivning sigter mod at imødegå nogle uhensigtsmæssigheder, og at disse kan opstå ved forskellige grader af koncernintegration. En anden mere pragmatisk vurdering er den, at koncernskatteretten aldrig er undergivet

529. Jf. *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 426 med henvisning til tidligere *svenske forarbejder*, jf. SOU 1977:86, s. 282, og SOU 1979:46, s. 51 ff og 86 f. I senere offentlige tilkendegivelser er synspunktet dog forladt, således at en samordning ikke længere anbefales, jf. Prop. 1995/96:10, s. 113. I teorien har *Göran Grosskopf* i Festskrift til Kurt Grönfors, 1991, s. 219, fremhævet, at der i svensk skatteret findes tre forskellige koncernbegreber, hvoraf de to er specifikt skatteretlige begreber mens det sidste referer direkte til det selskabsretlige begreb. Forfatteren anfører, at sidstnævnte fortolkes i overensstemmelse med begrebets civilretlige indhold. Det diskuteres, hvorvidt en udvidelse af det civilretlige begreb automatisk skal overføres til også at gælde på skatterettens område og dermed om det begreb som indførtes i skatteretten hermed får et nyt indhold. Forfatteren finder, at spørgsmålet i mangel af afklarende retspraksis herom er svært at besvare. Det konkluderes imidlertid, at skatteretten tvinges til at følge den civilretlige retsudvikling, såfremt skatteretten skal bygge på civilretten. Såfremt et begreb tildeles et ændret civilretligt indhold, skal begrebet i skatteretlig henseende ændres i overensstemmelse hermed. Såfremt skatteretten ikke vil acceptere en sådan følsomhed, må dette efter forfatterens opfattelse komme til udtryk gennem en lovændring. Den skatteretlige regel må således helt enkelt tilpasse sig det indhold som civilretten har tildelt det omhandlede udtryk. I *tysk ret* findes der ikke et selvstændigt skatteretligt koncernbegreb, jf. *Harald Schaumburg* i *Steuerrechts – und steuerorientierte Gestaltungen im Konzern*, Kölner Konzernrechtstage, Harald Schaumburg (red.), 1998, s. 3. Af denne årsag er rækkevidden af tysk koncernskatteret i vidt omfang styret af det selskabsretlige koncernbegreb.

530. Sml. *Susanne Pedersen*: Sambeskatning i koncernforhold, 1995, s. 4.

nogen sammenhængende analyse, ligesom de konkrete koncerndefinitioner fremkommer på baggrund af politiske kompromisser af mere eller mindre tilfældig karakter.

12.2.4.2. Koncernbegrebets varianter

I det følgende redegøres der for det skatteretlige koncernbegrebs væsentligste varianter⁵³¹. En sådan beskrivelse kan inddeles efter, i hvilken lov disse fremkommer eller efter kravet til økonomisk integration i koncernerne. Sidstnævnte fremstillingsmetode benyttes i det følgende.

A) Strengt formaliseret koncernbegreb – kriteriet om ejerskab

Et ikke specificeret ejerskabskrav fremkommer i SEL § 13, stk. 1, nr. 3, hvorefter børsnoterede investeringsaktieselskaber, uafhængigt af ejerandelen, opnår skattefrihed fra udbytter fra porteføljeselskaberne. Det er dog en betingelse herfor, at de udbytteudloddende selskaber er hjemmehørende i Danmark og er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, at det udbyttemodtagende selskab er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, er børsnoteret og dets formål og faktiske virke udelukkende er at eje og administrere aktier i andre selskaber, samt at selskabet ifølge sine vedtægter er forpligtet til at udlodde de indtjente udbytter. Der er dog ikke tale om en egentlig koncernregel.

Det mindste konkretiserede ejerskabskrav i dansk koncernskatteret findes i den udvidede hæftelsesregel i SEL § 33 A, indsat til modvirkning af selskabstømning. Bestemmelsen forudsætter et køb af et overskudsselskab. Efter reglen i bestemmelsens stk. 2, hæfter tidligere selskabsaktionærer, som afhænder selskaber til en overpris for betalingen af skatter og afgifter, der påhviler selskabet som en aktuel eller latent forpligtelse på overdragelsestidspunktet. Bestemmelsen finder kun anvendelse, når overdragelsen vedrører kapitalandele i koncernforbundne selskaber som defineret ved henvisning til KGL § 4, stk. 2, dog således at der ved en *ejerandel på 10%* af aktiekapitalen i hvert selskab anses at foreligge koncernforbundne selskaber.

Den skattemæssige behandling af datterselskabsudbytter udgør et centralt element i koncernbeskatningsreglerne, og der stilles heri et strengt formaliseret krav om *mindst 20% ejerskab*. Således foreskriver SEL § 13, stk. 1, nr. 2, at udbytter som visse nærmere opregnede

531. Se en i store træk identisk analyse *Jakob Bundgaard* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 77 ff.

selskaber og foreninger mv.⁵³² modtager af aktier eller andele i selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1 og 2, eller selskaber hjemmehørende i udlandet er skattefrie, såfremt det udbyttemodtagende selskab ejer mindst 20% af aktie- eller andelskapitalen i det udbyttegivende selskab, i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge⁵³³. Det anføres specifikt i SEL § 13, stk. 1, nr. 2, at modtagerselskaber der opfylder ejerskabskravet benævnes »moderselskabet« samt at det udbyttebetalende selskab benævnes »datterselskabet«⁵³⁴. En sådan begrebsanvendelse tilkendegiver, at udbyttereglerne sigter mod koncernforhold. I henhold til SEL § 2, stk. 1, litra c fritages danske datterselskabsudbytter for dansk kildeskat. Det er en forudsætning herfor, at det modtagende selskab (moderselskabet) ejer mindst 20% af aktiekapitalen i det udbyttegivende selskab (datterselskabet) i en sammenhængende periode på mindst et år, inden for hvilken periode udbytteudlodningstidspunktet skal ligge⁵³⁵. Ejerskabskravet må dog siges at indebære et så bredt anvendelsesområde, at det forekommer anstrengt at tale om koncernforbundne selskaber. Den væsentligste adskillelse i forhold til selskabslovenes koncernbegreb er, at koncernstatueringen alene sker på grundlag af kapitalbesiddelse.

Der gælder et tilsvarende ejerskabskrav på mindst 25% i henhold til transparensreglen i LL § 15, stk. 10, hvorefter retten til underskuds-fremførsel i koncernforhold kan påvirkes af, at moderselskabets aktionærkreds ændres. Således gælder det, at såfremt et selskab (moderselskabet) eller en forening (moderforeningen) omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, 2 eller 4, ejer 25% eller derover af aktiekapitalen i et andet selskab (datterselskabet) eller af andelene i en anden forening (datterforeningen), anses aktionærerne i moderselskabet eller deltagerne i moderforeningen som ejere af aktierne i datterselskabet eller andelene i datterforeningen.

Et krav om fuldstændig økonomisk integration findes i SEL § 31, stk.

532. Omfattet er selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1-2 f, 3 a-5 og 5 b.

533. Som følge af en ændring til moder-datterselskabsdirektivet er kravet under gradvis udfasning til 10%.

534. Denne datterselskabsdefinition anses i praksis ikke for at udgøre en generel skatteretlig datterselskabsdefinition. Eksempelvis anses begrebet i LL § 7 A, for at udgøre en henvisning til det selskabsretlige begreb, jf. TfS 2003, 1015 LR.

535. Det er en forudsætning herfor, at datterselskabet er omfattet af begrebet »selskab i et medlemsstat« i artikel 2 i moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF).

1, 2 pkt., om sambeskatning, idet denne bestemmelse med visse modifikationer foreskriver et krav om, at *samtlig*e aktier (100%) i datterselskabet skal ejes af moderselskabet eller et eller flere af de datterselskaber, der inddrages under sambeskatningen. Sambeskatning tillades moder – og datterselskaber som er omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, nr. 2, nr. 2a, Post Danmark, DSB, nr. 2 e, nr. 2 f, nr. 3 a, nr. 4, nr. 5 og nr. 5 b⁵³⁶. Udenlandske datterselskaber, der inddrages under sambeskatningen, skal kunne sidestilles med de nævnte selskabstyper. SEL § 31 udgør en klart koncernbegunstigende regel, som har til formål at side stille datterselskaber og filialer.

B) Kriteriet om »bestemmende indflydelse«

Som et andet begreb anvendes kriteriet om »bestemmende indflydelse«. Dette kriterium er temmelig udbredt i dansk skatteret. Kriteriet skal i det følgende udelukkende behandles i relation til koncerndefinitionen⁵³⁷. I denne forbindelse opstår særligt spørgsmålene om, hvor meget der skal til for at statuere den fornødne bestemmende indflydelse samt, hvorvidt kriteriet skal opfattes ens i alle de forekommende relationer.

Som led i regelforenklingsarbejdet er der sket en væsentlig harmonisering af flere af skattelovgivningens begreber vedrørende afgrænsningen af »bestemmende indflydelse«, »kontrol« og »væsentlig indflydelse«. Denne harmonisering har blandt andet medført, at hvor der i visse lovbestemmelser tidligere anvendtes et kriterium om kontrol, er dette nu erstattet med kriteriet om bestemmende indflydelse.

Harmoniseringsmålsætningen ligger således til grund for lov nr. 458 af 9.6. 2004 (L 126). Om formålet anføres det i bemærkningerne, at man ønsker at skabe en ensartet begrebsanvendelse med hensyn til den indflydelse, som en fysisk person har over en juridisk person, eller en juridisk person har over en anden juridisk person. Loven introducerede to hovedbegreber:

1. *Bestemmende indflydelse*. Herved forstås ejerskab til mere end 50%

536. Sambeskatning tillades på tværs af de nævnte selskabstyper. De vedtagne regler om ændring af sambeskatningsreglerne har ændret koncernbegrebet til at være identisk med det regnskabsretlige begreb, jf. ny SEL § 31C.

537. Kriteriet om bestemmende indflydelse indgår dog også i andre bestemmelser, uden herved at sigte mod koncernforhold, jf. eksempelvis ABL § 11, stk. 3 og KGL § 22, stk. 3. Kriteriet er udgået af LL § 12, stk. 7, og erstattet af »indflydelse, der er egnet til at påvirke de beslutninger, institutionen mv. træffer«.

af kapitalen eller rådighed over mere end 50% af stemmerettighederne i et selskab.

2. *Kontrollerer eller har væsentlig indflydelse.* Herved forstås ejerskab til 25% eller mere af kapitalen eller rådighed over mere end 50% af stemmerettighederne i et selskab.

Målsætningen var herved at skabe en mere konsekvent anvendelse af de to begreber med henblik på at tilgodese skatteydernes retssikkerhed. Det er værd at forudskikke, at selvom der med loven er sket betydelige harmoniseringer, er der fortsat lagt op til konkrete vurderinger på forskellige områder.

I forhold til den tidligere anvendelse af disse begreber er der tale om et bifaldelsesværdigt lovinitiativ. Den tidligere begrebsanvendelse (herunder i forhold til koncerner) var noget mere flydende⁵³⁸.

Den centrale regel, hvori kriteriet om bestemmende indflydelse anvendes, er LL § 2, om armslængdeprincippet og SKL § 3 B, om oplysnings- og dokumentationspligt⁵³⁹. Heraf følger, at der ved »bestemmende indflydelse« forstår ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne. Ved bedømmelsen heraf medregnes aktier og stemmerettigheder, som indehaves af koncernforbundne selskaber, jf. KGL § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv, eller af de nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående mv., eller af fonde eller trusts stiftet af disse. Tilsvarende medregnes ejerandele og stemmerettigheder som indehaves af en person omfattet af KSL § 1, eller et dødsbo omfattet af DSKL § 1, stk. 2, i fællesskab med nærtstående eller i fællesskab med en fond eller trust stiftet af den skattepligtige, eller dennes nærtstående, eller fonde, eller trusts stiftet af disse⁵⁴⁰.

Sideløbende med den internretlige normering af armslængdeprincippet i LL § 2, i dansk ret indeholder de af Danmark indgåede dobbelt-

538. Jf. generelt om dette kriterium *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning, 2000, s. 45 ff, og *Jakob Bundgaard* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 77 ff.

539. Der henvises til LL § 2 i SEL § 11 om tynd kapitalisering.

540. Som nærtstående anses den skattepligtiges ægtefælle, forældre og bedsteforældre samt børn og børnebørn og disses ægtefæller eller dødsboer efter de nævnte personer med oprindelige slægtskabsforhold.

beskatningsoverenskomster en bestemmelse herom ad modum artikel 9 i OECD's modeloverenskomst⁵⁴¹. Det er en betingelse for at anvende art. 9, at der er tale om »associated enterprises«. Kommentarerne til bestemmelsen er overfladiske, men det kan fastlægges, at bestemmelsen finder anvendelse for nærmere forbundne juridiske personer, der udfører en vis erhvervsmæssig aktivitet. Artikel 9 omfatter således indbyrdes forbundne foretagender, hvilket kan være moder- og datterselskaber og selskaber under fælles kontrol. En række problemer relaterer sig dog til spørgsmålet om hvornår en given grad af kontrol medfører indbyrdes forbundethed. Begrebet »associated enterprises«, som angivet i overskriften til artikel 9, er utvivlsomt tillagt en bred betydning, og ikke alene defineret som kontrol, men henviser ligeledes til, om der foreligger direkte eller indirekte deltagelse i ledelse, kontrol og kapital i et foretagende i den anden stat, eller om de samme personer deltager i begge foretagender. Det må altså antages, at kontrolkravet her er videre end mange andre skatteretlige koncernbegreber. I visse lande finder de internretlige transfer pricing regler anvendelse ved transaktioner mellem ikke-forbundne parter, herunder i situationer hvor der foreligger konkrete interessefællesskaber vedrørende en enkeltstående transaktion. Sådanne situationer er antageligvis ikke omfattet af artikel 9, idet bestemmelsen formentlig forudsætter en kontinuerlig forbindelse⁵⁴². Artikel 9 skaber uklarhed derved, at fortolkningen af bestemmelsen vedrørende fortolkning og afklaring afhænger af intern ret i anvendelsesstaten eller af konteksten. Dette fremgår ved, at kontrolbegrebet i artikel 9 er et uafklaret begreb, der efter artikel 3, stk. 2 i OECD's modeloverenskomst må fortolkes efter intern ret i anvendelsesstaten, såfremt andet ikke følger af konteksten⁵⁴³.

SEL § 10, stk. 3 normerer en *tvungen omlægning af indkomstår*, i tilfælde, hvor en person, et selskab, en forening mv. eller en kreds af

541. Kort skitseret indebærer OECD MDBO artikel 9, stk. 1, at den fortjeneste, som et foretagende har realiseret gennem forretninger med et associeret foretagende, kan forhøjes til det niveau som vil fremkomme hvis de to foretagende havde været uafhængige og handlet til armslængde priser undergivet almindelige markedsmæssige vilkår. Artikel 9, stk. 2, forudsætter herefter, at der foretages korresponderende regulering, hvis den samme indkomst bliver underkastet dobbeltbeskatning som følge af ovenstående.

542. Jf. herom *Carmine Rotondaro* i *International Transfer Pricing Journal*, 2000, s. 2 ff (s. 7).

543. Jf. om denne problemstilling *Carmine Rotondaro* i *International Transfer Pricing Journal* 2000, s. 166 ff.

personer, selskaber og foreninger mv., på grund af aktiebesiddelse⁵⁴⁴, vedtægtsbestemmelse, aftale eller fælles ledelse udøver en *bestemmende indflydelse* over et selskab eller en forening mv. samt at indflydelsen er forbundet med en *væsentlig interesse i det pågældende selskabs driftsresultat*. Omlægningen sker således, at indkomståret bliver sammenfaldende med kontrolkredsens indkomstår⁵⁴⁵. Moderselskaberne kan i henhold til SEL § 10, stk. 3 udgøre ikke blot aktie- og anpartsselskaber, men også fonde, foreninger mv. Bestemmelsens moderselskabsbegreb rækker således meget vidt, og ved anvendelse af kriteriet om »bestemmende indflydelse« i sammenhæng med kriteriet om »væsentlig interesse i datterselskabets driftsresultat« ligger selve koncerndefinitionen meget tæt op ad den tidligere definition i selskabslovene af 1973⁵⁴⁶. Datterselskaberne kan i henhold til bestemmelsen udgøre selskaber og foreninger mv. Det må antages, at der herved henvises til de skattesubjekter, der er omfattet af selskabsskatteloven eller sådanne subjekter, der kan si-destilles hermed. Det er ikke nærmere defineret, hvorledes begrebet »bestemmende indflydelse« skal fastlægges. Forarbejderne til selskabsskattelovens specificerer ej heller nærmere kravet⁵⁴⁷. Det antages i teorien, at kravene ikke er store⁵⁴⁸. Kravet specificeres dog ej heller i teorien.

544. Bestemmende indflydelse på grund af aktiebesiddelse foreligger altid, såfremt en person, en forening mv. eller en kreds af personer, selskaber og foreninger mv. på grund af ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen eller råder over mere end 50% af stemmerne i selskabet, jf. SEL § 10, stk. 3, 2. pkt. Denne præcisering udspringer af harmoniseringsarbejdet og skal forstås som en tydeliggørelse af, hvornår der altid vil foreligge bestemmende indflydelse. Hermed er det efter bestemmelsens forarbejder dog ikke givet, at der ikke også i andre tilfælde, hvor der besiddes lavere ejerandele kan foreligge en indflydelse, som bevirker at der er tale om bestemmende indflydelse. Der er således ikke tale om en *safe harbour*. Kriteriet synes snarere at være et *de facto* begreb.

545. Baggrunden for reglen antages at være *kontrolhensynet*, idet det kan være vanskeligt for skattemyndighederne at danne sig et korrekt billede af indtjeningsforholdene, hvis der består de anførte tætte økonomiske forbindelser mellem selskaber mv. og de angivne personer, kredse af personer og selskaber m.fl. Kontrolhensynet angives i FT 1959/60 A, sp. 1056.

546. Jf. herved Erik Werlauff i J 1991, s. 126, og Paul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 428. Idet det anvendte koncernbegreb blev indført med selskabsskatteloven i 1960 må man umiddelbart forkaste den tanke, at begrebet skulle være inspireret af selskabslovenes koncernbegreb som blev introduceret i 1973.

547. Jf. FT 1959/60 A, sp. 1056.

548. Jf. J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 217. Forfatteren antager at omlægning eksempelvis kan påbydes, hvis der består en sådant økonomisk fællesskab mellem selskabet og hovedaktionærens personlige virksomhed, at omlægningen af kontrolmæssige grunde er hensigtsmæssig. Derimod anføres det, at

Del IV – Konfrontation

I AFL § 40, stk. 5 om tvungen nedsættelse af afskrivningsgrundlag for goodwill anvendes kriteriet om bestemmende indflydelse tillige. Bestemmende indflydelse defineres i bestemmelsens 2. og 3. pkt. Heraf fremgår, at der for så vidt angår aktiebesiddelse, er tale om ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder, således at der direkte eller indirekte ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller rådes over mere end 50% af stemmerne. I øvrige tilfælde foreligger der bestemmende indflydelse ved ejerskab, såfremt der direkte eller indirekte ejes mere end 50% i ejerandel.⁵⁴⁹

I henhold til AFL § 25, stk. 7, kan der ikke foretages afskrivning på udgifter til anskaffelse og forbedring af bygninger på lejet grund samt fast ejendom, hvorpå der hviler en nedlæggelses- eller en nedrivningsklausul. Betingelsen for denne begrænsning er, at der som følge af, at den ene part har *bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde*, ikke består en reel risiko for opsigelse. Tilsvarende følger af AFL § 39, stk. 2, hvorefter der ikke kan foretages afskrivning på udgifter til ombygningsudgifter i lejede lokaler, såfremt den ene part har en *bestemmende indflydelse på den anden parts handlemåde*, og der derved ikke består en reel risiko for opsigelse. Bemærkningerne til bestemmelserne angiver, at disse særligt sigter mod tilfælde, hvor der består en nær økonomisk forbindelse mellem ejer og lejer⁵⁵⁰.

I begge bestemmelser er indsat følgende: »*Bestemmende indflydelse vil altid foreligge, såfremt en eller flere personer på grund af ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder direkte eller indirekte ejes mere end 50% af aktiekapitalen eller råder over mere end 50% af stemmerne i et selskab, der er part i lejemålet. I øvrige tilfælde foreligger der bestemmende indflydelse, såfremt der direkte eller indirekte ejes mere end 50% i ejerandel*«. Hermed angives et sikkert anvendelsesområde, hvor der ikke vil være tvivl om, at der foreligger bestemmende indflydelse. Herudover er det fortsat muligt, at der i andre tilfælde også vil kunne foreligge bestemmende indflydelse. Dette beror på en konkret vurdering af, om der foreligger en risiko for opsigelse af lejemålet i de enkelte sager.

Yderligere afklaring gives ikke, og bemærkningerne til begge be-

der ikke vil være mulighed for et omlægningspåbud, hvis der ikke består en sådan sammenhæng, eller hvis hovedaktionæren alene som lønmodtager har øvrige økonomiske relationer til selskabet.

549. Kriteriet anvendes i præcis samme udformning i AFL § 21, stk. 5, om nægtelse af tabsfradrag ved salg fra sælgere med bestemmende indflydelse.

550. Jf. bilag 1 til forslag nr. L 102, 1998, ad § 25 og § 39.

stemmelser fremhæver et eksempel, hvor der foreligger et aktionærforhold. Derimod er det udelukkende i relation til AFL § 39, stk. 2, at familieforhold og lignende fremhæves som omfattet af reglen. Idet de to enslydende begreber i samme lov må fortolkes ens, kan det hermed antages, at også andre former for indflydelse end aktieejerskab i er omfattet, herunder stemmerettigheder, vedtægtsbestemmelser og aftale⁵⁵¹. Det er dog ikke muligt at fremdrage kravene til moder- henholdsvis datterselskaberne i henhold til disse bestemmelser. Det er endvidere ikke muligt, på baggrund af praksis at konkretisere kriteriet om »bestemmende indflydelse«. Offentliggjort praksis om kriteriet vedrørende »bestemmende indflydelse« har primært fokuseret på, hvor stor en procentdel af aktiekapitalen der besiddes⁵⁵². Med henvisning til den tidligere ABL § 4 kunne det anføres, at der snarere skal foretages en konkret vurdering, som også foreskrevet i bemærkningerne hertil⁵⁵³. Herefter bør det ikke være afgørende, om ejerskabet udgør mere eller mindre end 50% af kapitalen i selskabet, men snarere, hvorvidt »moderselskabet« i kraft af sin ejerandel i realiteten er i stand til at udøve en bestemmende indflydelse i selskabet.

Begrebet »bestemmende indflydelse« er ikke identisk med begrebet »væsentlig indflydelse«. Det vil næppe være afgørende for afgrænsningen af »bestemmende indflydelse« at foretage en sammenligning med selskabsrettens koncerndefinitioner⁵⁵⁴.

C) Kriteriet om »kontrol«

Flere steder i koncernskatteretten anvendes et kontrolkriterium. Der kan næppe siges at findes et generelt kontrolkriterium i skatteretten.

CFC-beskatning udløses i henhold til SEL § 32, såfremt et selskab eller en forening mv. som nævnt i SEL § 1 *kontrollerer eller har væsentlig indflydelse* på et udenlandsk selskab eller en udenlandsk forening mv.

551. Cf. *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 45 med note 36, der antager, at disse bestemmelser udelukkende retter sig mod bestemmende indflydelse i form af aktiebesiddelse.

552. Jf. herom *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 46 ff med henvisning til TfS 1984, 575 LR, TfS 1987, 53 LR, TfS 1990, 470 LR, TfS 1992, 523 LR, TfS 1995, 666 LSR samt TfS 1996, 454 H. *P. International A/S*. Denne praksis vedrører dog med undtagelse af sidstnævnte, afgrænsningen af værnaktionærer i henhold til den tidligere ABL § 4, stk. 3.

553. Jf. Lovforslag L 140, FT 1980/81, tillæg A, sp. 3335.

554. Jf. udtalelsen fra FSR's skatteudvalg i SR-Skat 1991, s. 178. Udvalget forholder sig dog ikke afvisende over for den tanke, at man kan lade sig inspirere.

(datterselskabet)⁵⁵⁵. I henhold til SEL § 32, stk. 6, anses moderselskabet⁵⁵⁶ for at *kontrollere eller have væsentlig indflydelse* på datterselskabet, hvis det *direkte eller indirekte ejer* mindst 25% af aktiekapitalen i datterselskabet eller *direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne* i datterselskabet. En tekstnær fortolkning heraf synes at kunne indebære, at begrebet »kontrol« henviser til 25%-s-kriteriet vedrørende ejerskab, mens »bestemmende indflydelse« henviser til 50%-s-kriteriet vedrørende stemmerettigheder (altså ejerskab mellem 25% og 49%). En afklaring heraf kan vise sig at få stor betydning i sådanne situationer, hvor kontrolterminologien anvendes uden nærmere angivelser af forståelsen heraf⁵⁵⁷. Spørgsmålet er nærmere, om der kan siges at findes et generelt skatteretligt kontrolbegreb, eller om dette som koncernbegreb i almindelighed er relationsafhængigt. Fra lovfæstelsen benyttedes i SEL § 32, udelukkende et kontrolkriterium forstået som et toleddet 50%-s krav. I 1998 ændredes dette med lov nr. 1026 af 23.12. 1998 (L 53). Herefter gjaldt der et 25%-s krav vedrørende ejerskab samtidig med, at begrebet »bestemmende indflydelse« blev tilføjet ordlyden af SEL § 32, stk. 1. Der er ikke holdepunkter i bemærkningerne til at antage, at lovgiver hermed har villet bevare et generelt kontrolkriterium, selvom det er vanskeligt at se anden forklaring på den ændrede ordlyd. Dog må det mod eksistensen af et sådant generelt kontrolkriterium anføres, at opregningen i SEL § 32, stk. 1, er foretaget i omvendt rækkefølge i forhold til en naturlig opremsning, og at de kontrolmodifikationer, der blandt andet fandtes tidligere i LL § 2 og SKL § 3 B, ikke havde været nødvendige, såfremt det fulgte allerede af et generelt kontrolkriterium, at der ikke herved kunne være tale om ejerskab på mindre end 50%⁵⁵⁸. Konklusionen er derfor, at også kontrolkriteriet må antages at være relationsafhængigt.

555. Det er dog en forudsætning herfor, at bestemmelsens øvrige kriterier om lav beskatning og finansiell karakter er opfyldt. Se LL § 16 H, stk. 2 for en tilsvarende anvendelse af kontrolbegrebet ved CFC-beskatning for fysiske personer. Der henvises til kontrolkravet i SEL § 32 i FBL § 3 A om indskudsafgift i fonde og trusts.

556. Det anføres ikke i loven, hvilket selskab der herved er tale om, men der er ikke tvivl om at der sigtes til det kontrollerende selskab. Det er dog af systematiske hensyn kritisabelt at det ikke angives hvilket selskab der anses for et være moderselskaber på samme måde som det angives hvilket selskab der udgør datterselskabet.

557. Problemet opstår eksempelvis ved fortolkningen af genbeskatningsreglen i LL § 33 E, stk. 3.

558. Således hed det i LL § 2, stk. 2, at der ved »... kontrol forstås ejerskab eller rådighed over stemmerettigheder som nævnt i § 32, stk. 1, 2. og 3. pkt.,[...] ... dog således, at der direkte eller indirekte skal rådes over mere end 50% af aktiekapitalen ...«.

Ved bedømmelsen af, om moderselskabet anses for at kontrollere datterselskabet, medregnes aktier og stemmerettigheder som ejes af koncernforbundne selskaber, jf. KGL § 4, stk. 2, af personlige aktionærer og deres nærtstående, jf. LL § 16 H, stk. 2, eller af en fond eller trust stiftet af moderselskabet selv eller af den nævnte koncernforbundne selskaber, nærtstående mv. eller af fonde eller trusts stiftet af disse. I kraft af henvisningen i SEL § 32 til LL § 16 H, stk. 2, er det kun aktie- og stemmerettigheder fra personlige aktionærer, som alene eller i fællesskab med de nævnte personer og fonde mv. der skal medregnes ved afgørelsen af kontrolkriteriet⁵⁵⁹. Der sker herved altså en identifikation med nærtstående. Med ordet »indirekte« er det angivet, at aktieandele og stemmerettigheder ejet gennem danske eller udenlandske selskaber mv. også indgår ved vurderingen af, om kontrolkravet er opfyldt.

Et *moderselskab* anses således for at kontrollere et datterselskab, såfremt moderselskabet direkte eller indirekte ejer 25% af aktiekapitalen i det pågældende udenlandske datterselskab. Ligeledes er kontrolbetingelsen opfyldt, selvom det ikke er det udenlandske moderselskab selv, der ejer kapitalandelen eller råder over stemmerettighederne, jf. SEL § 32, stk. 1, 2.-3. pkt. Også koncernforhold, hvor der er indskudt et eller flere selskaber mellem moderselskabet og datterselskabet, vil kunne opfylde kontrolbetingelsen.

Der sondres som nævnt mellem kontrol på baggrund af stemmer og kontrol på baggrund af aktiebesiddelse. Denne sondring er fastlagt fra administrativ side, og fremgår ikke af hverken SEL § 32 eller LL § 16 H, men er første gang dukket op i Cirk. nr. 82 af 29. maj 1997, om international beskatning, pkt. 7.2.2.1. og 7.2.2.2., samt nu i LV 2005 S.I.2.2. vedrørende transfer pricing⁵⁶⁰.

559. Det skal bemærkes, at LL § 16 H, tillige benytter kriteriet om »væsentlig indflydelse«, dog uden at der gives nærmere retningslinier om forståelsen heraf.

560. Jf. herom *Malene Kerzel*: Hovedaktionærdispositioner – i skatteretlig belysning, 2000, s. 50 med note 48. Forfatteren finder, at der kan være anledning til at kritisere denne sondring, idet det forekommer vanskeligt forståeligt hvad der ligger til grund herfor. Det fremhæves, at den anførte sondring ikke fremgår bemærkningerne til SEL § 32, eller bemærkningerne til ændringsforslaget hertil. Forfatteren analyserer, s. 53, om der i givet fald kan antages at eksistere en selskabsretlig begrundelse for sondringen. Idet ASL § 49, stk. 2, jf. § 77, foreskriver at bestyrelsen vælges af generalforsamlingen med simpelt stemmeflertal, må det selskabsretligt være afgørende for kontrollen, over de daglige driftsrelaterede beslutninger, hvor stor en procentdel af stemmerne der besiddes, hvorfor der efter forfatterens opfattelse ikke kan antages, at eksistere en selskabsretlig begrundelse for sondringen. Yderligere findes det, at sondringen kan lede til

D) Skatterettens egentlige koncerndefinition – KGL § 4, stk. 2?

Som det allerede er fremgået, forekommer det flere steder i skattelovgivningen, at der henvises til principperne i KGL § 4, stk. 2, for definitionen af, hvad der udgør en koncern i den specifikke skatteretlige situation⁵⁶¹. Dette er der ikke noget bemærkelsesværdigt i. Derimod er der anledning til at kritisere lovkonciperingsteknikken, når den forekommer i forbindelse med fastlæggelsen af, hvad der forstås med en koncern i specifikke koncernskatteretlige bestemmelser. Det forekommer klart, at der med kontrolkriteriet også er tale om en skatteretlig koncerndefinition. Flere steder i skattelovgivningen fremgår der da som nævnt også en brug af koncernterminologi, herunder ved brug af moder- og datterselskabsbegrebet uden at der herved udelukkende tilsigtes en henvisning til principperne i KGL § 4, stk. 2⁵⁶². Det må således konstateres, at der ikke med KGL § 4, stk. 2 er tale om skatterettens egentlige koncerndefinition. Dog kan der med rette stilles det spørgsmål, om principperne i KGL § 4, stk. 2 bliver afgørende i tilfælde, hvor der i en given lovbestemmelse omtales koncernforbundne virksomheder eller selskaber uden nogen nærmere afklaring heraf, hverken i forbindelse eller andetsteds⁵⁶³. Et sådan udefineret koncernbegreb kan

uhensigtsmæssige resultater idet en kontrolkonstatering på baggrund af såvel direkte som indirekte kontrol formentlig er baseret på den opfattelse, at indirekte aktiebesiddelse medfører en form for instruktionsbeføjelse overfor det selskab for hvilket den indirekte besiddelse medregnes. Endelig finder forfatteren, at det i det hele taget kan diskuteres om kontrol skal baseres på baggrund af aktiebesiddelse. Det konkluderes, at sondringen må antages, at være begrundet i nogle hensyn, der relaterer sig til det særlige regelsæt om CFC-beskatning, men at det imidlertid ikke forekommer velbegrundet at opretholde sondringen i forbindelse med afgrænsningen af kontrollerede transaktioner i relation til LL § 2, da korrektionsadgangen derved vil komme til at omfatte transaktioner mellem parter, der reelt ikke har nogen mulighed for at påvirke priser og vilkår. Således hedder det, s. 54, at »... Afgørende i denne sammenhæng er ikke at fastslå, hvornår det ene selskab kan gennemtvunge beslutninger relateret til den daglige drift i det andet selskab, men i stedet, hvornår der foreligger en så udpræget grad af samhørighed og dermed interessefællesskab mellem selskaberne, at et krav om tvungen sambeskatning forekommer berettiget ...«. Tilsvarende betragtninger må selvsagt kunne gøres i relation til SEL § 11, selvom konstateringen af modsætningen i disse forhold formentlig også kunne kritiseres. Forfatteren konstaterer, at den mest rigtige fremgangsmåde derfor må være, at der ikke foretages en sondring mellem stemmebesiddelse og aktiebesiddelse, men at der i stedet i alle situationer lægges afgørende vægt på, om det pågældende selskab mv. som følge af aktie- eller stemmebesiddelse har mulighed for at påvirke de beslutninger, der træffes i debitorselskab.

561. Se eksempelvis SEL § 1, stk. 2.

562. Der kan eksempelvis henvises til SEL § 11 A, om Captive Insurance Companies, hvor der i det hele henvises til LL § 2 for den relevante koncerndefinition.

563. Dette er tilfældet med KSL § 48 E, stk. 3, jf. herom lov nr. 913, af 16.12. 1999 (L 89).

efter formentlig bedst forstås i overensstemmelse med principperne i KGL § 4, stk. 2, idet det er almindeligt forekommende, at der med koncernforbundne selskaber forstås en henvisning til disse principper men ikke til andre af koncernbegrebets varianter⁵⁶⁴.

I KGL § 4, stk. 2 defineres koncernforbundne selskaber som (1) selskaber og foreninger mv., hvor *samme aktionærkreds direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert selskab*, (2) selskaber og foreninger mv., hvor *samme aktionærkreds direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab*, (3) en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte ejer mere end 50% af aktiekapitalen i hvert selskab, eller (4) en fond og selskaber, hvori fonden direkte eller indirekte råder over mere end 50% af stemmerne i hvert selskab. Tilsvarende følger af KGL § 4, stk. 2, at aktionærer som nævnt i aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 3, ved bedømmelsen af aktionærkredsen anses som én og samme aktionær.

Der er ikke indeholdt nogen definition af, hvad der ligger i begrebet »*samme aktionærkreds*«. Formentlig skal kriteriet dog forstås således, at blot en hvilken som helst gruppe (dog ikke nødvendigvis en flerhed) af personer, selskaber eller fonde ejer mere end 50% af aktierne i de to selskaber eller råder over mere end 50% af stemmerne, er de to selskaber koncernforbundne efter KGL § 4 stk. 2, uanset om ejerforholdene inden for kredsen kan være forskellige⁵⁶⁵.

Ved en aktionærs indirekte ejerskab forstås ejerskab via andre selskaber mv., hvori aktionæren ejer mere end 50% af »aktiekapitalen«.⁵⁶⁶ Det må antages, at det afgørende er, om vedkommende ejer aktier, der svarer til 50% af aktiekapitalen i det andet selskab.

Som det ses, udgør stemmebesiddelse og aktieejerskab de centrale koncernstatueringsparametre i KGL § 4, stk. 2. Ved opgørelsen af stemmeandele ses efter bestemmelsen bort fra stemmer, som alene er opnået ved stemmeretsoverdragelse i forbindelse med erhvervet sikkerhed i aktier. Sidstnævnte regel blev indsat i 1985-kursgevinstloven i 1992, for

564. Denne fortolkning er f.s.v.a. KSL § 48 E tilsyneladende i modstrid med den opfattelse der praktiseres hos skattemyndighederne, hvor der efter sigende opereres med et ejerskabskriterium på 20%.

565. Jf. herom Kursgevinstloven med kommentarer af *Anders Oreby Hansen, Jan Børjesson & Henrik Peytz*, 2004, s. 128, men anderledes *Gitte Skouby, Jytte Hjort & Peter Nellemann*: Kursgevinstloven – en lovkommentar, 2000, s. 55. Standpunktet må opretholdes når der henses til formålet med KGL § 4, og den direkte ordlyd af bestemmelsens stk. 2.

566. Jf. FT 1991/92 A, sp. 5487, ad 1985-kursgevinstlovens § 6 B.

ikke at forringe selskabers mulighed for at sikre sig ved pant eller anden sikkerhed i aktier.⁵⁶⁷ Som det fremgår, indebærer begrebet, at der foreligger et koncernforhold ved fælles beherskelse (de jure ikke de facto) af mere end 50% af selskabers kapital eller stemmer. Koncernbegrebet i KGL § 4, stk. 2, er betydeligt videre, end hvad der følger af selskabsretten og en almindelig koncernopfattelse⁵⁶⁸.

Koncernforbindelse foreligger fortsat i situationer, hvor der trods aftale om afhændelse af en del af aktierne ikke føres bevis for, at aktierne faktisk er afhændet, for eksempel ved aftalens underskrift og betalingens gennemførelse.⁵⁶⁹

12.2.4.3. Sammenfatning

Det er fremgået, at skatterettens koncernbegreb adskiller sig markant fra civilrettens koncernbegreb, og at der ikke kan konstateres nogen sammenhæng mellem skatterettens og civilrettens koncernbegreber. En sådan koordination er dog ej heller tilstræbt. Koncernskatteretten omfatter sædvanligvis en bredere kreds af koncernforhold end tilfældet er i den selskabsretlige koncernret. Der fokuseres i skatteretten snarere på interessefællesskab end på egentlig dominans i forbindelse med koncernstatueringen. Vægten i den skatteretlige koncernbeskrivelse har ikke ligget på at nå frem til en samlet dækkende koncerndefinition. Derimod har man i skatteretten erkendt det forhold, at koncerner kan medføre skatteretlige problemer og følgelig søgt at løse disse problemer indenfor grænserne af skatterettens almindelige underdiscipliner. I skatteretten anvendes moder- og datterselskabsbegrebet uden herved at henvise til civilrettens definition af samme. Det er ikke fastsat på ensartet vis, hvilke selskaber der kan udgøre moder- og datterselskaber. Dette forhold gælder dog som beskrevet også internt i selskabsretten og regnskabsretten. Skatterettens koncernbegreb er ikke altid konsistent, idet koncernforholdet i skatteretlig henseende kan statueres allerede ved 10% ejerskab i visse relationer, mens det i andre situationer kræver

567. Se FT 1991/92 A, sp. 5487 ad 1985-kursgevinstlovens § 6 B, hvoraf fremgår, at resultatet af ændringen ville være blevet, at de pantsatte aktier hverken skulle tælles med hos panthaveren eller ejeren, hvis der alene skulle lægges vægt på stemmeandelen. Dette var baggrunden for, at såvel »stemmeandel« som »ejerandel« blev medtaget i § 6 B, stk. 3 – nu KGL § 4, stk. 2 – ved beregningen af, om selskaber var koncernforbundne.

568. Eksempler på koncernforbindelser i henhold til KGL § 4, stk. 2, findes i *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff: Armslængdeprincippet & Transfer Pricing*, 2001, s. 66 ff.

569. Se hertil TfS 2001, 743 Ø *Henry Stenders Handelsselskabs ApS*.

mere. Det giver derfor ingen skarp juridisk mening at tale om en »koncern« i skatteretten, men ikke desto mindre gør man det alligevel i det praktiske liv, uden at der herved sker nogen skade⁵⁷⁰. Dog kunne det anføres, at man ikke burde operere med koncernbegrebet i forhold der alene indebærer 10% ejerskab. Det skal dog betones, at skadesvirkningen også herved er minimal, idet der ikke udledes generelle retlige konsekvenser af den blotte koncernkonstatering til brug for et enkeltstående problem.

I skatteretten anvendes kontrolbetingelsen ofte i stedet for en egentlig koncernangivelse. Samtidig omtales de kontrollerede situationer i forskellige henseender som koncernforhold. Dette er ikke konsekvent, og der kunne tilsyneladende trænge til en regelsanering på dette område.

Den relationsafhængige anvendelse af koncernbegrebet i skatteretten er formentlig hensigtsmæssig, idet anvendelsen alt overvejende er nødvendigt. Således ligger forskellige hensyn bag de enkelte koncernskatteretlige regler. Dog er der tilsyneladende aldrig offentliggjort nærmere overvejelser om baggrunden for, at koncernindikationen skal udformes som gjort i de konkrete koncernskatteregler. Tilsvarende er der tilsyneladende aldrig blevet foretaget nærmere analyser af, hvilken grad af koncernintegration der skal til, før der består egentlige behov for koncernbegunstigende lovgivning, og omvendt er der aldrig foretaget analyser af, hvilken grad af koncernintegration der skal til for at gennemføre sådanne skatteudnyttelser mv., som den koncernbebyrdende lovgivning tilsigter at dæmme op imod.

De skatteretlige bestemmelser, der benytter kontrolkriteriet statuerer kontrol de jure, altså hvor lovgivningens objektive og stive betingelser er opfyldt. Derimod er der ikke taget hensyn til sådanne situationer, hvor der foreligger de facto kontrol. Dette gjaldt tidligere efter den nu ophævede SEL § 12, hvor der var mulighed for at medtage situationer, hvor der forelå de facto kontrol under lovgivningens anvendelsesområde. Der er ikke foretaget nærmere analyser om hensigtsmæssigheden af den udbredte brug af de jure kriteriet frem for brug af de facto kriteriet. Disse betragtninger leder til den formodning, at de valgte skatteretlige koncernkriterier er politisk bestemte. Det kan således ikke udelukkes, at strengt faglige analyser ville føre til, at en del

570. Jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 319.

af det skatteretlige behov for koncernregler kunne dækkes ved hjælp af et fælles skatteretligt koncernbegreb eller via selskabsrettens koncernbegreb.

Begrebet »bestemmende indflydelse« anvendes i skattelovgivningen uden direkte sammenhæng med den civilretlige anvendelse af samme begreb. Det ville være nærliggende, om man på dette område faktisk anvendte begrebet på ensartet vis på tværs af disciplinerne. Det er endvidere en nærliggende tanke, at skatteretten har hentet en vis inspiration i selskabsrettens anvendelse af samme begreb, men nogen egentlig indikation heraf findes ikke⁵⁷¹. Ud fra koordinationstankegangen forekommer dette område at være oplagt til en forøges interaktion skatte- og civilretten imellem. I denne sammenhæng skal det dog holdes for øje, at der ikke findes nogen selskabsretlig praksis, der afklarer begrebets indhold. Hermed opstår der en risiko for dannelsen af en selvstændig skatteretlig civilret, såfremt der ikke udvises omhu og forsigtighed.

Det må sluttelig fremhæves, at de problemer der eksisterer i koncernskatteretten, som det ses, ikke kan skyldes, at skatteretten har overtaget civilrettens koncernbegreb. Problemerne udspringer i stedet af det forhold, at skatteretten har overtaget civilrettens koncernbehandlingsprincip. Dette er temaet for det følgende.

12.3. Den skatteretlige behandling af koncerner

12.3.1. Det civilretlige udgangspunkt – »Trennungstheorie«

I civilretten opfattes koncernforbundne selskaber som alt overvejende hovedregel som selvstændige juridiske personer, der formelt er adskilt fra hinanden. Det er herved det klare selskabsretlige udgangspunkt, at koncernselskaber anses som enkeltstående retssubjekter, jf. herved udgangspunktet i ASL § 1, stk. 2, der fastlægger hæftelsesbegrænsningen og ASL § 65, stk. 1, hvorefter aktionærernes ret til at træffe beslutning i selskaber udøves på generalforsamlingen. Dette adskillelsesprincip står centralt i civilretten. I tysk ret benævnes princippet som »die trennungsprinzip« eller »die trennungstheorie«⁵⁷². I angloamerikansk ret taler man om »entity law«, »legal entity approach«, »the separate entity paradigm« etc. Herved tillægges det ikke retlig betydning, at højt in-

571. Sml. Erik Werlauff: Selskabsmasken, 1991, s. 62, note 140.

572. Jf. herom Marco Scheuchzer: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 26 ff med henvisninger.

tegrerede koncerner kan opfattes som værende reelle økonomiske enheder⁵⁷³. I koncernretten ses dog i et vist omfang bort fra det forhold, at de enkelte selskaber i en koncern udgør selvstændige retssubjekter⁵⁷⁴. Som antitese til adskillelsteorien opstod »enhedsteorien«⁵⁷⁵. Enhedsteorien har visse lighedspunkter med identifikationstankegangen i selskabforhold, ligesom der også er slægtskab til tankegangen om »enterprise law«. Nyere tendenser trækker juraen væk fra »entity law« i retning af »enterprise law«. Efter denne opfattelse, fremkommer det samme hovedbudskab; man skal lovgive om virksomheden som en helhed og ikke som en enhed (»entity«), idet erhvervslivet i praksis i lange tider har indrettet sig i overensstemmelse hermed, og agerer i helhedens interesse snarere end den enkelte enheds interesse⁵⁷⁶.

-
573. Denne opfattelse fremstår som den herskende i den selskabsretlige litteratur, hvorfor terminologien også anvendes i denne afhandling. Definitionen af koncernforholdet som en økonomisk enhed kan imidlertid være misvisende, idet der i begrebet ligger, at de berørte foretagender ikke blot fremstår som en finansierings- og regnskabsmæssig enhed, men også en enhed i henseende til det økonomiske ansvar for forpligtelser, jf. herom *Sven Olof Lodin*: Koncernbeskatning i USA, 1973, s. 6. Ligeledes tages der efter alt at dømme ikke hensyn til det forhold at profitcentertankegangen kan medføre, at koncerner ikke agerer som økonomiske enheder.
574. Se herom *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 449 ff, samme i Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 497 ff, *Bernhard Gomard*: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, 1997, s. 52 ff, og samme i Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2000, s. 58 ff, samt *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 43 ff, og samme i Selskabsret, 2003, s. 565 ff, og endelig *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 465 ff.
575. Teorien går i tysk ret tilbage til *Rudolf Isay*: Das Recht am Unternehmen, 1910. I 1920'erne videreudvikledes teorien *Haußmann*, på baggrund af en observeret udvikling indenfor skatteretten, kaldet »die Einheitstheorie«, jf. *Haußmann*: Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassung, 1926. Se også *Egbert Bütler*: Die Einheitstheorie und die Organtheorie im Rechte der Unternehmenszusammenfassungen, 1931. Denne teori gik ud på, at selskaber, der indgik i en koncern, i enhver retlig henseende skulle behandles som en enhed. Teorien fandt imidlertid kun begrænset støtte i såvel praksis som den øvrige teori. I forbindelse med gennemførelsen af den tyske aktieselskabslov (Aktg.) i 1937, blev teorien endeligt afvist. Dog fik teorien den betydning, at man på visse områder af skatteretten anvendte principper der svarede til »die Einheitstheorie«. *Søren Friis Hansen*: Europæisk koncernret, 1995, s. 26 sammenfatter tilstanden efter en gennemgang af den historiske udvikling i den tyske koncernret således, at man virksomhedsøkonomisk anerkendte »die Einheitstheorie«, idet denne videnskab betragtede koncernen som en enhed. Selskabsretligt afviste man fuldstændig teorien, mens skatteretten i visse tilfælde anerkendte en betragtning af koncernen som en enhed. Som et alternativ til teorien gik man over til efter en konkret vurdering, at lade enkelte dele af den retlige regulering omfatte koncernen som en enhed.
576. I *The Multinational Challenge to Corporation Law – The Search for a New Corporate Personality*, 1993, s. 253, definerer *Phillip I. Blumberg* »enterprise law« med følgende: »... Enterprise law is a pragmatic response of the legal and political system to changing

I dansk selskabsret opfattes koncerner kun som økonomiske enheder i forbindelse med udarbejdelsen af konsoliderede regnskaber (med baggrund i 7. selskabsdirektiv – 83/349/EØF). Visse særregler herudover fremkommer om forholdet mellem moder- og datterselskaber, som er begrundet i det økonomiske fællesskab mellem disse koncernselskaber⁵⁷⁷. I domstolspraksis (fra andre retsområder end skatteretten) er det efterhånden temmelig udbredt, at anvende identifikationssynspunkter, herunder at opfatte koncerner som én enhed, jf. herom supra § 7, afsnit 7.5.2.

12.3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsmodellens trin 1

Dansk og international skatteret har overtaget den civilretlige koncernanskuelse. Baggrunden for skatterettens overtagelse af adskillelseteorien er, at selskabers skattepligt knytter sig juridiske personer⁵⁷⁸. Således er det skatteretlige udgangspunkt, at selskaber uanset ejerforhold, er selvstændige juridiske og skattemæssige enheder, hvis skattepligtige

political, social and economic realities. It is best described as an aspect of relational law in which legal responsibilities (and in some cases legal rights) follow the exercise of »control« and the integration of economic operations ...». Se i øvrigt herom Philip Blomberg i ZGR 1991, s. 327 ff, Peter Hummelhof i ZGR 1992, s. 121 ff, Erik Werlauff: From a national company law towards a federal enterprise law, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1995, samme i J 1994, s. 93 ff, Konzernretten, 1996, s. 79 ff, og i Selskabsret, 2000, s. 565 ff.

577. Der påhviler såvel moder- som datterselskabet visse orienteringspligter, jf. ASL § 55. Et datterselskab er underlagt de samme begrænsninger vedrørende besiddelse af egne aktier som et moderselskab, jf. ASL § 48, stk. 6 og ApSL § 51, stk. 1. Yderligere er der efter konkrete betingelser i ASL § 49, stk. 3 (ApSL § 22, stk. 2) ret til koncernrepræsentation. På rettighedssiden kan fremhæves muligheden for at foretage koncernlån efter ASL § 115a, stk. 1 og ApSL § 50 samt muligheden for en forsimplet fusionsprocedure, jf. ASL § 134 j og ApSL § 65. En egentlig anerkendelse af koncernen som en juridisk enhed findes ikke i dansk ret, jf. udgangspunktet i ASL § 65, stk. 1 og ApSL § 28, stk. 1, hvorefter ledelsesretten over datterselskaber kun kan udøves på generalforsamlingen. Moderselskaber kan således ikke indordne datterselskaber under en samlet koncerninteresse. Visse særregler modificerer efterfølgende dette udgangspunkt. Således påhviler der bestyrelsen af datterselskabet en løbende orienteringspligt til moderselskabet, i henhold til ASL § 55, 2. led. Der skal ligeledes ikke holdes generalforsamling i et 100% ejet datterselskab, hvilket må indfortolkes i ASL § 65 (ApSL § 28) (jf. 12. selskabsdirektiv art. 4) og moderselskabets bestyrelses formuetsyn omfatter tillige selskabets datterselskaber.

578. Sml. Marco Scheuchzer: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 28, der bemærker, at »... Mit dieser Abgrenzung der Steuersubjekte ist die Anwendung der Trennungstheorie verbunden, die für Zwecke der Besteuerung die Sphäre (Kapital-) Gesellschaft und die Sphäre der Gesellschafter isoliert betrachtet ...«.

indkomst opgøres efter de almindelige regler⁵⁷⁹. Skatterettens tilknytning til civilretten medfører, at mange af de problemer, som koncern-dannelser har givet anledning til på selskabsrettens område, også er aktuelle på skatterettens område. Selvom regnskabs- og kontrolspørgsmålene træder i forgrunden også i skatteretten, er det dog frem for alt i andre henseender, at koncern-dannelser giver anledning til problemer. Disse problemer er hovedsageligt en følge af civilrettens og skatterettens forskellige formål og virkeområde⁵⁸⁰. De civilretlige retsformer anvendes på et område, de ikke er indrettet til. De civilretlige regler tager som udgangspunkt sigte på at regulere forholdet individer imellem, og er blevet overtaget af skatteretten som udgangspunkt for skattepålæggelse. Dette leder til, at det i skatteretten fra civilretten overtagne grundvalg for valget af skattesubjekt og indkomstenhed ikke altid er i samklang med skatterettens mål eller er egnede til at kunne anvendes på de problemer man møder i skatteretlig sammenhæng⁵⁸¹. Egentlig foretagendebeskatning løser i et vist omfang sådanne problemer. Såfremt koncernskatteretten i stedet havde den økonomiske enhed som sit udgangspunkt, ville koncernskatteretten formentlig ikke give anledning til særlige problemer. Den økonomiske enhed kan imidlertid også volde visse afgrænsningsvanskeligheder. Man må derfor i et vist omfang falde tilbage på den juridiske enhed. Når skatteretten tvinges til at vælge den juridiske person som skattesubjekt og indkomstenhed ved selskabsbeskatningen, har skatteretten på koncernområdet fået et udgangspunkt, som i mange henseender ikke svarer til de faktiske forhold, på hvilke skattereglerne anvendes. Gennem tilknytningen til civilretten har skatteretten altså ikke blot overtaget civilrettens problemer. Først og fremmest har tilknytningen til den juridiske person givet anledning til store principielle og praktiske vanskeligheder. Den diskussion, der i mange lande har foregået, har i vidt omfang drejet sig om, hvorvidt og i hvilket omfang skatteretten har mulighed for at fravige det civilretlige grundvalg for bestemmelsen af beskatningsenhed, og på hvilken måde skatteretten på andre områder bedre skal tage stilling til den økonomiske virkelighed⁵⁸².

Disse problemer søges i nogle tilfælde løst ved regler, som holder fast

579. Jf. eksempelvis den principielle ytring i LV 2005 S.I.1.1.

580. Jf. *Sven Olof Lodin*: Koncernbeskatningen i USA, 1973, s. 25.

581. Loc.cit.

582. Op.cit. s. 26.

Del IV – Konfrontation

i selskaberne som selvstændige juridiske enheder, men som giver øgede muligheder for kontrol og korrektion overfor dispositioner, som ser ud til at være koncernbetingede. I andre tilfælde anerkendes i realiteten, at selskaberne hører sammen, således at der gøres undtagelse fra, eller indføres modifikationer i ellers gældende regler. Så vidt ses, findes der næppe nogen entydig forklaring på, hvornår der holdes fast og, hvornår der undtages. Det særlige koncernbeskatningsregler kan udformes som koncernbebyrdende og koncernbegunstigende regler. Det er dog ikke tanken på dette sted, at analysere konkrete udslag heraf. I stedet søges foretaget en generel konfrontation mellem de grundlæggende tanker bag adskillelsesprincippet og de forekommende skatteretlige fravigelser herfra.

Samspillet mellem skatteret og civilret i henseende til den retlige behandling af koncerner forekommer derved, at skatteretten har overtaget civilrettens adskillelsesprincip. Der er herved tale om det typeproblem, der vedrører den skatteretlige anvendelse af civilretlige begreber og forhold. I et vist omfang kan der ligeledes tales om forekomsten af visse koordinationsproblemer, i det omfang skatteretten anerkender fravigelser fra civilrettens udgangspunkt i højere grad, end det er tilfælde internt i civilretten.

Evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger medfører ikke en underkendelse af de anførte samspil, idet skatteretten har overtaget adskillelsteorien fra den civilretlige begrebsverden. Hermed er også tilkendegivet, at problemstillingen vedrørende behandlingen af koncernselskaber har civilretlig relevans⁵⁸³.

12.3.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsmodellens trin 2

Det er kendetegnende for koncernproblematikken, at den skatteretlige anvendelse af civilrettens tankegods begrænser sig til adskillelsesprincippet.

Idet der i lovgivning, teori og praksis kan konstateres en stigende utilfredshed med dette adskillelsesprincippet, hvilket medfører en stigende grad af frigørelse herfra, må det lægges til grund, at der ikke er

583. Sml. *Aage Michelsen* der i NTS 1999, s. 92, anfører, at problemstillingen indenfor koncernretten om hvorvidt man skal opfatte en koncern som en flerhed i retlig henseende uafhængige enheder (the entity approach) eller som en samlet økonomisk enhed (the enterprise approach), mindst er lige så relevant i skatteretten som i selskabsretten.

stærke holdepunkter for eksistensen af et retskildebestemt kongruenskrav. På denne baggrund må det fastslås, at der består et *svagt retskildebestemt kongruenskrav*. Hvad angår muligheden for at konstatere et koordinationsbestemt kongruensbehov, må der lægges vægt på, at der i stigende grad foregår en bevægelse væk fra adskillelsteorien. Således er der i stigende grad i juridisk og økonomisk teori og praksis enighed om, at det juridiske system (herunder skattesystemet) i fremtiden skal orientere sig mod foretagendet som sådan, frem for de formelt adskilte enheder⁵⁸⁴. Idealet er således en ensartet behandling af koncerner og enkeltsselskaber. Idet en sådan tankegang endnu ikke er en realitet, må der haves blik for, at der indføres (skatte)retlige surrogater herfor. Derfor må det også slutes, at der alene består et *svagt koordinationsbestemt kongruensbehov*. Baggrunden for at der trods alt fremsættes postulat om et kongruensbehov, er hensynet til enkelthed og overskuelighed.

12.3.4. Neutralitetspostulat og enhedsteori – evalueringsmodellens trin 3

Det præsenterede skatte- og selskabsretlige udgangspunkt fraviges hyppigt i koncernskatteretten gennem såvel fordelsgivning som pligtlovgivning. En abstrakt målsætning med beskatningen er, at denne tilsigter at være »retfærdig«. Under denne målsætning kan udledes et ligebehandlingsprincip. Af dette ligebehandlingsprincip kan udledes det specifikt juridiske neutralitetsprincip. Heraf følger helt overordnet, at

584. Jf. herom *Sylvain Plasschaert*: An EU tax on the consolidated profits of multinational enterprises, ET 1997, s. 1 ff, *Bertil Wiman*: Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies, I International Studies in Taxation: Law and Economics – Liber Amicorum Leif Mutén, Gustaf Lindencrona m.fl. (red.), 1999, s. 363 ff, *Michael Pullen*: Körperschaftsbesteuerung nationaler und internationaler deutscher Konzerne, 1994, *Marco Scheuchzer*: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1999, s. 317 ff, samme i TfS 1999, 205, og TfS 1999, 220, *Stanley Langbein*: Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, i Tax Notes, Special Report, 1989, s. 1391-1413, *Richard Byrd*: Shaping a New International Tax Order, Bulletin for International Tax Documentation, 7, 1988, s. 292-299, *Helmut Debatin* i Recht und Steuer der Internationalen Unternehmensverbindungen, 1974, s. 50 ff, *John Chown & William Hopper* i Intertax, 1982, s. 279, *Ib Cordel* i Civiløkonomen nr. 1 1990, s. 14 ff, og *Karsten Engsig Sørensen*: Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, s. 344. Der er i denne forbindelse værd at notere sig, at EU-Kommissionen har foreslået en selskabsbeskatningsstrategi, der har det formål at sikre EU's erhvervsvirksomheder et konsolideret selskabsskattegrundlag for deres aktiviteter overalt i EU, jf. KOM (2001) 582 endelig udgave, s. 16 ff, og SEK (2001) 1681. Dog blev en tilsvarende ambitiøs strategi allerede grundlagt med COM (69) 6, og siden atter forladt.

skattemæssige overvejelser ikke må være af afgørende betydning for varierende dispositioner for koncerner, netop fordi disse udgør koncerner⁵⁸⁵. Når skatterettens neutralitetsprincip anvendes indenfor koncernbeskatningen sigtes der til, at et foretagende, som drives i koncernform, ikke skal udsættes for hverken højere eller lavere beskatning (mer- eller mindrebeskatning) pga. den valgte organisationsform⁵⁸⁶. Koncernbeskatningen kan derved siges at bestå i et spørgsmål om udbredelsen af skatteneutralitet, hvorved skattebyrden gøres uafhængig af de valg og handlinger foretaget af skatteyderen⁵⁸⁷.

Skatteneutralitetsbegrebet kan sammenkædes med *enhedsteorien*, selvom der kan gøres indvindinger her imod⁵⁸⁸. Skatteneutralitet er en skatteretlig målsætning, og enhedsteorien er en specifik koncernretlig sambehandlingsteori. Baggrunden for og formålet med enhedsteorien må dog i et eller andet omfang siges at være opnåelse af skatteneutralitet. Endvidere har enterprise-law tankegangen tilsvarende slagkraft indenfor skatteretten, som tilfældet er det i civilretten⁵⁸⁹. Målsætningen med denne anskuelse i skatteretlig kontekst kan også siges at være opfyldelse af et neutralitetsideal.

Neutralitetsstandarden udgør en central bestanddel i flere landes koncernbeskatningsregimer⁵⁹⁰. Princippet er bærende i koncernskatteretten, idet dette netop tilsigter at udjævne de u hensigtsmæssigheder, der følger af adskillelsteorien. Princippet gennemføres konkret gennem koncernbebyrdende og koncernbegunstigende lovgivning. De konkret

585. Sml. *Sven-Olof Lodin*: Koncernbeskatningen i USA, 1973, s. 29 ff, samt i mere generelle termer *Kristina Ståhl* i ECTR 1997, s. 227 ff, særligt s. 231.

586. Se for en gennemgang af neutralitetsbegrebet i dansk koncernskatteret *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 11, samme i Skatteretten 2, 2004, s. 375, samt i det hele *Jakob Bundgaard*: Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, 1998. For svensk koncernskatteret kan henvises til *Roger Persson Österman*: Kontinuitetsprincippet i den svenska inkomstbeskatningen, 1997, s. 29 ff, *Sven-Olof Lodin*: Koncernbeskatningen i USA, 1973, s. 29 ff, og *Bertil Wiman*: Beskatning av företagsgrupper, 2002, s. 27 ff. I finsk skatteret er problemstillingen analyseret af *Hannele Ranta-Lassila*: Group Companies and the Neutrality of Taxation, 2002.

587. Jf. *Sven-Olof Lodin*: Koncernbeskatningen i USA, 1973, s. 29.

588. Jf. herved *Sven-Olof Lodin*: Koncernbeskatningen i USA, 1973, s. 36, med note 131. Forfatteren formoder, at skatteneutralitet er mere nuanceret end enhedsprincippet, idet han herved imødegår *O. Bühler*: Principen des internationalen Steuerrechts, 1964, s. 93 f.

589. En helt uovervejete synonym anvendelse af begreberne: *enhedsteori*, *identifikation* og *enterprise law* bør dog nok ikke forekomme.

590. I en resolution vedrørende koncernbeskatningen har IFA i 1961 statueret neutralitetsprincippet som målsætning for dette retsområde, jf. *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. XLVI, s. 236.

forekommende udslag behandles ikke i afhandlingen. På dette sted undersøges alene de bagvedliggende principielle overvejelser.

12.3.5. *Vurdering – evalueringsprocessens trin 4*

Generelt gælder adskillelsesprincippet i europæisk skatteret. Den centrale problemstilling er i denne sammenhæng, om skatteretten skal operere med en selvstændig kvalifikation af koncerner, der afviger fra civilretten, herunder særligt selskabsretten, eller om overtagelse af civilretlige normgivning medfører en relativering eller måske en forkastelse af enhedsteorien eller neutralitetshensynet i skatteretten. Som beskrevet ovenfor har skatteretten i temmelig vid udstrækning fraveget det fra civilretten overtagne adskillelsesprincip i koncernforhold. Den essentielle hensynsafvejning står derfor mellem opretholdelsen af adskillelsesprincippet mod det skatteretlige neutralitetsprincip. Afvejningen skal foretages i det lys, at såvel det retskildebestemte kongruenskrav som det koordinationsbestemte kongruensbehov er svagt.

En konkret afvejning mellem at opretholde det enkelte retssubjekt som skattesubjekt og hermed det svage retskildebestemte kongruenskrav, henholdsvis svage koordinationsbestemte kongruensbehov mod den koncernrelaterede neutralitetsstandard fører efter min vurdering til, at der ikke kan gøres alvorlige indvindinger mod udfaldet til fordel til neutralitetsstandard. Da der i alle tilfælde ses at være hjemmel til at fravige det retskildebestemte kongruenskrav, er også de formelle retlige krav opfyldt i denne henseende. Accept af fravigelsen begrundes nærmere med, at det bør veje tungere at tilgodese behovene i erhvervslivet for en neutral koncernbeskatning, end at opretholde det civilretlige udgangspunkt på skatterettens område, når der samtidig henses til den selskabsretlige retstilstand. Ligeledes skal det erindres, at neutralitetsstandard udspringer af den grundlæggende ligebehandlingstankgang, der udgør et væsentligt princip på skatterettens område.

Civilretten har også spillet en vis rolle i den *tyske debat* om indretningen af koncernbeskatningen⁵⁹¹. Grundpostulatet er, at den skatteretlige regulering skal tage højde for koncernforetagernes økonomiske enhed⁵⁹². I denne argumentation har der dog ikke kunnet ses bort fra civilretten, hvorved argumentationen om retsordenens enhed har

591. Se hertil eksempelvis *Marco Scheuchzer*: Koncernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 210 ff.

592. Der henvises yderligere til *Michael Pullen*: Körperschaftsbesteuerung nationaler und

haft betydning. Som det erindres, skal lovgiver herefter ved lovudarbejdelsen tage hensyn til grundværdier og hensyn på andre retsområder. Der må så vidt muligt ikke forekomme værdimodsætninger⁵⁹³. De forskellige målsætninger og hensyn bag selskabsretten og skatteretten kan formentlig siges at medføre, at der ikke skal ske en uindskrænket skatteretlig tilknytning til selskabsrettens grundværdier og hensyn. Selskabsrettens særlige beskyttelseshensyn må imidlertid varetages ved siden af de almindelige skatteretlige hensyn.

En specifik hensynsafvejning har størst relevans i forbindelse med overvejelser om en generel anvendelse af enhedsteorien. I denne situation må det nødvendigvis undersøges, hvorledes et fremsat reformforslag herom forholder sig til eksisterende civilretlige regler. Under visse forudsætninger må afvejningen antages at medføre det resultat, at der ikke herved konkret ville kunne konstateres værdimodsætninger i forhold til selskabsretten, jf. herom straks nedenfor⁵⁹⁴. Resultatet må så meget desto mere gælde ved den begrænsede skatteretlige surrogatanvendelse af enhedsteorien gennem tilgodeseeelse af neutralitetshensynet i specifikke henseender.

Den i tysk ret foretagne analyse har taget udgangspunkt i de overordnede hensyn bag selskabsretten og skatteretten⁵⁹⁵. Den almindelige selskabsret varetager overvejende hensynet til selskabsdeltagere og kreditorer. Dette gælder også i koncernretten i de lande, som har en specifik koncernret. I forgrunden står således beskyttelsen af minoritets-selskabsdeltagere og kreditorer fra misbrug af den magt, der i koncernforhold udspringer af et underordningsforhold. Her ud over skal også selskabsdeltagerinteresserne i det herskende selskab varetages. Modsat dette er det skatterettens hovedformål at indsamle indtægter til den

internationaler deutscher Konzerne – Eine kritische Analyse aus ökonomische Sicht, 1994, med en behandling af denne problemstilling og præsentation af forskellige løsningsforslag.

593. Jf. *Marco Scheuchzer*: *Koncernbesteuerung in der Europäischen Union*, 1994, s. 212, med henvisning til herskende tysk teori. Forfatteren understreger, at der ikke heraf kan udledes nogen generel forrang for civilretten. Synspunktet om »Einheit der Rechtsordnung«, skal udelukkende forhindre og formindske forskelligheder i værdigrundlag vedrørende centrale retsfærdighedspostulater og retspolitiske målsætninger mellem retsdisciplinerne.

594. *Op.cit.*, s. 212., der når en tilsvarende konklusion i forbindelse med de lege ferenda undersøgelser af muligheden for en generel anvendelse af enhedsteorien i europæisk sammenhæng. Det skal fremhæves, at de overordnede teoretiske overvejelser ikke i noget land endnu har ført til en vedvarende tilslutning i lovgivning og praksis.

595. *Op.cit.*, s. 212.

offentlige husholdning, uden at der hermed er forbundet særlige informations- og beskyttelsesmålsætninger⁵⁹⁶. Selskabsretten og skatteretten forfølger således forskellige målsætninger. På denne baggrund er det blevet fastslået, at der ikke kan fordres en uindskrænket binding af den skatteretlige retsdannelse til selskabsrettens grundværdier⁵⁹⁷.

Der skal imidlertid ved denne konstatering tages det forhold i betragtning, at der på trods af de modsatrettede formål, eksisterer tætte forbindelseslinier mellem skatteret og civilret. Det er således alene en overfladebetragtning, der vil føre til, at der ikke findes et fælles koordinationspunkt mellem skatteretten og civilretten også på dette område. Som påpeget i Del II, kapitel 6, § 4, kan der imidlertid argumenteres for, at en dybere analyse viser, at der findes en fælles basis, der er uløseligt forbundet, selvom disciplinerne har forskelligt regelinhold og forskellig funktion. Der er utvivlsomt tale om væsensforskellige målsætninger disciplinerne imellem, men samtidig må der eksistere visse indre forbindelseslinier og fælles koblingspunkter mellem disciplinerne⁵⁹⁸. Det skønnes dog ikke, at der kan udledes selvstændige kongruenskrav af denne konstatering. Herved må den fremførte konstatering fra tysk koncernret tilsluttes. På den anden side taler de skitserede sammenhænge for en vis koordination mellem retsområderne. Formentlig kan der indlæses en tilsvarende erkendelse i *Marco Scheuchzers* videre analyser⁵⁹⁹. Således anføres det, at grundlæggende selskabsretlige beskyttelseshensyn skal indgå på linie med almindelige beskattingsprincipper ved de lege ferenda modelovervejelser om koncernbeskatning. Den konkrete konklusion om, at anvendelse af enhedsteorien i skatteretten ikke fører til nogen værdimodsætninger i forhold til selskabsretten, fremkommer under visse forudsætninger. Således antages det, at kreditor- og minoritetsbeskyttelseshensynet sikres gennem tabsovertagelsesaftaler mellem moder- og datterselskaber eller ved et ubegrænset hæftelsesløfte garanteret af moderselskabet, hvorved koncernselskaberne således udgør en hæftelsesenhed i forhold til kreditorer og minoritetsaktionærer. I disse situationer har placeringen af formuegenstande i de enkelte selskaber udelukkende organisatorisk betydning.

596. Jf. *Marco Scheuchzer*: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 212.

597. Op.cit., s. 212 f.

598. Denne erkendelse er ofte oversat i tysk ret, jf. *Thomas Koller*: Privatrecht und Steuerrecht, 1993, s. 38.

599. Jf. *Marco Scheuchzer*: Op.cit., s. 213 f.

Del IV – Konfrontation

Hvor moder- og datterselskaber ikke på grundlag af kontraktlige forpligtelser er forbundet, må selskabsretten have særlige beskyttelsesforskrifter. Hertil forekommer et forbud mod majoritetsmisbrug på bekostning af minoriteter og kreditorer nyttigt⁶⁰⁰. Det beherskende selskab må herefter ikke benytte sin indflydelse til at skaffe sig fordele på kontrollerede selskabers bekostning. Dette betinger derfor, at også koncerninterne transaktioner skal behandles som transaktioner med tredjemand. Ved anvendelse af enhedsteorien er der dog ikke forbundet nogen forpligtelse til at foretage en tredjemandssammelnende vurdering af koncerninterne transaktioner. Minoritetsaktionærer i datterselskaber opfattes efter enhedsteorien som aktionærer i koncernen, selvom de civilretligt kun har delejerskab til et af koncernselskaberne, og efter gældende ret kun kan rette krav mod dette selskab. På dette grundlag er det muligt at foretage formueoverflytninger i koncernen, der medfører at værdien af minoritetsaktionærernes ejerandele formindskes. En enhedsteoretisk kvalifikation af koncerner som selvstændige skattesubjekter kan således medføre visse konflikter i forhold til grundliggende selskabsretlige hensyn. I henhold til betragtninger om »Einheit der Rechtsordnung«, skal koncernselskabers civilretlige selvstændighed således også iagttages ved udformningen af et koncernbeskatningssystem⁶⁰¹. Så længe minoritetsaktionærer og kreditorer ikke er beskyttet gennem omfattende hæftelsesløfter, forbliver det en skatteretlig nødvendighed at kunne foretage en resultatplacering, for at konstatere om enkelte dele af koncernen udviser korrekte resultater. Det må på denne baggrund konkluderes, at et generelt koncernbeskatningssystem udformet i overensstemmelse med enhedsteorien, bør indebære en høj grad af civilretlig hensynstagen.

De lege lata anvendes enhedsteorien udelukkende i begrænset omfang på yderst afgrænsede områder, med henblik på at tilgodese neutralitetshensynet. Neutralitetshensynet trækker endda i visse henseende i modsat retning af enhedsteorien, idet princippet foreskriver, at de enkelte koncernselskaber skal behandles som de selvstændige juridiske personer de er. Det er ofte forekommende, at man gennem pligtlovgivning eller rettighedslovgivning fraviger det selskabs- og skatteretlige udgangspunkt om koncerner, som bestående af separate enheder, idet der ellers findes misbrugsmuligheder, eller opstår uhensigtsmæssighe-

600. Op.cit., s. 213.

601. Jf. Marco Scheuchzer: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 214.

der eksempelvis i form af økonomisk dobbeltbeskatning. Fravigelser gennem koncernenhedsbetragtninger er almindeligt forekommende og internationalt benyttet, og er i vidt omfang indført af nødvendighed. Som skatteretten er indrettet på nuværende tidspunkt, synes anvendelse af enhedsteorien og neutralitetshensynet ikke at give anledning til betænkeligheder i forbindelse med overvejelser om samspillet mellem skatteret og civilret.

§ 13 Filialer

13.1. Indledning

Som alternativ til datterselskabsetablering og dermed koncerndannelse kan der etableres en filial⁶⁰². I modsætning til koncerner udgør en filial og dennes hovedvirksomhed en civilretlig samlet retspersonlighed. Ønsket om at anvende en enhedsbetragtning i koncernforhold er navnlig udsprunget af den erhvervsøkonomiske lighed mellem etableringsformerne⁶⁰³. Imidlertid består der visse konceptionelle forskelle mellem koncernbeskatningen baseret på adskillelseteorien og beskatning af enhedsforetagender (filial og hovedkontor)⁶⁰⁴. Enhedsforetagendet bliver på det nationale område, i modsætning til koncerner, behandlet som økonomisk og retlig enhed. Det bør holdes for øje, at beskatningen af enhedsforetagender i den internationale skatteret faktisk baserer sig på elementer af adskillelsesprincippet⁶⁰⁵. Dette kommer til udtryk ved den nedenfor omtalte selvstændighedsfiktion. I det følgende undersøges samspillet mellem civilrettens filialbegreb- og behandling og skatterettens begreb- og behandling.

13.2. Filialbegrebet

13.2.1. *Det civilretlige filialbegreb*

En filial er betegnelsen for en forretningsafdeling, en division, et kontor mv., som er beliggende i et andet sted end hovedkontoret. Positivt opregnet kendetegner det filialen, at der er en (1) selvstændig lokalitet i forhold til hovedkontoret, at (2) filialen har de samme forretningsom-

602. I tysk ret benævnes hovedvirksomheder og disses filial(er): »Einheitsunternehmen«.

603. Jf. Marco Scheuchzer: Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, 1994, s. 34.

604. Loc.cit.

605. Loc.cit.

Del IV – Konfrontation

råder som hovedkontoret, (3) en vis varighed, (4) en ydre indretning svarende til en hovedvirksomhed, herunder forretningslokaler, bank-konti og bogføring, samt endelig, (5) at der findes en forretningsfører, hvilken er beføjet til at handle i et ikke helt ubetydelige anliggender⁶⁰⁶. Negativt kan filialen afgrænses ved for eksempel ikke at udgøre modtagelses- og udleveringssteder, varelagre, pakhuse, betalingssteder, jernbanegårde, ingeniørkontorer og forsikringsagenter, ud over hvor sådanne er beføjede til at indgå selvstændige aftaler. Nogle af disse kendetegn kan i et vist omfang tillige udledes af ASL kapitel 17 og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vejledning for filialer af udenlandske selskaber i Danmark af 29.12. 1998.

I civilretlig henseende er en filial ikke udstyret med en selvstændig retsevne, idet denne tilkommer det selskab eller foretagende, hvoraf filialen er en del⁶⁰⁷. De rettigheder og forpligtelser, der erhverves eller pådrages i forbindelse med filialens virksomhed tilkommer henholdsvis påhviler det selskab, som har etableret filialen, dvs. hovedvirksomheden. Filialen har ikke retligt selvstændig formue, og der kan ikke påhvile filialen retlige forpligtelser, der adskiller sig fra dennes ejeres

606. Jf. herom *Adolf Baumbach & Klaus J. Hopt*: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklausulen, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht, 2000, s. 79, hvor det tyske begreb »Zweigniederlassung« afdækkes. Det kan ikke udelukkes, at der kan hentes nogen vejledning til forståelsen af filialbegrebet i EF-domstolens praksis i henhold til TEF art. 43 om sekundær etablering i EU. En sekundær etablering indebærer, at en person eller et selskab bevarer sin hovedaktivitet i oprindelseslandet, men udvider sine aktiviteter til et andet medlemsland ved at åbne et agentur, filial eller et datterselskab, jf. TEF art. 43, stk. 1, 2. pkt. Traktaten definere ikke selv, hvilke minimumkrav der kan stilles, for at der foreligger en etablering, jf. herom *Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen*: EU-retten, 2004, s. 515 ff. Herved kan udledes visse generelle karakteristika ved filialer. Endvidere kan der formentlig søges inspiration i forståelsen af art. 5, stk. 1, nr. 5 i EF-Domskonventionen fra 1968 om filialværneting. Også i henhold til denne konvention har EF-Domstolen opstillet nogle retningslinier for, hvad der skal forstås ved en etablering, jf. herom *Allan Philip*: EU-IP, 1994, s. 55 f, *Peter Arnt Nielsen*: International privat- og procesret, 1997, s. 168 ff, og *Svenné Schmidt*: International formueret, 1987, s. 69 f.

607. Jf. *E.G. Brunner*: Die Betriebsstätte und ihre internationale Bedeutung als Steuerort, 1954, s. 43, *Klaus Vogel*: On Double Taxation Conventions, 1997, og samme Dobbeltbesteuerungsabkommen, 2003, ad. art. 5, tekstciffer 52, og *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 11. Se også § 5, nr. 19 i lov om finansiel virksomhed, hvor der ved en filial forstås en afdeling, der retligt ikke er en selvstændig del af den relevante virksomhedstype.

forpligtelser. Filialen har ikke procesevne. Derimod har filialen en vis grad af selvstændighed i økonomisk og forretningsmæssig henseende.

13.2.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Flere samspil mellem skatteret og civilret kan tænkes forekommende i forbindelse med brug af filialbegrebet.

Der kan være tale om en anvendelse af filialbegrebets civilretlige variant i skatteretlig sammenhæng. Noget sådant forekommer faktisk i dansk og international ret. I filialbegrebet ligger også de grundlæggende elementer af den retlige behandling af filialer. En afvigende skatteretlig behandling af filialer kan hermed medføre en konflikt, idet der herved kan opstå visse koordinationsproblemer ved, at skatteretten hermed kan medføre en anden behandling af filialer end umiddelbart forventet.

De konstaterede samspil mellem skatteret og civilret frasorteres ikke gennem evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger, idet skatteretten direkte har overtaget civilretligt tankegods på det begrebsmæssige område.

13.2.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

På det præsenterede grundlag kan der konstateres et *middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav*. Dette fremkommer under hensynstagen til den almindelige betydning af filialens som etableringsform, den tilsyneladende vished der hersker om filialbegrebets indhold, ligesom det antages, at filialbegrebet er lånt fra civilretten samt, at den civilretlige opfattelse skal lægges til grund. Derimod peger ovenstående i retning af, at det bør gælde et *svagt koordinationsbestemt kongruensbehov*. Grundlaget herfor er navnlig den skatteretlige anvendelse af civilrettens filialbegreb, ligesom hensynet til overskuelighed og enkelthed til en vis grad tilsiger dette. Behovets svage karakter er begrundet i fraværet af meningssammenhæng, idet den civil- og skatteretlige begrebsanvendelse ikke tjener samme formål.

13.2.4. Skatterettens filialbegreb – evalueringsprocessens trin 3

Filialbegrebet anvendes i skatteretten i den eksemplifikation af *faste driftssteder*, der findes i artikel 5, stk. 2, litra b) i OECD's modeloverenskomst. Eksistensen af en filial er således en indikator for, at der

foreligger et fast driftssted, men det er ikke en forudsætning herfor⁶⁰⁸. Det skatteretlige driftsstedsbegreb er bredere end filialbegrebet. En filial der statuerer et fast driftssted, undergives sædvanligvis en begrænset skattepligt af deres erhvervsmæssige indkomst. I dansk ret fremkommer dette ved bestemmelserne i KSL § 2, stk. 1, litra d, og SEL § 2, stk. 1, litra a, hvorom det er almindeligt antaget, at de skal fortolkes i overensstemmelse med OECD MDBO art. 5⁶⁰⁹. Ved at anvende filialbegrebet har skatteretten overtaget det civilretlige begreb⁶¹⁰. Der ses dog ikke at findes nogen offentliggjort praksis om den præcise anvendelse af filialbegrebet i forhold til civilretten. Af denne årsag må det lægges til grund, at den skatteretlige anvendelse af filialbegrebet reelt følger den civilretlige forståelse heraf.

På just skitserede baggrund må det konkluderes, at retstilstanden er kongruent. I lyset af det konstaterede kongruenskrav og kongruensbehov må dette bifaldes.

13.3. Filialbeskatning

13.3.1. Det civilretlige udgangspunkt

Mens der ikke kan konstateres nogen uoverensstemmelse ved begrebsanvendelsen, ses der derimod at eksistere en latent konflikt mellem skatteret og civilret i forbindelse med den skattemæssige behandling af filialer⁶¹¹. Den civilretlige behandling af filialer hænger nøje sammen med selve begrebets indhold. Begrebsindholdet er skitseret ovenfor. Det retskildebestemte kongruenskrav og det koordinationsbestemte kongruensbehov følger derfor ovenstående udledninger.

608. Jf. *Arvid Aage Skaar*: Permanent Establishment – Erosion of a Tax Treaty Principle, 1991, s. 1.

609. Jf. eksempelvis *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 129.

610. Jf. *W: Mersmann*: Die Ertragsbesteuerung inländischer Bestiebstätten und Tochtergesellschaften ausländischer Kapitalgesellschaften, 1966, s. 49 og *Klaus Vogel*: On Double Taxation Conventions, 1997, s. 297 med kritik af schweizisk retspraksis, hvorefter en filial ikke antoges at eksistere såfremt de formelle civilretlige kriterier, herunder navnlig den selskabsretlige registrering, ikke var opfyldt.

611. Det forudsættes herefter, at filialen faktisk udgør et fast driftssted.

13.3.2. Den direkte metode og selvstændighedsfiktionen – evalueringsprocessens trin 3

Indkomstopgørelsen for det faste driftssted- og dermed også filialer, sker i dansk ret som udgangspunkt i henhold til *den direkte metode*⁶¹². Herefter skal det faste driftssteds indkomstopgørelse opgøres ud fra en fiktion om, at det faste driftssted er en selvstændig enhed – selvstændighedsfiktionen, jf. OECD MDBO art. 7, stk. 2 og 3. Skatteretten vedkender sig en begrænset selvstændighedsfiktion mens civilretten opretholder, at der ikke er nogen retlig selvstændighed. Selvstændighedsfiktionen for faste driftssteder, strider mod filialens civilretlige stilling, uanset om fiktionen er begrænset eller ubegrænset. Filialen er en uselvstændig del af den samlede virksomhed, og filialen og hovedkontoret er samme juridiske person og skattesubjekt⁶¹³. I Danmark skal et fast driftssteds indkomst som nævnt normalt opgøres efter den direkte indkomstopgørelsesmetode. Dette gælder såvel efter intern dansk ret som efter de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster. Efter den direkte indkomstopgørelsesmetode skal indkomsten for et fast driftssted opgøres ud fra en fiktion om, at de faste driftssted er et selvstændigt foretagende. Dette resulterer i en latent konflikt mellem på den ene side den civilretlige realitet, at de faste driftssted blot udgør en uselvstændig del af den pågældende fysiske person eller det pågældende selskab, og på den anden side den skatteretlige fiktion om, at de faste driftssted i relation til indkomstopgørelsen skal betragtes som en selvstændig og uafhængig enhed⁶¹⁴.

Det er vanskeligt at kvalificere effekterne ved konkret forekomst af denne konflikt. Skattemæssigt gøres valget af virksomhedsform neutralt, derved at filialer i vidt omfang sidestilles med datterselskaber. Hermed søges forhindret, at der foretages rent skattedrevne valg mellem virksomhedsorganisationsformer. De civilretlige konsekvenser er svært identificerbare, ud over påvirkningen af overskuelighed, enkelthed og retlig systematik. Konflikten kan udglattes i visse situationer

612. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 355 ff og samme i *Skatteretten* 3, 2000, s. 150 ff, *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning II, 1972, s. 155, *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 230, *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 11, samme i *UfR* 2000 B, s. 511 og *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 119 ff.

613. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i *SR-Skat* 1993, s. 113.

614. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst – Indkomstopgørelsen for et fast driftssted, 2000, s. 23 og *Aage Michelsen* i *SU* 2000, 181.

ved, at selvstændighedsfiktionen begrænses. Der hersker dog nationalt og internationalt usikkerhed om, hvilken udstrækning en sådan begrænsning har. I henhold til herskende opfattelse skal der ved indkomstopgørelsen for et fast driftssted sondres mellem (a) allokering af indtægter og udgifter til et fast driftssted og (b) interne ydelser mellem hovedkontoret og det faste driftssted. Der gælder en *ubegrænset selvstændighedsfiktion* i forbindelse med allokeringsspørgsmålet, mens der gælder en *begrænset selvstændighedsfiktion* i forbindelse med interne ydelser⁶¹⁵. Som følge heraf er det kun ved interne ydelser med nær tilknytning til foretagendets indkomstskabende aktivitet, der skal anvendes armslængde priser. Synspunktet om selvstændighedsfiktionens begrænsning har stor tilslutning, selvom der er uenighed om løsningen af en række detailspørgsmål⁶¹⁶. Idet ordlyden af de relevante bestemmelser rummer uklarhed om hvorvidt, der generelt gælder en ubegrænset selvstændighedsfiktion, må fastlæggelsen derfor afhænge af, hvilken vægt man ved fortolkningen tillægger andre fortolkningsfaktorer. I denne forbindelse er det almindeligt antaget, at international skattepraksis og OECD's kommentarer skal tillægges betydning⁶¹⁷.

En begrænsning af selvstændighedsfiktionen er udtryk for, at der tages hensyn til, at der eksempelvis ikke kan bestå skyldforhold mellem en filial og hovedkontoret. Der foreligger *konfusion* (sammensmeltning) i civilretlig forstand ved låneforhold mellem en filial og dennes hovedkontor. Der er således ikke i civilretlig henseende tale om gæld eller en fordring, idet debitor er identisk med kreditor, og en person ikke kan have en fordring mod sig selv⁶¹⁸. Tankegangen bag selvstændighedsfiktionens begrænsning er, at det principielt ville være forkert at give interne låneforhold mv., betydning svarende til låneforhold mv. mellem to forskellige retssubjekter⁶¹⁹. Begrænsningen af selvstændighedsfiktionen medfører derfor, at der i visse henseende tages hensyn til civilretlige forhold, idet konfusionslæren således respekteres. Dette under-

615. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, blandt andet s. 196, samme i *Skatteretten* 3, 2000, s. 144 ff, og *Aage Michelsen* i *SU* 2000, 181, men mere tvivlende *Jan Pedersen* i *UfR* 2000, B, s. 510 ff, idet forfatteren ikke finder udsagnet om selvstændighedsfiktionens begrænsning retligt overbevisende.

616. Tankegangen om en begrænset selvstændighedsfiktion har støtte i dansk praksis, jf. *TfS* 1993, 7 H *Texaco Denmark Inc.*, og *TfS* 1996, 715 Ø *Citibank N. A.*

617. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 201.

618. Jf. *Henry Ussing*: *Obligationsretten – Almindelig del*, 1961, s. 374 ff.

619. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i *SR-Skat* 1993, s. 114, med henvisninger til international litteratur.

streges ved at skele til det centrale ved den begrænsede selvstændighedsfunktion, nemlig at det faste driftssteds selvstændighed finder sin grænse ved, at der er tale om kun et og samme rets- og skattesubjekt⁶²⁰. Hensynet bag begrænsningen af selvstændighedsfiktionen er at sikre mod en arbitrær beskatning af blot mulige indtægter.

13.3.3. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Beskatningen af filialer er indrettet således, at den i vidt omfang svarer til beskatningen af selskaber. Baggrunden herfor ligger i neutralitetshensynet. Den essentielle hensynsafvejning står mellem opretholdelsen af filialens retlige natur som værende en integreret del af hovedkontoret mod det skatteretlige neutralitetsprincip. Afvejningen skal foretages i det lys, at det retskildebestemte kongruenskrav er middelstærkt mens det koordinationsbestemte kongruensbehov er svagt.

En konkret afvejning mellem at opretholde filialen og hovedkontoret som et og samme rets- og skattesubjekt mod den et neutralitetshensyn fører efter min vurdering til, at der ikke kan gøres alvorlige indvindinger mod udfaldet til fordel for neutralitetsstandarden. Da der i alle tilfælde ses at være hjemmel til at fravige det retskildebestemte kongruenskrav, er også de formelle retlige krav opfyldt i denne henseende. Ligeledes skal det erindres, at neutralitetsstandardens udspringer af den grundlæggende ligebehandlingstankegang, der udgør et væsentligt princip på skatterettens område. Konklusionen understøttes af det forhold, at den skatteretlige selvstændighedsfiktion er begrænset, hvorved grundlæggende civilretlige anskuelser respekteres. Således tages der i et vist omfang hensyn til, at konfusionssynspunktet medfører, at kreditor og debitor ikke kan udgøre samme person. Herved forhindres selvkontrahering.

620. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 261. OECD har øje for problemstillingen, jf. »Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments«, 2000, pkt. 68 ff, i forbindelse med overvejelser om anvendelse af principperne i OECD Transfer Pricing Guidelines på faste driftssteder. Udgangspunktet herfor er netop, at der skal foretages en sammenligning mellem »dealings« mellem driftssted og hovedkontor med uafhængige transaktioner. Således fremhæver OECD, at det har betydning at undersøge om interne »dealings« overhovedet har fundet sted, hvilket ikke er indlysende, idet der er tale om en intellektuel konstruktion alene foretaget med henblik på at opgøre armslængde profitter for det faste driftssted. I koncernforhold forholder det sig modsat, idet transaktionen vil medføre juridiske konsekvenser ud over de skattemæssige. Således er det centralt at undersøge eksistensen af »dealings« forud for bedømmelsen af om disse kan anvendes som basis for armslængde analysen.

§ 14 Sammenfatning og samlet vurdering af samspillet mellem skatteret og civilret vedrørende skattesubjektivitetsspørgsmålet

Spørgsmålet om skattesubjektivitet på selskabsskatterettens område er centralt placeret i grænselandet mellem skatteret og civilret, og rejser herved en række problemstillinger der vedrører dette samspil. Disse samspil udgør en vigtig del af det samlede samspil mellem skatteret og civilret. I det følgende sammenfattes ovenstående udledninger, og der forsøges trukket nogle generelle linier.

Fremstillingen har vist, at det *juridiske personlighedsbegreb* ikke klart kan defineres, ligesom der ikke kan udledes retsvirkninger heraf. Trods dette forhold er begrebet anvendt i nyere skattelovgivning. Om denne anvendelse blev det trods alt konkluderet, at der er tilsikret en kongruent retstilstand, hvorved den skatteretlige anvendelse af begrebet indtil videre praktiseres i overensstemmelse med begrebets almenretlige indhold. Af denne årsag blev det sluttet, at det teoretisk konstaterede kongruenskrav er tilfredsstillet. Praktisk må retstilstanden derfor bifaldes. Dog blev dog understreget, at der ved inddragelsen af det juridiske personlighedsbegreb i skattelovgivningen er indført nogle formentlig utilsigtede uhensigtsmæssigheder, der kunne undgås.

Det er konstateret, at den *selskabsretlige aftalefrihed* består af tre dele. Det første aspekt indebærer selskabsdeltagernes frihed ved valg af selskabsform, uafhængigt af den påtænkte erhvervsvirksomheds karakter. Det andet aspekt kan i tilslutning hertil siges at bestå i friheden til at skabe en ikke hidtil anvendt selskabsform. Det tredje aspekt vedrører adgangen til at tilpasse de for den valgte selskabsform gældende regler til deres konkrete behov og ønsker.

Afhandlingen har fremlagt de *skatteretlige kriterier for subjekt kvalifikation* og undersøgt disse kriteriers samspil med civilretten. Grundet evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger blevet det fundet, at problemstillingen vedrørende skatteretlig subjekt kvalifikation ikke er egnet til behandling efter afhandlingens evalueringsmodel. Dette indebærer imidlertid ikke, at problemstillingen ikke rummer adskillige samspil mellem skatteret og civilret. Samspillet mellem skatteret og civilret består ikke i, at der sideløbende eksisterer en civilretlig og en skatteretlig metode til brug for subjekt kvalifikationen. Civilretligt har problemstillingen ikke så stor relevans. Som det er fremgået beror den skatteretlige subjekt kvalifikation på en konkret samlet vurdering af

sammenslutninger. Denne vurdering inddrager en række parametre i bedømmelsen. Det blev påpeget, at det ikke er muligt at formulere noget generelt om oprindelsen af disse parametre, men samtidig at kriterierne udgør nogle karaktertræk, der kendetegner de forskellige selvstændige skattesubjekter, der er omfattet af SEL § 1. Ved udfindelsen heraf må der i vidt omfang henses til den relevante selskabsret, hvorved forudsatte karakteristika for de omfattede selskabers normaltyper kan formuleres og inddrages. Herved ses i vidt omfang at finde et samspil mellem skatteret og civilret sted. De enkelte kriterier ved subjektivitetsbedømmelsen har da også et klart slægtskab med selskabsretten. Dette gælder eksempelvis den skatteretlige hensynstagen til hæftelse, kapitalforhold og ledelse mv.

Kapitlet har endvidere analyseret spørgsmålet om *kvalifikationen af udenlandske selskaber i dansk skatteret*. Herom blev det påpeget, at de overordnede betragtninger vedrørende subjekt kvalifikation, som fremført ovenfor, tillige gælder denne problemstilling. Det påpegede mulige samspil vedrørende anvendelse af udenlandsk civilret måtte siges faktisk at bestå. Samspillet er dog kun middelbart. Således blev det antaget, at samspillet er relevant ved udenlandske virksomheders aktiviteter i Danmark, såfremt visse af de udenlandske enheder skal undergives danske pligt- eller fordelsregler, herunder hvis den udenlandske enhed skal undergives dansk skattepligt. Det er rammende at sige, at udenlandsk civilret bidrager til fremskaffelsen af faktum til brug for det dansk beregningsgrundlag, men at den endelige bedømmelse sker i henhold til intern dansk skatteret. Problemstillingen tager til i kompleksitet i det omfang, der ikke i dansk ret findes retsinstitutter eller begreber, der svarer til det udenlandske begreb, der skal tages stilling til.

Herefter blev fokus rettet mod samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med *konkrete skattesubjekter*. Det blev indledningsvis påvist, at det ikke er muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne i SEL § 1, om at skattesubjekterne følger af det civilretlige kvalifikationssystem (in casu det selskabsretlige kvalifikations-system). Derimod er der næppe tvivl om, at systemet faktisk i et eller andet omfang implicit hviler på sådanne forudsætninger, hvorved de selskabsformer, der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf. Udsagnet kunne ikke påvises men er lagt til grund

Del IV – Konfrontation

i afhandlingen. Dette taler for en høj grad af konformitet med civilretten, selvom civilretten på dette område vel fortsat ikke er helt klar.

Om *aktie- og anpartsselskaber* konstateredes det, at begrebsanvendelsen i skatteretten direkte er overtaget fra selskabsretten. Således følger skattesubjektiviteten for aktie- og anpartsselskaber som udgangspunkt disses retssubjektivitet. Konfrontationen har vist, at de enkelte fravigelser efter konkrete afvejsninger bør accepteres. Derimod er der ikke belæg for at konkludere, at der er opstået en selvstændig skatteretlig civilret ved anvendelse af aktie- og anpartsselskabsbegrebet.

For så vidt angår *andre selskaber med begrænset hæftelse* blev der konstateret middelstærke kongruenskrav og behov. Dette blev sammenholdt med den skatteretlige behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse. Af naturlige årsager kan den ældre selskabsskattelov ikke forholde sig til den senere normering i erhvervsvirksomhedsloven af andre selskaber med begrænset hæftelse. Således er der ikke umiddelbar harmoni mellem ordlyden af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 og LEV § 3. Imidlertid findes der i praksis at være en betydelig lighed. Således antages det, at erhvervsvirksomhedsbetingelsen gælder begge steder. Det samme gælder den selskabsretlige hæftelsesbegrænsning, mens den skatteretlige praktisering af kravet om overskudsfordeling i henhold til kapitalindskud i et eller andet omfang trækkes i retning af kendetegnende for virksomheder omfattet af LEV § 3.

Den skatteretlige behandling af andre selskaber med begrænset hæftelse kan ikke antages at være udtryk for anvendelse af en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse. Derimod forekommer der ved grænsedragningen heraf en delvis selvstændig skatteretlig vurdering.

Vedrørende *fondsbegrebet* udviser skatte- og civilretten kongruens. Dette forhold kommer direkte til udtryk ved, at fondes skattesubjektivitet direkte knyttes an til fondenes retssubjektivitet. Det er fremgået, at retstilstanden for de almindelige fonde bifaldes. Noget tilsvarende må kunne anføres, for så vidt angår erhvervsdrivende fonde. Den mindre afvigelse der ligger i, at skattesubjektiviteten for erhvervsdrivende fonde vækkes til live før selve registreringen, antages ikke at medføre nævneværdige problemer vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret. Den valgte konciperingsmetode bifaldes, og anbefales som betydelig inspirationskilde i forbindelse med fremtidige ændringer og tilpasninger af skattepligtsreglerne for selskaber mv.

Det juridiske *foreningsbegreb* aktualiserede spørgsmålet om dettes karakter af et relationsbegreb. Det er ikke muligt generelt at definere,

hvad der forstås ved en forening. Derimod er det som allerede nævnt muligt at fremhæve nogle af de retlige karakteristika. Når der således ikke er tale om anvendelse af civilrettens foreningsbegreb i skatteretlig henseende, må anskuelsen være den, at der herved ikke er tale om et egentligt samspil mellem skatteretten og civilretten. På denne baggrund måtte det konstateres, at det ikke er muligt at rejse et retskildebestemt kongruenskrav. Tilsvarende fremstår det tydeligt, at der ikke er dannet grundlag for at konstatere et koordinationsbestemt kongruensbehov. Af denne årsag diskvalificeredes problematikken umiddelbart til en nærmere analyse i henhold til afhandlingens analyseapparat. Den specifikt skatteretlige anvendelse af foreningsbegrebet kunne der som udgangspunkt ikke rettes juridiske indvendinger imod.

Omkvalifikation af civilretlige selskabsdannelser sker formentlig med udgangspunkt i en realitetsbegrundet dispositionskorrektur. Hermed tilsidesættes aftalefrihedens produkt i skattemæssig henseende. Således er der tale om en særlig skatteretlig fravigelsesmulighed fra i øvrigt (antaget) retskraftige dispositioner. Under henvisning til de almindelige betragtninger om problemstillingen i afhandlingens kapitel 17, blev det konstateret, at en konkret afvejning af de relevante hensyn måtte falde ud til fordel for de bag realitetsgrundsætningen liggende hensyn. Det blev derfor konkluderet, at den skatteretlige fravigelse fra civilretten qua realitetsgrundsætningen må anerkendes, for så vidt angår de specifikke overvejelser om systematikken vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret som afhandlingens grundteser repræsenterer.

Spørgsmålet om, hvorvidt den selskabsretlige kvalifikation også skal være bestemmende for den kvalifikation af et selskab, kan på ovenstående grundlag besvares⁶²¹. Det må således anføres, at svaret er fremkommet og hænger nøje sammen med konstateringen af eventuelle retskildebestemte og koordinationsbestemte kongruenskrav. Som det er påvist, varierer dette spørgsmål fra skattesubjekt til skattesubjekt. I nogle tilfælde lader det sig klart påvise, at skatteretten har overtaget den civilretlige begrebsdannelse, i andre er en sådan konstatering noget sværere at nå. Endelig ses der at være tilfælde, hvor det ikke giver mening at kræve kongruens mellem skatte- og selskabsretten for så vidt angår spørgsmålet om rets- og skattesubjektivitet.

Sammenfattende har analysen vist, at skatteretten, for så vidt angår

621. Sml. Aage Michelsen i NTS 1999, s. 98.

Del IV – Konfrontation

spørgsmålet om skatteretssubjektivitet, er nært forbundet med selskabsretten⁶²². Skatteretten har generelt ikke formået at vurdere skattesubjektivitet ud fra økonomiske kriterier om, hvad der synes af være hensigtsmæssige enheder til brug for skatteretten. Selvom skatteretten dog i visse situationer er tvunget til at anlægge en realitetsbedømmelse i forhold til konkrete selskabsdannelser, må det fortsat siges, at der benyttes civilretlige og rent skatteretlige kriterier i forbindelse med spørgsmålet om skattesubjektivitet. Skatteretten har således ikke formået at skille sig afgørende fra sit selskabsretlige grundlag, hvorefter man ved anvendelsen af selskabsskatteretten må lægge afgørende vægt på de selskabsretlige formaliteter. Herved kan det også konstateres, at skatteretten i vidt omfang undgår at påvirke civilretten, herunder valget af selskabsform. Så længe der er aftalefrihed på selskabsrettens område, forbliver forholdet formentlig som det nuværende, idet det herved ikke vil være muligt udtømmende at angive samtlige forekommende selskabsformer. Aftalefrihed kan ikke overføres til fastlæggelsen af juridiske personers skatteretlige retsevne. Skatteretten opstiller visse betingelser for skatteretlig retsevne for sammenslutninger, som er stiftet i henhold til den selskabsretlige aftalefrihed. Der er hermed tale om en bunden skatteretlig kvalifikation. Dansk skatteret har på denne baggrund, for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber, henholdt sig til selskabsrettens begreber, mens man for andre juridiske personer har måttet udvikle en selvstændig begrebsverden. Det er karakteristisk, at skattelovgivningen i vidt omfang formulerer skattepligtsevnen *som om* de begreber, der benyttes, har et anerkendt og entydigt indhold, der er fastlagt i andre retsdiscipliner.

Den konkrete konfrontation har vist, at skatteretten i nogle tilfælde direkte overtager den civilretlige begrebsdannelse, andre gange foretager afgrænsninger med inspiration hentet i civilretten og atter andre gange foretager en nærmest selvstændig skatteretlig kvalifikation. Det gælder for aktie- og anpartsselskabsbegrebet og fondsbegrebet, at der er tale om primære retsbegreber. Ved den skatteretlige anvendelse af sådanne må der antages at gælde snævre rammer for de skatteretlige

622. I svensk ret har *Sture Bergström* i *Skatter och civilrätt*, 1978, s. 237 og 272, konkluderet, at der består en høj grad af sammenfald mellem civilrettens retssubjekter og skatterettens skattesubjekter. Dette forhold opfylder efter forfatterens opfattelse kravet om forudsebarhed og tilgodeser dermed retssikkerhedsprincippet.

afvigelser fra civilretten. Realiteten er for sådanne enheder indeholdt i formaliteten.

Skatteretlige fravigelser fra civilretten finder dog sted i vist omfang. Disse fravigelser er der oftest efter konkrete analyser ikke fundet anledning til at kritisere. Vurderingen hos *Thøger Nielsen*, kan derfor tilsluttes, når det ytres, at man nok ikke har ramt det helt rette, med henvisning til den juridiske person, herunder aktie- og anpartsselskaber, men når – som erfaringen viser – et så tilpas rigtigt resultat, at systemet i lang tid kan fungere til trods for dets svagheder også i den praktiske verden⁶²³.

Selvom koncernbegrebet og filialbegrebet ikke direkte vedrører spørgsmålet om skattesubjektivitet, er der i kapitlet alligevel medtaget en analyse af disse fænomener. Selve det juridiske *koncernbegreb* giver ikke anledning til samspilsproblemer mellem skatteret og civilret. Derimod udgør koncernbehandlingen en central problemstilling, idet skatteretten hyppigt indebærer en fravigelse fra den civilretlige koncernopfattelse gennem enhedsteorien. De lege lata anvendes enhedsteorien udelukkende i begrænset omfang på yderst afgrænsede områder, med henblik på at tilgodese neutralitetshensynet. Neutralitetshensynet trækker endda i visse henseende i modsat retning af enhedsteorien, idet princippet foreskriver, at de enkelte koncernselskaber skal behandles som de selvstændige juridiske personer, de er. Det er ofte forekommende, at man gennem pligtlovgivning eller rettighedslovgivning fraviger det selskabs- og skatteretlige udgangspunkt om koncerner, som bestående af separate enheder, idet der ellers findes misbrugsmuligheder eller opstår uhensigtsmæssigheder eksempelvis i form af økonomisk dobbeltbeskatning. Som skatteretten er indrettet på nuværende tidspunkt konstateres det, at anvendelse af enhedsteorien og neutralitetshensynet ikke synes at give anledning til koordinationsteoretiske betænkeligheder.

Filialbegrebet synes ej heller at give anledning til samspilsproblemer mellem skatteretten og civilretten. Derimod indebærer selve filialbeskatningen en latent konflikt mellem skatteret og civilret. Beskatningen af filialer er indrettet således, at den i vidt omfang svarer til beskatningen af selskaber. Baggrunden herfor ligger i neutralitetshensynet. Den essentielle hensynsafvejning står mellem opretholdelsen af filialens ret-

623. Jf. Indkomstbeskatning I, 1967, s. 11 f.

Del IV – Konfrontation

lige natur som værende en integreret del af hovedkontoret mod det skatteretlige neutralitetsprincip. Den konkrete afvejning mellem at opretholde filialen og hovedkontoret som et og samme rets- og skattesubjekt mod et neutralitetshensyn fører efter min vurdering til, at der ikke kan gøres alvorlige indvindinger mod udfaldet til fordel til neutralitetsstandarden. Da der i alle tilfælde ses at være hjemmel til at fravige det retskildebestemte kongruenskrav, er også de formelle retlige krav opfyldt i denne henseende. Konklusionen understøttes af det forhold, at den skatteretlige selvstændighedsfiktion er begrænset, hvorved grundlæggende civilretlige anskuelser respekteres.

Kapitel 19

Selskabsstiftelse

§ 1 Indledning

Dette kapitel omhandler retlige samspil mellem skatte- og civilretten i forbindelse med stiftelsen af selskaber. Kapitlet omhandler alene udvalgte problemstillinger i forbindelse med stiftelse af aktie- og anpartsselskaber¹. Analysen vil i vidt omfang vurdere, om de relevante problemstillinger gribes an på en ensartet måde i skatte- og civilretten, og i afkræftende fald, hvilke implikationer dette kan medføre. De behandlede problemstillinger udgør: (1) udøvelse af erhvervsmæssig aktivitet inden registreringen, (2) tidspunktet for selskabsstiftelse og (3) forkert værdiansættelse ved indskud af realaktiver.

§ 2 Generelt om selskabsstiftelse – stiftelsesprocedure

Selskabsrettens normering af selskabsstiftelse består overvejende af formkrav vedrørende selve stiftelsesproceduren². Grundlæggende består denne procedure af fem trin for aktieselskaber: (1) udfærdigelse af stiftelsesdokument og udkast til vedtægter, jf. ASL §§ 3-6, (2) tegning af aktier og indbetaling af selskabskapital, jf. ASL §§ 7-8 og 13-16, (3) afholdelse af konstituerende generalforsamling, jf. ASL §§ 9-10, (4) anmeldelse af selskabet til Erhvers- og Selskabsstyrelsen, jf. ASL § 11 og

-
1. Oprettelsen af foreninger, andelsselskaber, kommanditselskaber og interessentskaber er ikke formbunden.
 2. Jf. herom *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 91 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 45 ff, *Lars Hedegaard Kristensen* i Selskabsformerne, 2002, s. 179 ff, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 131 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 153 ff, samme Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 22 ff, samme Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov, 2001, s. 28 ff, samme EU-selskabsret, 2002, s. 201 ff, *Ida Rosenberg m.fl.*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, s. 82 ff, samme Anpartsselskabsloven med kommentarer, 1997, s. 66 ff.

§§ 154-159, og endelig (5) selskabets registrering, jf. ASL § 12. Stiftelsesprocessen foregår successivt, men er ofte i praksis en simultanstiftelse. Stiftelse af anpartsselskaber er formelt mere enkel (simultanstiftelse), jf. ApSL §§ 4-13, idet hele processen foretages i en arbejdsgang.

§ 3 Registreringskriteriet

3.1. Selskabsretlig oversigt

3.1.1. Generelt

Aktie- og anpartsselskabers status som selvstændige retssubjekter indtræder med registreringen hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. ASL § 12 og ApSL § 12. Et endnu ikke registreret selskab savner således retsevne, handleevne, partsevne og procesevne. Dette indebærer, at et selskab under stiftelse ikke kan anlægge en sag ved domstolene³, at en enestifters kreditorer kan foretage udlæg i indskudte aktiver indtil registreringen, at fælleskreditorer i tilfælde af flere stiftere har fortrinsret til selskabsformuen, idet selskabet indtil registreringen betragtes som et interessentskabslignende forhold, at der ikke kan indgives konkursbegæring mod et endnu ikke registreret aktie- eller anpartsselskab⁴. Formålet med det selskabsretlige registreringskrav er, at en række oplysninger om selskabet derved bliver gjort offentligt tilgængelige⁵.

3.1.2. Virksomhed inden registrering

Aktieselskaber, anpartsselskaber og andre selskaber med begrænset hæftelse kommer til eksistens ved registreringen hos Erhvervs- og Sel-

-
3. Et selskab der ikke er registreret kan kun være part i retssager, som vedrører aktietegningen og indbetaling af aktiekapitalen, jf. ASL § 12, stk. 1, og ApSL § 12, stk. 1.
 4. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 80 f og *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 162 ff.
 5. Se generelt om det selskabsretlige registreringskriterium: *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 54 ff, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 162 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II – kapitalselskaber, 2000, s. 79 ff, *Noe Munck m.fl.*: Selskabsformerne – lærebog i selskabsret, 2002, s. 183 f, *Marianne Philip m.fl.*: Selskabsret, 2000, s. 31 f og s. 41 f, *Allan Philip*: Studier i den internationale selskabsrets teori, 1961, s. 175 ff, *Ida Rosenberg m.fl.*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, s. 121 ff og samme Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer, 1997, s. 90 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 166 ff, og samme Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 102 ff. Se endelig kritisk til selve registreringskriteriet *Karl Olivercrona*: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Uppsala Universitets Årsskrift, 1928, s. 191 f.

skabsstyrelsen, jf. ASL § 12, ApSL § 12 og LEV § 9. Selvom selskaber inden registrering savner retsevne, betyder dette dog ikke, at der ikke på selskabets vegne kan indgås forpligtelser, jf. forudsætningsvis ASL § 12, stk. 2 og ApSL § 12, stk. 2. Det forekommer da også hyppigt i praksis, at eksisterende personligt ejede virksomheder, indskydes som apportindskud i nystiftede aktie- og anpartsselskaber, ligesom der udøves livlig aktivitet med indgåelse af retshandler i perioden forud for registreringen. Sådanne begivenheder kan give anledning til visse juridiske problemer⁶.

For de forpligtelser, der er indgået på selskabets vegne i perioden mellem stiftelsesdokumentets oprettelse og registreringen, hæfter de, som har indgået forpligtelsen, eller har et medansvar herfor, jf. ASL § 12, stk. 2 og ApSL § 12, stk. 2. Der gælder således i retsstillingen til tredjemand en aktørhæftelse, der forudsætter en vis form for aktiv medvirken fra den berørte⁷. Denne hæftelse er personlig, ubegrænset og solidarisk og kan ramme såvel stiftere, selskabsdeltagere, medlemmer af selskabets ledelse samt andre, der har tilknytning til selskabet, uden at der herved kræves culpøs handlemåde.

Retsstillingen mellem de personer, der deltager i et selskab under stiftelsen afhænger af, hvad de indbyrdes har aftalt herom. Hvis parterne intet har aftalt, taler man om, at der som udgangspunkt består et interessentskabslignende forhold mellem de involverede⁸. I så fald hæfter aktørerne personligt, ubegrænset og solidarisk for gæld, de har

-
6. Se generelt herom *Bernhard Gomard: Aktieselskaber & Anpartsselskaber*, 2000, s. 109 ff, *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret*, 2004, s. 162 ff, *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II*, 2000, s. 82 ff, *Ida Rosenberg m.fl.: Aktieselskabsloven med kommentarer*, 1999, s. 123 ff, *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 166 ff, samme *Werlauffs kommenterede aktieselskabslov*, 2002, s. 107, *Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov*, 2002, s. 84 ff. Sidstnævnte anfører, at der herved er tale om en ejendommelig juridisk konstruktion, idet selskabet på den ene side ikke udgør et selvstændigt retssubjekt og på den anden side, at det accepteres at der indgås retshandler på dets vegne.
 7. En fuldmægtig vil ikke blive pålagt hæftelse, men medansvar kan foreligge, hvis den berørte har samtykket i (eventuelt stiltiende som passivitet), at en anden indgår den pågældende forpligtelse på selskabets vegne.
 8. Det er herved selvsagt en forudsætning, at flere personer driver virksomheden. Det er dog ikke en korrekt gengivelse af retstilstanden at antage, at der i tiden inden registreringen generelt skulle bestå et retsforhold mellem stifterne indbyrdes og i deres eksisterende forhold, svarende til et interessentskab, med stifterne som interessenter, jf. herom *Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov*, 2002, s. 109, samme i *Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov*, 2002, s. 90 f. Baggrunden herfor er, at alle interessenterne i et interessentskab hæfter solidarisk og ubegrænset herfor, mens selskabslovenes § 12, stk. 2 som nævnt indebærer en aktørhæftelse.

været enige om, at selskabet kunne eller skulle påtage sig, og fælleskreditorer har forrang til selskabsformuen. I selskaber under stiftelse, der kun har én stifter, som hidtil har drevet virksomheden som enkeltmandsfirma, påhviler gælden ejeren på lige fod med hans øvrige gæld, og både privatgæld og forretningsgæld kan inddrives hos ham.

Det kan endvidere udledes umiddelbart af selskabslovenes § 12, stk. 2, at selskabet ved registreringen overtager de forpligtelser, som følger af stiftelsesdokumentet, eller som er pådraget selskabet efter den konstituerende generalforsamling. Selskabet succederer herved, uden krav om kreditorsamtykke, i en række af de forpligtelser, der påhviler aktørerne. Herved bortfalder aktørhæftelsen efter § 12, stk. 2.

3.1.3. Stiftelsestidspunkt

Et aktieselskab anses for stiftet den dag, hvor den stiftende generalforsamling beslutter at stifte selskabet, mens stiftelsesdatoen for anpartsselskaber er den dato, hvor stiftelsesdokumentet underskrives. De regnskabsmæssige forskrifter om regnskabsår finder i ÅRL § 15. Heraf fremgår, at regnskabsåret skal omfattet 12 måneder, der altid skal begynde og slutte på en bestemt dato i året. Næste regnskabsår begynder dagen efter foregående regnskabsårs balancedato. Første regnskabsperiode kan omfattet en kortere eller længere periode end 12 måneder, dog højst 18 måneder, jf. ÅRL § 15, stk. 2. Sammenfald mellem den selskabsretlige og den skattemæssige regnskabsperiode er ikke krævet, med er praktisk for at undgå to regnskabsaflægninger hvert år. I selskabsretligt henseende accepteres det dog ikke, at første regnskabsår er udløbet allerede på tidspunktet for selskabets stiftelse⁹.

3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Den selskabsretlige registrering af aktie- og anpartsselskaber hænger nøje sammen med disse selskabsformers skattesubjektivitet. Dette følger direkte af ordlyden af SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Hermed er der som udgangspunkt direkte lovfæstet en kongruent retstilstand, for så vidt angår forholdet mellem skatteretten og selskabsretten.

Det relevante samspil mellem skatteretten og selskabsretten kan således siges at bestå i, at selskabsbegrebet er direkte overført til skatte-

9. Jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 28.1. 1997, Årsberetningen, s. 177.

retten. Hermed står det imidlertid klart, at også det selskabsretlige registreringskriterium er direkte overført til skatteretten. Konkretiseret er det et spørgsmål, om skatteretten skal henholde sig til den civilretlige konstatering af retssubjektivitet, der som anført sker på registreringstidspunktet. Dette har betydning i relation til spørgsmålet om virksomhedsudøvelse inden registrering. Hvad angår spørgsmålet om selskabsstiftelsens eventuelle tilbagevirkende kraft, er der tale om, at skattepligten indtræder før såvel stiftelsen som registreringen, og dermed altså før den selskabsretlige retsevne er blevet vakt til live.

I tilfælde af, at der i skatteretten i realiteten opereres med retsevnekriterier, der adskiller sig fra civilrettens retsevnekriterier, består et samspil i eksistensen af et selvstændigt skatteretligt begrebsapparat.

Det er nødvendigt at se på forudsætningerne for et eventuelt kongruenskrav eller kongruensbehov. Det følger naturligt, at forudsætningerne skal være til stede, før der kan stilles krav om kongruens, eller før der kan siges at bestå et koordinationsbehov. Det må antages, at der ikke er tale om forhold, der er væsensforskellige i skatte- og selskabsretten. Det giver derfor mening at operere med et krav om – eller behov for – kongruens. Civilretligt er der taget stilling til spørgsmålene om selskabers retssubjektivitet, og herunder behandlingen af selskaberne under stiftelse samt stiftelsestidspunktet, men disse er ikke i selskabsretlig henseende behæftet med store usikkerheder.

3.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Med udgangspunkt i afhandlingens evalueringsmodellen, må det som tidligere anført, lægges til grund, at der gælder såvel et *middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav* som et *middelstærkt koordinationsbestemt kongruensbehov* vedrørende anvendelsen af aktie- og anpartsselskabsbegrebet, jf. herom kapitel 18, § 7. En anvendelse af selskabsrettens registreringskriterium må følge denne klassifikation, idet man i skatteretlig henseende efter én gang at have lænet sig op ad civilrettens begrebsdannelse efterfølgende må følge den én gang valgte begrebsdannelse. Hertil kommer, at det retskildemæssigt direkte fremgår af SEL § 1, stk. 1, at et aktie- og anpartsselskab skal være indregistreret for at opnå skatteretsevne. Dette taler for eksistensen af et *stærkt retskildebestemt kongruenskrav* vedrørende den skatteretlige anvendelse af registreringskriteriet.

3.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3

3.4.1. Registreringskriteriets generelle forrang ved urigtig registrering

I selskabsskatteretlig praksis er registreringen af så stor betydning, at skattesubjektiviteten opretholdes selvom det senere viser sig, at betingelserne for registrering reelt ikke var til stede, eller at registreringen er sket på et forkert grundlag¹⁰. Fra praksis bør nævnes LSRM 1942, 15 og LSRM 1947, 2 og højesteretsdommen i TfS 1989, 68 H *ApS af 10.6. 1970 og Mogens Glistrup*, om et tomt Glistrup-selskab. I sagen blev et registreret anpartsselskab anset for skattepligtigt, selvom registreringen var opnået ved urigtige oplysninger om kapitalens indbetaling. Højesteret udtalte, at omstændighed, at Mogens Glistrup, som fastslået ved højesteretsdom af 22.6. 1983 (UfR 1983, 705 H) oprindelig opnåede indregistrering af blandt andre det appellerende selskab ved urigtige angivelser om kapitalens indbetaling, ikke i sig selv udelukker, at selskaber, der ikke har været begæret opløst kan undergives selskabsbeskatning, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1¹¹.

3.4.2. Virksomhed inden registrering

I skatteretten følger det af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, at skattepligten for aktie- og anpartsselskaber forudsætter indregistrering. Det præciseres i SEL § 4, stk. 1, at skattepligten indtræder på tidspunktet for stiftelsen. Det kunne umiddelbart synes bemærkelsesværdigt, at SEL § 1 foreskriver indregistreringen som den afgørende forudsætning for skattepligt, mens SEL § 4 foreskriver den forudgående stiftelse som tidspunk-

10. Spørgsmålet om beskatningen af urigtigt registrerede selskaber er også behandlet i svensk ret. Således analyserer *Sture Bergström* spørgsmålet i Ogiltighet ur civilrättslig och skatterettslig synsvinkel, 1984, s. 191 ff. Det anføres, at det er teoretisk tænkeligt, at en urigtig registrering kan omgøres, hvorefter spørgsmålet civilretligt følgelig er, om selskabet mister sin retsevne med tilbagevirkende kraft til registreringen, eller om selskabet først fra og med omgørelsesbehandlingen mister sin retsevne. Der fandtes på tidspunktet for *Bergströms* analyse ingen præjudikater på området. Nullitetstankgangen finder i denne sammenhæng ingen tilslutning, hvilket begrundes i hensynet til, at tredjemand skal kunne stole på registreringens indhold, jf. herved også *Carl Olivercrona*: Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, 1928, s. 121 ff (særligt s. 128). Dette taler for, at registreringens ophævelse alene kan tillægges fremadrettet virkning, hvilket også antages at gælde i skatteretlig henseende, jf. *Sture Bergström*: op.cit., s. 194.

11. Det skal herved bemærkes, at de lavere retsinstanser tilsyneladende fandt, at den relevante beskatningshjemmel skulle være SEL § 1, stk. 1, nr. 2.

tet for skattepligtens indtræden. Imidlertid må bestemmelserne forstås således, at selskabet vil blive skattepligtigt af sin virksomhed fra stiftelsen, når registrering har fundet sted¹². Beskatningen for stiftelsesåret udskydes hermed indtil registreringstidspunktet¹³. Såfremt stiftelsesbeslutningen forudsætter, at stiftelsen skal have virkning fra et nærmere angivet fremtidigt tidspunkt, må dette lægges til grund i skattemæssig henseende¹⁴.

Et selskab, for hvilket der er indgivet anmeldelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen rettidigt, bliver skattepligtigt fra stiftelsen, selv om registreringen sker med forsinkelse, når blot registreringen sker på det oprindelige grundlag¹⁵. En forudsætning for skatteansættelse inden registrering synes at være, at skattemyndighederne skønner, at registrering vil finde sted¹⁶.

Såfremt registreringen ikke er afsluttet inden udløbet af stiftelsesåret eller strækker registreringsperioden sig over flere indkomstår, beskattes virksomhedens indkomster i »selskabet under stiftelse«, uagtet det hverken har selskabsretlig eller skatteretlig retsevne, men er betinget af selskabets senere registrering på det ved stiftelsen vedtagne materielle grundlag¹⁷. Det praktiske synspunkt synes at være, at når et selskab er stiftet og driver erhvervsmæssig virksomhed forhindrer SEL § 4, at de personer, der står bag selskabet beskattes af virksomhedsindkomsterne i perioden frem til registreringen, forudsat at der udvises seriøse registreringsforanstaltninger. Derimod kan der sættes spørgsmålstegn ved hjemmelen til at skatteansætte et endnu uregistreret aktie- eller anpartsselskab mod stifternes og indskydernes vilje. Selvom selskabets første skatteansættelse i henhold til SEL § 4 omfatter selskabets indkomst fra stiftelsen, følger det af en ordlydsfortolkning af SEL §§ 1 og 4, at ansættelsen forudsætter, at betingelserne for subjektiv skattepligt er til stede. Idet dette først vil være tilfældet ved registreringen, kan det således hævdes, at en ansættelse ikke kan gennemtvinges mod et ikke-registreret selskab¹⁸. Dette synspunkt fører til personbeskatning af er-

12. Jf. LV 2005 S.B.1.4.2.

13. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, bind II, 1972, s. 284.

14. Jf. LV 2005 S.B.1.4.2.

15. Jf. LV 2005 S.B.1.4.2.

16. Jf. *Jørgen Andersen*: Vejledning i aktieselskabsbeskatning m.m., 1966, s. 38.

17. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 58.

18. Jf. *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 2, 2004, s. 313 f, med note 33. Der findes ingen direkte skatteretlig praksis til belysning heraf, men en række modregnings- og udlægssager

hvervsindtægter i perioden inden registreringen. Personbeskatningen må dog ophæves ved selskabets registrering.

Opnår selskabet *ikke registrering*, skal den foretagne skatteansættelse af selskabet under stiftelse ophæves. I stedet skal indkomsterne beskattes, formentlig opgjort efter indkomstopgørelsesreglerne for interessentskaber¹⁹ hos de, der drev virksomheden, eller for hvis regning og risiko denne blev drevet²⁰. Dette forhold må i almindelighed føre til en beskatning af de personer eller selskaber, der indskød eller skulle indskyde aktie- eller anpartskapitalen²¹. Hører stifterne ikke til blandt denne kreds, hvorom selskabslovgivningen intet krav indeholder, vil der formentlig ikke være grundlag for at lade beskatningen ske hos disse²².

3.4.3. Stiftelsestidspunkt – selskabsstiftelse med tilbagevirkende kraft

I skatteretlig henseende er det absolutte udgangspunkt, at selskabers skattepligt indtræder fra stiftelsen, jf. SEL § 4, stk. 1. Der består dog visse skatteretlige muligheder for at foretage selskabsstiftelse med tilbagevirkende kraft. I begrebet »stiftelse med tilbagevirkende kraft« ligger overvejelserne om, hvorvidt det accepteres, at et selskab lader sig

behandler spørgsmålet. Se TfS 1986, 403 Ø *Vamdrup Yachts A/S*, hvor et aktieselskab under stiftelse konkret blev anset som et interessentskabslignende forhold, men hvor skattemyndighedernes ønske om at modregne et skattekrav mod den ene af stifternes momstilgodehavende (negative momstilsvær) måtte respektere selskabskreditorens fortrinsret til selskabsformuen, hvori momstilgodehavendet indgik. I TfS 1986, 246 SKD, fandtes der ikke at være noget til hinder for at foretage modregning af et tilgodehavende hos et selskab under stiftelse med andre statskrav mod stifteren. Se også TfS 1995, 588 V, om udlæg for stifterens personlige gæld, foretaget mens selskabet var under stiftelse.

19. Der er ikke grundlag for at henføre den ikke-registrerede selskabsdannelse som et skattesubjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, idet ASL § 12, stk. 2 og ApSL § 12, stk. 2, medfører en personlig aktørhæftelse. Skattepligt i henhold til SEL § 1, stk. 1, nr. 6 kan forekomme, uanset tilstedeværelsen af personlig hæftelse, cf. *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 313, med note 34, men er næppe aktuel i forhold til ikke-registrerede aktie- og anpartsselskaber.
20. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskattebogen med kommentarer, 1997, s. 58.
21. Se TfS 2002, 777 Ø *Jean Poul Sander*, hvor en stifter blev skattepligtig af indtægter fra selskabet understiftelse, idet selskabet aldrig blev registreret.
22. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskattebogen med kommentarer, 1997, s. 58 f og *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 314. Der er efter forfatterens – og min – vurdering ikke grundlag for at antage, at det er *stifterne*, der må beskattes personligt af et eventuelt overskud, når registrering ikke opnås, jf. for en sådan modsat opfattelse LV 2005 S.B.1.5.2., *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 263, og formentlig *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, bind II, 1972, s. 284.

beskatte af den indkomst, der ligger forud for stiftelsen heraf²³. Herved undgår selskabets stiftere at blive personligt beskattet. Det erindres i denne forbindelse, at et aktieselskab anses for stiftet den dag, hvor den stiftende generalforsamling beslutter at stifte selskabet, mens stiftelsesdatoen for anpartsselskaber er den dato, hvor stiftelsesdokumentet underskrives. Selskabsretligt anses en overdragelse eller en virksomhedsomdannelse for at være sket på dette tidspunkt. Den skattemæssigt tilbagevirkende kraft har ingen betydning i selskabsretlig henseende i relation til hæftelsen overfor virksomhedens kreditorer²⁴. Det skal imidlertid fremgå af stiftelsesdokumentet, at stiftelsen er gennemført med tilbagevirkende kraft, og selskabets første regnskabsår vil løbe fra skæringstidspunktet.

Mulighederne for at opnå skattemæssig tilbagevirkende kraft findes for så vidt angår skattepligtige virksomhedsomdannelse i SEL § 4, stk. 4 og datterselskabsstiftelse i SEL § 4, stk. 5²⁵, samt for skatteneutrale virksomhedsomdannelse i VOL § 2, stk. 1, nr. 6.

I henhold til dette regelsæt, kan selskabsstiftelse ske med tilbagevirkende kraft, såfremt der *foretages indskud af en bestående personligt ejet virksomhed* til det stiftede selskab. I henhold til SEL § 4, stk. 5 og stk. 5 skal der være tale om en skattepligtig overdragelse. Der skal være tale om overdragelse af en *samlet virksomhed*, hvormed enkeltaktiver ikke er omfattet af bestemmelserne.

Et selskab der overtager en bestående virksomhed og stiftes på grundlag af en balance for denne virksomhed, der er opgjort pr. en dag, der ligger forud for den konstituerende generalforsamling (eller i et anpartsselskab forud for oprettelsen af et stiftelsesdokument), kan vælge at benytte denne balancedag som sin skattemæssige begyndelses-

23. Jf. bemærkningerne til lov nr. 285 af 12.5. 1999 (L 192), og Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2004/05, s. 153.

24. Derimod får den skattemæssige værdiansættelse af aktiver og passiver på skæringsdatoen betydning i selskabsretlig henseende. Således erklærer vurderingsmanden i medfør af ASL § 6 a, stk. 1, nr. 4, at værdien af de indskudte aktiver mindst svarer til det aftalte vederlag. Da erklæringen skal angå værdierne på vurderingstidspunktet, som skal ligge umiddelbart forud for den stiftende generalforsamling for aktieselskabers vedkommende og stiftelsesdokumentet for anpartsselskabers vedkommende, sikres det dermed, at værdierne er til stede på stiftelsestidspunktet, jf. herom Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen: Generationsskifte, 2002, s. 65, note 2.

25. Disse regler udgør en kodifikation af tidligere praksis som denne var lagt frem i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988, pkt. 30. Reglerne er kort omtalt hos John Bygholm i SR-Skat 1999, s. 241 f, og Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen: Generations-skifte, 2002, s. 64 ff.

dag. Der er herved tale om en tilbagevirkende kraft. Denne tilbagevirkende kraft må dog *ikke overstige 6 mdr.* fra den valgte skæringsdato, jf. SEL § 4, stk. 4 (personligt ejede virksomheder) og stk. 5 (datterselskabsstiftelser), samt VOL § 2, stk. 1, nr. 6. Det forudsættes, at der skal være tale om *100% ejerskab* til det nye selskab. Det er yderligere en betingelse, at stifteren (ejereren) *senest 1 måned* efter stiftelsen indsender genpart af de selskabsretlige stiftelsesdokumenter, samt dokumentation for, at selskabet er anmeldt til registrering²⁶. For overdragelser omfattet af SEL § 4, stk. 4 og stk. 5 skal der være tale om overdragelse til et *nystiftet selskab*, hvorimod overdragelser efter VOL § 2, stk. 1, nr. 6 kan ske også til *skuffeselskaber*. Såfremt virksomheden har flere ejere, gælder der tilsvarende regler, dog suppleret med den forudsætning, at ejerne skal vederlægges i forhold til deres andele i den personligt ejede virksomhed, jf. SEL § 4, stk. 4, sidste pkt.

Stiftelse med tilbagevirkende kraft er ikke et *universelt* begreb²⁷. Grænserne for den skattemæssigt tilbagevirkende kraft følger af den praksis, der forud for kodifikationen heraf havde udviklet sig, hvilket suppleres med de ændringer og modifikationer, der følger af den eksplicite lovregulering i SEL § 4, stk. 4 og stk. 5. Retsvirkningerne af stiftelse med tilbagevirkende kraft kan således undergives såvel en positiv som en negativ afgrænsning.

Tillægges overdragelsen skattemæssig virkning fra skæringsdatoen indebærer det, at *handelsværdien* af virksomhedens aktiver og passiver pr. denne dato lægges til grund ved opgørelsen af ejerens/moderselskabets afståelsessum samt selskabets anskaffelsessum for virksomhedens aktiver og passiver²⁸. Dette betyder, at virksomheden overdrages til

26. Det skatteretlige krav om indsendelse af dokumentation til skattemyndighederne senest én måned efter stiftelsen indebærer en tidsmæssig begrænsning i forhold til de selskabsretlige forskrifter om, hvornår et selskab kan anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Et aktieselskab skal være anmeldt til registrering senest 6 måneder efter stiftelsesdokumentets oprettelse, mens fristen for anpartsselskaber er 8 uger efter stiftelsesdokumentets underskrift. Iagttages disse frister ikke bortfalder stiftelsen. Det særlige skatteretlige krav om dokumentationsindsendelse inden 1 måned er begrundet i en særlig mulighed for spekulation, der bestod forud for kodifikationen af adgangen til stiftelsen med tilbagevirkende kraft. Således kunne virksomhedsejeren afvente udviklingen i op til et helt år, inden vedkommende tog stilling til, om selskabsstiftelsen skulle gennemføres med virkning for det pågældende år eller ej. Herved kunne det afventes om der eksempelvis opstod underskud i perioden, som stifteren selv ønskede at fratrække i perioden.

27. Jf. bemærkningerne til lov nr. 285 af 12.5 1999 (L 189) ad § 1, nr. 1 og 2.

28. Jf. LV 2005 S.B.1.4.2.1.

selskabet til den værdi, en uafhængig køber på denne dato ville give. Den tilbagevirkende kraft indebærer, at opgørelsen over virksomhedens aktiver og passiver, der i forbindelse med stiftelsen overdrages til selskabet, og dermed skal medtages i åbningsbalancen for dette, afspejler aktivsammensætningen på en skæringsdato, der kan ligge op til 6 måneder forud for stiftelsen af selskabet. Ligeledes gælder det, at selskabet *ved indkomstopgørelsen medregner de indtægter og udgifter*, som måtte anses for at vedrøre selskabet, såfremt overdragelsen af virksomheden rent faktisk var sket på skæringsdatoen til handelsværdien på denne dato²⁹. Begrebet gælder således kun for så vidt angår opgørelsen af aktiver og passiver, værdiansættelsen af disse og indkomstopgørelsen. Dette indebærer, at de aktiver, der indskydes i et selskab anses, for *anskaffet* på det *faktiske indskudstidspunkt* og ikke på det tidligere tidspunkt, hvor regnskabsåret i overensstemmelse med tilbagevirkningen begynder³⁰. Ved selskabets senere salg af de indskudte formuegoder er det derfor det faktiske anskaffelsestidspunkt, der er afgørende, medmindre der er sket succession gennem anvendelse af VOL³¹. Anskaffelsestidspunktet har betydning for beskatningen ved afståelse af aktierne, idet beskatningen heraf følger ABL's almindelige ejertidsregler. Det skatteretlige anskaffelsestidspunkt vil være sammenfaldende med det selskabsretlige stiftelsestidspunkt, uanset om selskabet er stiftet med tilbagevirkende kraft.

Baggrunden for at tillade stiftelse med tilbagevirkende kraft er praktisk. Således tilgodeser reglerne behovet for at færdiggøre de nødvendige regnskaber for den bestående virksomhed og stiftelsesdokumenter på plads forud for stiftelsen³².

29. Jf. bemærkningerne til § 1 i lov nr. 285 af 12.5. 1999 (L 189).

30. Jf. eksempelvis TfS 1986, 607 LSR, LV 2005 S.B.1.4.2.1., Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 153, og Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen: Generationsskifte, 2002, s. 65 f.

31. Jf. herom Carsten Fode & Arne Møllin Ottosen i TfS 1997, 794.

32. Det anføres om baggrunden i bemærkningerne til lov nr. 285 af 12.5. 1999 (L 189) ad § 1, nr. 1 og 2, at »... Dette accepteres af hensyn til den praktiske gennemførelse af stiftelsesproceduren og under henvisning til det sammenfald, der er mellem stifter og selskab. I den situation, hvor en anden person i forbindelse med stiftelsen tegner aktier og bliver medaktionær, vil et sådant sammenfald ikke være til stede, og det er derfor ikke fundet hensigtsmæssigt i en sådan situation at tillade stiftelsen tillagt tilbagevirkende kraft med den virkning, at indkomst erhvervet af en eller flere senere aktionærer anses for erhvervet af det fælles selskab ...«. Det anføres videre, at baggrunden er »... behovet for at have rimelig tid til at

3.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Det må anføres, at der ved den nævnte praksis, hvorefter der konstateres skattepligt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, trods *urigtig registrering* ikke er i modstrid med problemstillingens selskabsretlige baggrund. Således må det også selskabsretligt antages, at retssubjektiviteten afhænger af den formelle registrering, hvorved en juridisk person eksisterer fra registrering og indtil en afregistrering³³. Dette må gælde så meget desto mere, såfremt fejlene ved den selskabsretlige registrering ikke er op-rindelige. Civilretligt bliver der formentlig ikke tale om personlig hæftelse for selskabsstifterne, jf. ASL § 12 forudsætningsvis. Eventuel selskabsretlig hæftelse må formentlig løses efter culpanormen, jf. ASL § 140³⁴. Set i dette lys findes der ikke at være anledning til at foretage nærmere analyser af forholdet mellem skatteretten og civilretten.

Opretholdelsen af kongruens på dette område bifaldes. Samtidig kan det bemærkes, at den konstaterede kongruens må ses som en direkte konsekvens af, at aktie- og anpartsselskaber udgør et produkt af retsordenen, hvorfor en skatteretlig håndtering heraf må nødvendigvis holde sig til civilrettens udgangspunkt også i henseende til spørgsmålet om, hvornår sådanne selskaber opnår skattesubjektivitet.

En fravigelse fra selskabsretten er der heller ikke tale om ved den skatteretlige praksis vedrørende beskatning af virksomhedsindkomster i *selskaber under stiftelse*. Formentlig skal denne praksis ses som et udslag af ligningsmæssig fleksibilitet og praktabilitet, idet ligningen af det endnu uregistrerede selskab sker under et indforstået forbehold om, at »selskabet« senere registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og således kommer til eksistens som juridisk person og dermed som skatteretssubjekt. Den civilretlige forudsætning for skattesubjektiviteten bortfalder således ikke, men fremrykkes i fleksibilitetens navn i skatteretlig henseende. Sådanne ordninger kan næppe gøre nogen skade og

fremstille de regnskaber og gennemføre de overvejelser, der munder ud i stiftelsesdokumentet ...». Se eksempelvis yderligere Søren Halling-Overgaard & Birgitte Sølvkær Olesen: Generationsskifte, 2002, s. 88.

33. Se hertil Erhvervsankenævnets kendelse af 28.11. 2000, om registreringsnægtelse af et aktieselskab, begrundet i, at de aktietegnende selskaber på tidspunktet for anmeldelsen endnu ikke selv var blevet registreret, hvilke således i henhold til ApSL § 12, stk. 1 ikke ubetinget kunne disponere over de beløb eller andre midler, der var indbetalt eller indskudt, som vederlag for anparten.

34. I medfør af ASL § 11, stk. 2 (ApSL § 11, stk. 2) kræves, at der indsendes bevis for, at kapitalen er indbetalt.

kan vanskeligt kritiseres. Dette gælder uanset det konstaterede retskildebestemte kongruenskrav og koordinationsbestemte kongruensbehov.

Regler om skatteretlig *tilbagevirkende kraft* vedrørende selskabsstiftelse kunne som udgangspunkt synes at være udtryk for en skatteretlig fravigelse fra selskabsretten, idet selskaber forud for stiftelsen undergives en skattemæssig behandling som et selvstændigt skattesubjekt. Et selskab, der endnu ikke er stiftet, udgør selvsagt ikke noget retssubjekt i civilretlig henseende. Stiftelsen med tilbagevirkende kraft er dog ikke udtryk for en principiel skatteretlig opfattelse og håndtering af uregistrerede selskaber som selvstændige skattesubjekter. Dette understreges yderligere af den omstændighed, at en beskatning af et selskab i perioden forud for stiftelsesdatoen alene foretages under forudsætning af, at selskabet selskabsretligt kommer til eksistens som retssubjekt ved registreringen³⁵. Derimod er det fremgået, at der blot er tale om en praktisk foranstaltning, der skal lette virksomhedsomdannelser³⁶.

Sammenfattende må det derfor konstateres, at skatteretten grundlæggende ikke fraviger det civilretlige udgangspunkt om, hvornår selskabsdannelser skal tillægges retsevne. Der findes særlige skatteretlige regler og praksis, der modificerer udgangspunktet, men som ikke udgør brud med udgangspunktet. De skatteretlige modifikationer er alle betinget af praktikabilitetshensyn, hvorfor der ikke er fundet anledning til at fremsætte en kritik heraf.

35. Jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2004/05, s. 153.

36. I svensk ret har navnlig *Sture Bergström* behandler samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med selskabsstiftelse, jf. *Skatter och civilrätt*, 1978, s. 233 ff og samme *Ogiltighet ur civilrättslig och skatterettslig synsvinkel*, 1984, s. 182 ff. Se også *Å. Hellner*: *Bolagsbildning ur skatterättslig synsvinkel med särskild hänsyn till omvandling av enskild firma och handelsbolag till aktiebolag*, 1962, s. 81 ff. *Bergström* analyserer Regeringsrättens (RR) praksis om retroaktiv overdragelse af aktiver til et selskab. Det konstateres, at *ratio decidendi* synes at være hensynet til praktikabilitet, mens der samtidig er lagt vægt på, at skatteyderen ved tilbagevirkningen ikke har opnået utilsigtede skattemæssige fordele. Det konkluderes, s. 237, at der ikke med stiftelse med tilbagevirkende kraft er tale om, at der eksisterer et retssubjekt forud for stiftelsen af et selskab, men der er i stedet blot tale om en praktisk foranstaltning. Det var på denne baggrund forfatterens opfattelse, at stærke grunde taler for, at det er fortjenstligt at tillade overtagelse af virksomheder med tilbagevirkende kraft. Spørgsmålet om en eventuel realisationsbeskatning af aktiver som et selskab har erhvervet før registreringen og beskatningen af løbende indtægter behandles i *Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synsvinkel*, 1984, s. 184 ff. Også spørgsmålet om, hvornår aktier i et endnu ikke registreret selskab skal anses for at være erhvervet behandles. Anerkendelse af stiftelse med tilvirkende kraft benævnes s. 189, som »retroaktiv appotering«. Svensk praksis har i denne forbindelse ikke tilladt ejertid for fast ejendom medregnet for perioden forud for selskabets registrering.

§ 4 Indskud af aktiver – apportindskud

4.1. Selskabsretlig oversigt

Indskud i selskaber ved stiftelsen kan ske som apportindskud (realindskud)³⁷. I det følgende skal kort behandles de spørgsmål, der opstår i forbindelse med forkert værdiansættelse af de indskudte aktiver.

Stiftelsesdokumentet skal indeholde bestemmelser om, hvorvidt aktietegningen kan ske ved at indskyde andre værdier end kontanter, jf. ASL § 6, stk. 1 og ApSL § 7, stk. 1³⁸. Som udgangspunkt kan ethvert aktiv, som har en økonomisk værdi anvendes som apportindskud, dog ikke forpligtelser vedrørende arbejds- eller tjenesteydelser, jf. ASL § 6, stk. 2 og ApSL § 7, stk. 1 in fine. Behæftede aktiver kan indskydes, dog maksimalt med deres friværdi. Endelig kan det nævnes, at goodwill kan anvendes som apportindskud, under forudsætning af, at den tilknyttede virksomhed har eksisteret i en vis periode, der ikke er mindre end to år.

De selskabsretlige regler om apportindskud findes i ASL § 6 og ApSL § 7. Disse regler udgør en del af den overordnede regulering af selskabers kapital, som har til formål at beskytte selskabets kreditorer. Konkret sker dette ved at stille krav om, at der ved stiftelsen er tilført selskabet værdier, som mindst svarer til selskabskapitalen. Af hensyn hertil foreskriver de selskabsretlige regler, at der i forbindelse med apportindskud skal udfærdiges en vurderingsberetning, som skal vedlægges stiftelsesoverenskomsten ved anmeldelse af selskabet til registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. ASL §§ 6, stk. 1, nr. 1 og 6a, stk. 1³⁹. Disse regler skal ses i sammenhæng med reglen i ASL § 13, stk. 1 og ApSL § 13, stk. 1 (artikel 8 i 2. selskabsdirektiv) om forbud mod aktietegning til underkurs.

37. Kontant indskud giver i praksis ikke anledning til særlige problemer i forhold til aktionæren. Indbetales således et større beløb end aktionernes pålydende værdi, er aktionernes anskaffelsessum det faktisk indbetalte beløb, mens selskabet som hovedregel ikke påvirkes, idet SEL § 13, stk. 1, nr. 1 foreskriver skattefrihed for overkurs. Se infra kapitel 21 om overkurs.

38. Se om disse regler *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II*, 2000, s. 68 ff, *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret*, 2004, s. 134 ff, *Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 2000, s. 101 ff, *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 179 ff, samme Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 53 ff, samme Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov, 2002, s. 47 ff.

39. Reglerne om vurdering af apportindskud finder tillige anvendelse ved senere kapitalforhøjelser, jf. ASL § 33, stk. 1 og ApSL § 39, stk. 1 samt ved fusioner, jf. ASL § 134c, stk. 2.

Vurderingsberetningen skal udarbejdes af uvildige og sagkyndige vurderingsmænd og opfylde en række formkrav. Det drejer sig om en beskrivelse af de aktiver, der indskydes, oplysning om fremgangsmåden ved vurdering, angivelse af det vederlag, der fastsættes for overdragelsen, samt en erklæring om, at den samlede ansatte værdi mindst svarer til den pålydende nominelle værdi af den selskabskapital, der skal udstedes på baggrund af de indskudte aktiver, med tillæg af en eventuel overkurs, jf. ASL § 6a, stk. 1, nr. 4. Hvis apportindskuddet ikke mindst svarer til den udstedte selskabskapital, er der i realiteten udstedt aktier til underkurs, hvilket er ufravigeligt forbudt, jf. ASL § 13, stk. 1.

Vurderingsberetningens værdierklæringsfunktion har både en formelt og et materielt aspekt⁴⁰. Det formelle aspekt er, at et selskab, der stiftes med apportindskud, ikke kan registreres, såfremt erklæringen mangler. Det materielle aspekt er, at erklæringen begribeligvis skal være korrekt efter både stifternes og (i aktieselskaber) vurderingsmændenes bedste overbevisning, idet der ellers kan være grundlag for et erstatningsansvar.

Trods dette udgangspunkt forekommer det, at et selskab er blevet registreret på trods af, at reglerne om apportindskud ikke er iagttaget. Til spørgsmålet i sådanne situationer om, hvilke konsekvenser der udløses i selskabsretlig henseende, er svaret, at der ikke udløses direkte *selskabsretlige* konsekvenser som følge heraf⁴¹. Derimod udløses skatteretlige konsekvenser.

4.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Skatterettens forhold til privatautonomien figurerer i den præsenterede evalueringsmodel som en selvstændig opståelsesmulighed ved konkrete samspil i forholdet mellem skatteret og civilret. Hermed tilkendes forholdets vigtighed. Det primære relevante samspilsproblem på dette område udgør skatterettens fravigelser fra privatautonomien. Denne type af samspilsproblemer kan også benævnes *anerkendelsesspørgsmål*. Ved denne type af samspil er temaet, hvorvidt kontraktsfriheden i skattemæssig henseende skal anerkendes eller ej. Af relevans er yderligere

40. Jf. Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 66.

41. Hermed er der ikke taget højde for eventuelle erstatningsretlige konsekvenser samt muligheden for at gøre købe- og/eller aftaleretlige beføjelser gældende over for den indskyder der har fået for meget for sit indskud.

det samspilsproblem, der vedrører muligheden for at konkrete skatteretlige tiltag direkte modvirker civilretlige reguleringshensyn, eller måske endda medvirker til opfyldelsen heraf. Endvidere er der mulighed for forekomsten af selvstændige skatteretlige begreber, hvilket særligt kan tænkes forekommende i forbindelse med udfindelsen af »handelsværdien« for de indskudte aktiver.

Herefter må det konstateres, at evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger ikke synes at udgøre en hindring for en behandling af skatteretlige korrektionsmuligheder i henhold til en standardiseret bedømmelsessystematik.

4.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Indledningsvis skal det bemærkes, at forudsætningerne for kongruens er til stede. Dette ses ved den konstatering, at civilretten i et vist omfang og med betydelige usikkerheder har fastlagt et begrebsindhold for kontraktsfriheden som det konkret analyserede begreb, ligesom det er meningsgivende at tale om kongruens på det konkrete område. Det bemærkes herved, at en anerkendelse af kontraktsfriheden tillige udgør udgangspunktet i skatteretten, ligesom der ikke stilles særlige formkrav som forudsætning for denne accept. Herefter må henvises til analysen i kapitel 17, hvor der opstilledes et *stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov* ved den skatteretlige anerkendelse af den civile aftalefrihed. Samtidig opstilledes et *middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav*. Dette sidste krav må modificeres yderligere af den omstændighed, at der i selskabsretten findes regler, der netop udgør et indgreb i parternes aftalefrihed, idet der stilles krav om udarbejdelse af vurderingsberetning og herunder værdierklæring. Hermed tilsigtes netop at forhindre, at parterne lader et selskab betale mere for apportindskuddet end handelsværdien af de indskudte aktier.

Hvad angår udfindelsen af handelsværdien for de indskudte aktiver, må det siges, at der også her gælder et *stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov*. Begrundelsen skal for så vidt ikke findes i betragtninger om forholdet mellem skatteret og civilret. Spørgsmålet om, hvad der udgør et aktivs markedsværdi, er ikke et spørgsmål, der kan løses isoleres i skatte- eller civilretten. Rent logisk er markedsværdi ofte en u håndgribelig størrelse, som man kun kan forsøge at tilnærme gennem forskellige retlige eller økonomiske hjælpekriterier. Ret beset er begrebet »markedsværdi« vel en økonomisk størrelse. Det er derfor ikke tale

om et egentligt samspil mellem skatteretten og civilretten, idet begrebet ikke er civilretligt, skatteretlig eller i det hele taget juridisk for den sags skyld. Det må dog fastslås, at der ikke bør bestå alt for store forskelle i den handelsværdi, der lægges til grund i selskabsretlig henseende, og den markedsværdi der anvendes i skatteretlig henseende. Andet ville være ulogisk. Derimod står det fast, at skattemyndighederne på ingen måde er bundet af den værdi, der fremkommer til selskabsretligt brug. Det lader sig derfor fastslå, at der ikke består noget *retskildebestemt kongruenskrav* vedrørende fastsættelse af handelsværdien for indskudte aktiver ved apportindskud.

4.4. Skatteretlig behandling af forkert værdiansættelse ved apportindskud – evalueringsprocessens trin 3

Apportindskud sidestilles i skatteretlig henseende med salg af de pågældende formuegoder⁴². De indskudte formuegoder skal som udgangspunkt ansættes til værdien i handel og vandel. Denne betingelse anses i almindelighed at være umiddelbart opfyldt, såfremt aktiekapitalen tegnes af en bredere kreds⁴³. Derimod sætter skattemyndighederne overdragelserne i et kritisk lys, hvis aktietegningen foretages af én person eller en interesseforbunden kreds af personer. I LV 2005 S.B.1.4.1.1. angives det, at der i sådanne tilfælde kan foretages såvel værdi- som fordelingskorrektioner⁴⁴. Dog henvises samtidig til LL § 2. For så vidt angår værdikorrektionerne må LL § 2 udgøre det relevante hjemmelsgrundlag⁴⁵.

42. I norsk ret findes en monografi om den skatteretlige behandling af kapitalforhøjelser, jf. *Tor Bechmann*: Aksjekapitalforhøjelser i et skatteretligt perspektiv, Institut for offentlig retts skriftserie nr. 5/1997, hvor spørgsmålet om apportindskud (tingsinnskudd) behandles s. 49 ff.

43. Jf. LV 2005 S.B.1.4.4.1 og *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 265 ff.

44. Mere tilbageholdende er *Erna Christensen m.fl.* i Selskabsbeskatning, 2004, s. 266, hvor det anføres, at der i sådanne situationer kan foretages en provenuopgørelse for et indskud af eksisterende aktier i et andet selskab, ud fra de indskudte aktieposters reelle handelsværdi, uanset parternes indbyrdes aftale og deres fællesaftale med det nystiftede selskab.

45. Det kunne dog hævdes, at ej heller LL § 2 finder anvendelse ved selskabers stiftelse i forbindelse med apportindskud. Baggrunden herfor er at det kunne hævdes, at bestemmelsens kontrolkrav formentlig ikke er opfyldt på transaktionstidspunktet, idet man med transaktionen stifter det kontrolstatuerende ejerskab, jf. *Jakob Bundgaard & Jens Wittendorff*: Armslængdeprincippet & Transfer pricing, 2001, s. 76. Modsat dette anfører *Peter Dyhr* i SU 2002, 276 – nok med rette – at kontrollen naturligvis foreligger straks i forbindelse med selskabets stiftelse, idet indskuddet jo sker til det selskab,

Del IV – Konfrontation

De skatteretlige konsekvenser af skattemyndighedernes anfægtelse af værdiansættelsen af indskudte aktiver kan skitseres som følger⁴⁶. For *aktionæren* får en overdragelse til en *for lav pris* den konsekvens, at dennes personlige indkomst forhøjes med forskelsbeløbet mellem handelsprisen og markedsprisen⁴⁷. Samtidig forhøjes aktionærens anskaffelsessum for aktierne tilsvarende. Anfægtes overdragelsessummerne, fordi overdragelsessummen antages at have været *for høj*, er konsekvensen for aktionæren, at aktiernes anskaffelsessum skal nedreguleres, jf. TfS 2001, 173 V *Kurt Larsen* (retsforlig)⁴⁸. Heraf kan udledes, at LL § 16 A, stk. 1, ikke hjemler udlodningsbeskatning i sådanne situationer, idet der terminologisk ikke vil være tale om udlodninger, idet det manglende apportindskud aldrig er indgået i selskabet, og derfor ikke kan udloddes, jf. TfS 2001, 181 SKM⁴⁹. Dog vil der i fremtiden kunne komme udlodningsbeskatning på tale, når reguleringen for overprisen er så stor, at den overstiger aktie- eller anpartskapitalen. Dette vil være tilfældet, hvis korrektionerne medfører, at de gældsposter/forpligtelser som indskydes i selskabet overstiger værdien af de indskudte aktiver (negativt indskud). Anskaffelsessummen skal dog ikke reguleres ned med et eventuelt beløb, der er beskattet som maskeret udlodning. Ved omdannelse til handelsværdier kan anskaffelsessummen således ikke blive negativ⁵⁰.

stiften etablerer. Se også *Steen Askholt* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 720, der anfører at LL § 2 naturligvis også finder anvendelse i de tilfælde, hvor der sker stiftelse af et selskab ved apportindskud. Foretages et apportindskud i et aktie- eller anparts-selskab bliver det først et selvstændigt skattesubjekt omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1 fra registreringstidspunktet. Der kan derfor ligeledes argumenteres for, at selskabet ikke er omfattet af LL § 2 før registreringen. Dog skal det erindres, at selskaber skattepligt løber allerede fra stiftelsen, jf. SEL § 4, stk. 1, hvorfor de almindelige skatteregler også finder anvendelse i denne periode. Jeg må derfor tilslutte mig sidst-nævnte synspunkt, trods det allerede skrevne op.cit.

46. Jf. herom LV 2005. 1.4.4.1, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 265 ff, og *Steen Askholt* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 720 ff.

47. Dette svarer til en primær transfer pricing korrektion og det er en forudsætning herfor, at der er tale om en i arten skattepligtig indkomst. Således gælder det, at indskud af aktier, der efter ABL ikke udløser avancebeskatning, udelukkende får den konsekvens, at afståelsessummen forhøjes. Efter ansøgning kan det godkendes, at hovedaktionæren får godskrevet den ansatte merværdi som et tilgodehavende i selskabet, jf. herom LV 2005 S.B.1.4.1.1.

48. En overpris kan ligeledes reguleres over et eventuelt stiftertilgodehavende.

49. Se også *Ole Bjørn* i SR-Skat 2001, s. 143 f, og *Steen Askholt* i SpO 1985, s. 47 ff.

50. Det fremgår af kommentaren til retsforliget og den efterfølgende praksisændring, at det i relation til maskeret udlodning ikke gør nogen forskel, om der er tale om skattefri virksomhedsomdannelse. Denne kryptiske bemærkning finder *Ole Bjørn* i SR-Skat

For *selskabet* er konsekvensen af en *for lav pris* på det indskudte aktiver, at der ikke herved udløses indkomstbeskatning af merværdien hos selskabet. Synspunktet er, at merværdien anses for vederlagt gennem aktierne, hvis værdi således overstiger den oprindelige tegningskurs⁵¹. Der er således tale om en skattefri overkurs, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1⁵². Selskabet kan ved indkomstopgørelsen afskrive på grundlag af den forhøjede værdi, selv om stiftelsesoverenskomsten ikke omgøres, og selv om merværdien ikke er opført i selskabets officielle regnskab⁵³. *Overstiger* de aftalte overdragelsessummer aktivernes værdi, kan selskabet ikke afskrive på den overpris, det har betalt.

4.5. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Navnlig ét spørgsmål står tilbage efter præsentationen af den selskabs- og skatteretlige behandling af forkert prissætning ved apportindskud: nemlig spørgsmålet om, hvordan der kan opstå skatteretlig praksis om korrektioner og herunder maskeret udbytte i forbindelse med apportindskud, når der samtidig findes selskabsretlige forskrifter om udarbejdelse af vurderingsberetning og tilhørende værdierklæring. Hertil må det indledningsvis pointeres, at det er vigtigt at være opmærksom på, at de selskabsretlige og de skatteretlige regler for værdiansættelse af indskudte aktiver forfølger forskellige formål. De selskabsretlige regler tilsigter en sikring af, at der ikke mellem aktionær og selskab sker overførsel af formuegoder til for høje værdier. Dette fremgår af ordlyden af ASL § 6 a, stk. 1, nr. 4, med ordene »... *erklæring om, at den ansatte værdi mindst svarer til det aftalte vederlag, herunder den pålydende værdi af de aktier, der skal udstedes, med tillæg af eventuel overkurs*«. Kravet om oplysning i vurderingsberetningen om den anvendte fremgangsmåde, jf. ASL § 6 a, stk. 1, nr. 2, synes ikke i ordlyden at inde-

2001, s. 144, ikke fremgår af VOL § 4, stk. 2, men at den vel kan forsvares på den måde, at § 4, stk. 2, kun gør op med den skattemæssige anskaffelsessum for aktierne eller anparterne i de situationer, hvor aktivernes værdi overstiger passivernes værdi. Er dette ikke tilfældet, må det overskydende beløb beskattes som maskeret udlodning. I TfS 2001, 577, finder *Nikolaj Vinther*, at retsforliget ikke kan antages at omfatte omdannelser foretaget efter virksomhedsomdannelsesloven, idet en fravigelse fra successionsprincippet, efter forfatterens opfattelse synes ulovhjemlet.

51. Jf. LV 2005 S.B.1.4.1.2.

52. En tilskudsbetragtning, som fører til skattepligt for selskabet, synes ikke at have nogen berettigelse, såfremt aktionærindskuddet indskudt til en værdi under handelsværdien blot samtidig medfører nytægning af aktiekapital, jf. kapitel 21, afsnit 3.3.3.

53. Jf. ligeledes LV 2005 S.B.1.4.1.2.

Del IV – Konfrontation

holde et krav om at fremgangsmåden specifikt skal sigte mod at fremfinde det indskudte aktivs markedsværdi. Dog er det klart, at en uvildig værdiansættelse i vidt omfang netop tilsikrer et sådant hensyn, ligesom stifterne og (i aktieselskaber) vurderingsmændene har pligt til at forsøge at fremkomme med den korrekte værdiansættelse. Det må således antages, at de selskabsretlige regler sigter på at foretage en værdiansættelse i overensstemmelse med de indskudte aktivers markedsværdi. Dog sigtes mod at forhindre, at selskabet betaler for meget for de indskudte aktiver (underkurs). De selskabsretlige apportindskudsregler gælder ikke kun indskud i interessefællesskaber, idet eksempelvis også køb af virksomhed fra tredjemand omfattes af vurderingsreglerne.

Skatteretligt behandles transaktionen således, at den korrekte værdi skal benyttes som afskrivningsgrundlag og afståelsessum. Der ligger således en armlængdetankegang til grund for den skitserede praksis, hvorved inddrages såvel for høj som for lav værdiansættelse⁵⁴.

Det bagvedliggende samspilsproblem om en skatteretlig fravigelse fra civilretten gennem anvendelse af armlængdeprincippet skal ikke forfølges yderligere, idet problemstillingen allerede er behandlet indgående i Del IV, kapitel 17. Der skal i stedet fokuseres på det forhold, at der findes selskabsretlige forskrifter, der i princippet burde medføre et resultat med tilsvarende effekt.

Sat på spidsen kan samspillet mellem skatteret og civilret i denne forbindelse indsnævres til spørgsmålet om, hvorvidt der så at sige findes mere end én værdi for de indskudte aktiver, eller med andre ord om det skatteretlige armlængdeprincip afviger fra den økonomiske værdi som tilsikres af vurderingsberetningens værdierklæring. Det står fast, at der typisk ikke findes én armlængdepris for givne aktiver, men i stedet et interval. Dette er dog ikke det samme som en konsekvent skatteretlig bortseelse fra en selskabsretligt foranstaltet værdierklæring. Tidligere praksis om maskeret udbytte samt gældende praksis om korrektion ved indskud til for lave værdier synes at vise, at skattemyndighederne ikke

54. Der tages herved ikke højde for, at der herved selskabsretligt kan være tale om underkurs i strid med forbuddet i ASL § 13, stk. 1. Selvom der ikke tages højde for den civilretlige ulovlighed, må en skattemæssig korrektion af forholdet alt andet lige medvirke til at nedsætte skatteydernes motivation til at gennemføre sådanne tiltag. Herved kunne det siges, at skatteretten faktisk medvirker til at hindre aktieudstedelser til underkurs i forbindelse med apportindskud.

tillægger den selskabsretlige vurderingsberetning særlig vægt⁵⁵. Der synes dog ikke at være særlige hensyn, der taler for at opretholde en sådan praksis⁵⁶. En tilnærmelse af disciplinerne på dette område forekommer da også forholdsvis overskuelig.

-
55. Jf. også *Nikolaj Vinther* i TFS 2001, 577. Forfatteren anfører, at hvis stifteren har anmodet *skifteretten* om udpegning af en uvildig sagkyndig vurderingsmand, må dennes vurdering tillægges særlig vægt også i skatteretlig henseende. Helt samme vægt finder forfatteren ikke en vurderingsberetning fra stifterens egen revisor kan bære. Ud fra en retspolitisk betragtning synes forfatterens synspunkter rigtige, men uden videre at antage at udsagnet er udtryk for gældende ret, er at gå for vidt.
56. Forskellen mellem det skatteretlige og der selskabsretlige regelsæt viser sig endvidere derved, at en skatteretligt ændret værdiansættelse i henhold til omgørelsesreglerne i LL § 2, stk. 4 eller SSL § 37 C, ikke tilsvarende giver selskabsretlig mulighed for en ændret værdiansættelse. Det gælder, at såfremt selskabet allerede er registreret kan aktiekapitalen som hovedregel ikke ændres med tilbagevirkende kraft. Dog gøres der undtagelse herfra, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på visse betingelser godkender, at aktionæren krediteres en eventuel forhøjelse, der tilsvarende aktiveres i selskabets regnskab, jf. *Ida Rosenberg m.fl.*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, s. 120.

Kapitel 20

Selskabers hjemsted

§ 1 Indledning

Der er ofte en nær forbindelse mellem selskabsrettens og skatterettens hjemstedskonstatering¹. Om dette er tilfældet i dansk ret og i bekræftende fald i hvilken udstrækning, er temaet for dette kapitel.

§ 2 Selskabsretlige hjemstedskrav

I henhold til den almindelige opfattelse bekender Danmark sig på selskabsrettens område til den variant af inkorporationsteorien (indregistreringskriteriet), hvorefter et selskab er underlagt den retsorden, under hvilken selskabet er stiftet². Heraf følger, at selskaber, som er stiftet efter dansk ret, og som i forbindelse med stiftelsen er blevet registreret i et dansk selskabsregister, betragtes som danske selskaber og derfor anses for at være underlagt dansk ret³. Hvis det lægges til grund, at

1. Der kan i denne forbindelse tales om en refleksvirkning, jf. *Aage Michelsen*: Selskaber med dobbelt domicil i den internationale skatteret i FSR's årsskrift 1991, s. 212. Se generelt om selskabers hjemsted i den internationale skatteret *Robert Couzin*: Corporate Residence and International Taxation, 2002.
2. Denne antagelse stammer tilsyneladende fra *Allan Philips* doktorafhandling: »Studier i den internationale selskabsrets teori«, 1961, s. 146, hvor det konstateres, at det er stiftelseslandets lov, der finder anvendelse. Se også *Bernhard Gomard*: Aktie- og anpartsselskaber, 2000, s. 98, der konstaterer, at der ikke i ordene »hjemsted (hovedkontor)« ligger en forkastelse af stiftelses- eller registreringsteorien og en tilslutning til hovedsædeteorien, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 110 og 146, *Peter Arnt Nielsen*: International privat- og procesret, 1997, s. 631 f, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 43, samme i EU-selskabsret, 2002, s. 3, samme i Koncernretten, 1996, s. 79, samme *Werlauffs* kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 30 og samme med *Jørgen Nørgaard*: Vedtægt og aktionæraftale, 1995, s. 98-99, *Jens Valdemar Krenchel & Søren Friis Hansen*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 97. Se generelt *Paul L. Davis*: Gower's Principles of Modern Company Law, 1997, s 99 ff. Det skal bemærkes, at inkorporationsteorien under tiden omtales som stiftelses- eller registreringsteorien. For selskaber af aktie- og anpartsselskabstypen er registrering en obligatorisk del af selskabsstiftelsen, hvorfor der for disse selskabstyper er sammenfald mellem teoriene.
3. Dette fastholdes selvom der ikke direkte findes nogen domstolsafgørelser eller lovregler

inkorporationsteorien finder anvendelse i dansk ret, må et aktieselskab, der er indregistreret i udlandet, blot kunne flytte ledelsens sæde til Danmark uden at blive underlagt dansk selskabsretlig lovgivning⁴. På samme måde må et aktieselskab, som er indregistreret i Danmark og har sit vedtægtsbestemte hjemsted her, kunne flytte ledelsens sæde til udlandet og stadig være underlagt dansk selskabsret⁵.

Dog har det været fremført, at det ingenlunde med sikkerhed kan konstateres, om Danmark bekender sig til inkorporationsteorien, hovedsædeteorien eller en mellemting mellem disse⁶. *Allan Philip* begrundede blandt andet sin antagelse med, at der ikke var holdepunkter for at antage, at hovedsædeteorien var gældende. Denne slutning mødte en del kritik, idet det blandt blev anført, at man ikke kan slutte fra, at der ikke er holdepunkter for en teori, til at en anden teori finder anvendelse⁷. Det må konstateres, at uklarheden ikke endeligt lader sig afklare idet der foreligger modstridende fortolkningsmomenter⁸. Således kan det til støtte for inkorporationsteorien anføres, at Landsretsdommen i UfR 1998, 1071 Ø, kan tages til indtægt herfor. Når der stadig herefter er tvivl, skyldes det i vidt omfang, at der ikke i sagen blev procederet for anvendelse af hovedsædeteorien⁹. På den anden side kan det frem-

der bekræfter formodningen. Se dog formentlig forudsætningsvis UfR 1998, 1071 Ø. Tidligere blev det antaget, at selskabers nationalitet i henhold til dansk ret blev fastlagt under anvendelse af hovedsædeteorien, jf. eksempelvis *H.B. Krenchel*: Haandbog i dansk aktieret, 1944, s. 37 og *Kristian Sindballe*: Dansk selskabsret III, 1932, s. 19-20, om end i skatteretlig henseende.

4. Der kan ikke indenfor EU opstilles noget krav om reel tilknytning til registreringslandet, jf. EF-domstolens dom i *Centros*, C-212/97. EF-domstolen har gentaget standpunktet i sagerne *Überseering BV*, C-208/00 og *Inspire Art Ltd.*, C-167/01. Problemstillingen er righoldigt behandlet i litteraturen. Nævnes kan blot eksempelvis *Karsten Engsig Sørensen* i NTS 2002, s. 415 ff, *Maria Nelson* i NTS 2002, s. 417 ff, *Søren Friis Hansen* i SpO 2003, s. 275 ff, samme i NTS 2003, s. 431 ff, *Claus Gulmann* i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, s. 895 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 43 ff, samme EU-selskabsret, 2002, s. 3 ff, samme i UfR 1999 B, s. 465 ff, samt *Jan Schans Christensen*: Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret, 2003, s. 77 ff. Det synes således at være den generelle opfattelse, at hovedsædeteorien ikke længere kan opretholdes i lyset af EU-retten, dog uden at denne undsigelse er total. Tvingende almene hensyn må fortsat kunne varetages, jf. præmis 92 i *Überseering*.
5. Jf. *Mette Neville* i J 1997, s. 145 ff, særligt s. 150.
6. Jf. *Karsten Engsig Sørensen* i Selskabers kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), Lars Bo Langsted (red.), 1999, s. 158 ff og *Mette Neville* i J 1997, 145 (150 ff).
7. Jf. *Alf Ross* i UfR 1961 B, s. 318 ff, og *Lundgaard* i TfR 1961, s. 626. *Ross* anfører, op.cit., at problemstillingen må anses for uafklaret.
8. Jf. *Karsten Engsig Sørensen* i Selskabers kapital, Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), Lars Bo Langsted (red.), 1999, s. 158 ff.
9. Jf. *Karsten Engsig Sørensen* op.cit., s. 159.

hæves, at bemærkningerne til ApSL § 5 kan tages til indtægt for anvendelse af hovedsædeteorien. Det kan dog anføres, at det er tvivlsomt om ordene »faktisk ledes« i bemærkningerne, skal forstås som andet end, at der skal være en repræsentant, jf. herom nedenfor.

Ligeledes har det været fremført, at et dansk aktieselskab, ifølge aktieselskabsloven skal være knyttet til Danmark, dels gennem registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, dels gennem en placering af ledelsens sæde i Danmark¹⁰. Denne fortolkning støttes typisk på hjemsteds- og bopælskravene efter ASL § 4, stk. 1, nr. 2 (ApSL § 5, nr. 2) og ASL § 52, stk. 2.

Hjemstedsbetingelsen fremgår af ASL § 4, stk. 1, nr. 2 (ApSL § 5, nr. 2). Af ASL § 4, stk. 1, nr. 2 (ApSL § 5, nr. 2) fremgår det, at selskabets vedtægter skal indeholde bestemmelser om den kommune her i landet, hvor selskabet skal have hjemsted (hovedkontor). Det fremgår af forarbejderne hertil, at det er forudsat, at hovedkontoret og det formelle, vedtægtsmæssige hjemsted er sammenfaldende. Spørgsmålet er, om hjemstedet (hovedkontoret) skal fortolkes som ledelsens sæde, og i givet fald hvad der ligger heri¹¹. Dette spørgsmål besvares bekræftende af *Erik Werlauff*, hvor begrebet behandles som værende det sted, hvor ledelsen og hovedadministrationen har sit sæde¹². *Mette Neville*¹³ har analyseret problemet nøje og konkluderer, at en historisk fortolkning af hjemstedsbegrebet antageligt støtter den opfattelse, at ledelsens skal have sit sæde i Danmark¹⁴, mens en formålsfortolkning synes at føre til, at der alene kan stilles krav om, at selskabet har et bemandet admini-

10. Jf. *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004, s. 146, og *Aage Michelsen* i FSR's årsskrift 1991, s. 214, hvor det anføres, at spørgsmålet hovedsagelig kun har teoretisk interesse når det drejer sig om indregistrerede aktieselskaber og anpartsselskaber, idet indregistrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil være betinget af, at selskabet i en række af de andre tilknytningshenseender har tilknytning til Danmark. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen følger også den fortolkning, at ASL § 4, stk. 1, nr. 2, stiller krav om, at ledelsens sæde er placeret i Danmark, jf. *Ida Rosenberg, Lone Sneholt & Niels Thomsen*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, s. 87, og samme Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer, 1997, s. 70, der anfører, at der er sammenfald mellem begreberne »hjemsted« og »faktisk ledelse«.

11. Indholdet af begrebet undersøges særskilt nedenfor.

12. Jf. Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 30.

13. Jf. J 1997, s. 145 ff (152 ff).

14. Dette fremkommer på baggrund at en analyse af begrebets anvendelse i den tidligere firmalov. Det anføres, at noget kunne tyde på, at det har været lovgivers hensigt med tilføjelse af (hovedkontor) at præcisere, at dette skulle fortolkes som ledelsens sæde. Som en konsekvens heraf måtte det konkluderes, at Danmark oprindeligt ikke bekendte

strationskontor der, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted¹⁵. Standpunktet om det dobbelte tilknytningskrav, der må antages at udgøre en fravigelse fra den rendyrkede inkorporationsteori, fremkommer endda hos fortalene for Danmarks anvendelse af inkorporationsteorien. Der er næppe uoverensstemmelse mellem disse standpunkter. Baggrunden herfor er formentlig, at det ikke pålagt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at påse, at der er overensstemmelse mellem hjemsted og vedtægtsmæssigt hjemsted¹⁶. Der kan således meget vel tænkes, at nogle selskaber har et vedtægtsmæssigt hjemsted, der ikke længere er sammenfaldende med dets hovedforretningssæde¹⁷. Dog må det tillige anføres, at et rent fiktivt hjemsted ikke vil kunne registreres. Det må formentlig konstateres, at der ikke findes reelle sanktioner, der kan bringes i anvendelse. Selskabsretligt har selskabet således fortsat hjemsted i den kommune, som dets vedtægter angiver, hvis hovedsæde og vedtægtsmæssigt hjemsted ikke længere er sammenfaldende¹⁸.

Sammenfattende må det konstateres, at det ikke er muligt at udlede noget klart om den selskabsretlige retstilstand. En stort set enig teori

sig helt til inkorporationsteorien, idet man ifølge denne netop kan flytte ledelsens sæde til udlandet, blot selskabet fortsat er indregistreret i Danmark og har sit vedtægtsbestemte hjemsted her.

15. Hensynet bag ASL § 4, stk. 1, nr. 2 synes at være et tilgængelighedshensyn. Hensynet kan varetages mindre indgribende, herunder såfremt selskabet har et bemandet forretningskontor på hjemstedet, hvor interessenterne kan henvende sig. Dette kunne føre til, at der ikke i ASL § 4, stk. 1, nr. 2 skal stilles krav om, at selskabets ledelse skal være domicileret der, hvor selskabet har sit vedtægtsbestemte hjemsted. *Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard* antager i *Vedtægter og aktionæroverenskomster*, 1995, s. 99 ff, at skatteretlige hensyn kunne kræve en sådan fortolkning i overensstemmelse med tilgængelighedshensynet: Dette imødegås dog af *Mette Neville*, op.cit., s. 155 med note 48, der med rette anfører, at fiskale hensyn ikke syntes at kunne begrunde en sådan fortolkning idet det i skattelovgivningen normalt er placeringen for den faktiske ledelse, der er afgørende.
16. Jf. *Erik Werlauff*: *Werlauffs kommenterede aktieselskabslov*, 2002, s. 30. Se også *Ida Rosenberg, Lone Sneholt & Niels Thomsen*: *Aktieselskabsloven med kommentarer*, 1999, s. 87, og samme *Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer*, 1997, s. 70. *Niels Winther-Sørensen* finder, at selvom man følger den opfattelse, der indebærer, at ledelsens sæde efter ASL § 4, stk. 1, nr. 2 skal være placeret i Danmark, forhindrer dette ikke automatisk, at ledelsens sæde faktisk flyttes, jf. *Festskrift til Aage Michelsen, Paul Krüger Andersen m.fl. (red.)*, 2000, s. 316. Dette begrundes med, at der ikke er nogen selskabsretlige konsekvenser forbundet hermed.
17. Se også *Hanne Søndergaard Birkmose* i *NTS* 2004, s. 265 ff og samme *Konkurrence mellem retssystemer*, 2004, s. 62 ff.
18. I visse tilfælde vil der dog blive grebet ind, jf. eksempelvis Erhvervsankenævnets kendelse af 18.11. 2003, nr. 02-219.129, hvor der på foranledning af skattemyndighederne blev stillet krav om, at et anpartsselskabs registrerede hjemstedsadresse skal være der, hvor selskabets faktiske ledelse og administration foregår. Denne kendelse kriti-

Del IV – Konfrontation

anfører, at Danmark bekender sig til inkorporationsteorien. Der findes dog ikke nogen endegyldig stillingtagen til dette spørgsmål. Ligeledes kan hjemstedsbetingelsen fortolkes på forskellig vis, som enten indeholdende et krav om egentligt hovedsæde eller blot et krav om repræsentation. Såfremt førstnævnte fortolkning lægges til grund, må det yderligere konstateres, at der ikke findes selskabsretlige sanktionsmidler til håndhævelse af kravet, efter indregistreringen har fundet sted, hvorfor der de facto ikke vil være nogen selskabsretlige hindringer for en flytning af ledelsens sæde.

Ud over de ovenfor behandlede registreringspligtige aktie- og anpartsselskaber skal også virksomheder med *begrænset ansvar* omfattes af lov om erhvervsdrivende virksomheder anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 8, stk. 1 i LEV¹⁹. Det lægges til grund, at alle erhvervsdrivende virksomheder med begrænset hæftelse er undergivet registreringspligt efter lov om erhvervsdrivende virksomhed. Derimod er ikke-erhvervsdrivende virksomheder med begrænset hæftelse ikke omfattet af registreringspligten.

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens registre optages blandt andet oplysning om selskabets adresse og hjemstedskommune, jf. LEV § 10, stk. 3, 2. pkt. Beslutter selskabet på et senere tidspunkt at ændre sit hjemsted, skal anmeldelse herom være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, senest 2 uger efter beslutningen er truffet, jf. LEV § 11, stk. 1, 2. pkt. Virksomheder med begrænset ansvar skal således – ligesom aktie- og anpartsselskaber – oplyse et hjemsted her i landet for at blive registrerede²⁰. Der kan ydermere argumenteres for, ligesom for aktie- og anpartsselskaber vedkommende, at hjemstedet er det sted, hvor ledelsen har sit sæde²¹. Da der ikke på tilsvarende vis i erhvervsvirksomhedsloven er indsat en parentes, der indeholder ordet »hovedkontor«, kunne det dog også antages, at kriteriet ikke er identisk med den

seres af Hanne Søndergaard Birkmose i NTS 2004, s. 265 ff, for at være i strid med AL § 4, stk. 1, nr. 2 og ApSL § 5, stk. 1, nr. 2. Se tillige herom Søren Friis Hansen i Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2005, s. 105 ff, med en tilsvarende konklusion.

19. Også erhvervsdrivende fonde er registreringspligtige i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde. Disse behandles dog ikke nærmere i denne sammenhæng.

20. Jf. Erik Hørlyck: Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 77, der anfører, at når det efter LEV § 10, stk. 3, skal registreres, hvilken hjemstedskommune virksomheden har er forudsætningen utvivlsomt, at der skal være tale om en hjemstedskommune i Danmark. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har med hjemmel i LEV § 16 udstedt en anmeldelsesbekendtgørelse, jf. bekendtgørelse nr. 948 af 23.11. 1994.

21. Jf. Henrik Dam i Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 284.

ovenfor behandlede kriterium for aktie- og anpartsselskaber. Spørgsmålet er med andre ord, om der i ordene »oplysning om hjemstedskommune«, jf. LEV § 10, stk. 3, 2. pkt. ligger det samme som i ordene »den kommune her i landet, hvor selskabet skal have hjemsted (hovedkontor)«, jf. ASL § 4, stk. 1, nr. 2 og ApSL § 5, nr. 2. Der er ikke hjælp at hente i bemærkningerne til lovforslaget. Der er tilsyneladende ej heller taget stilling til spørgsmålet i den selskabsretlige litteratur.

Henset til uklarheden at det på aktie- og anpartsselskabsrettens område og til tilføjelsen af ordet »hovedkontor«, må der udvises forsigtighed med at slutte, at der også for virksomheder omfattet af erhvervs- virksomhedsloven gælder et krav, om at ledelsen skal have sit sæde i Danmark. Den håndfaste konstatering hos *Henrik Dam*, om at hjemstedet for virksomheder der er registreringspligtige efter erhvervs- virksomhedsloven, er det sted, hvor selskabets ledelse har sit sæde, kan der for ikke umiddelbart tilsluttes²². Kriteriet om ledelsens sæde indgår derfor formentlig ikke i hjemstedsudfindelsen efter erhvervs- virksomhedsloven. Som nævnt er det en forudsætning for LEV § 10, stk. 3, at der er tale om en dansk kommune, men dette er ikke ensbetydende med, at selskabets ledelse har sæde i Danmark. Derimod er der noget der taler for, at man efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder benytter et rent registreringskriterium. Det må for det første være klart, at loven ikke omfatter udenlandsk indregistrerede virksomheder, der flytter ledelsen til Danmark. Dernæst er der formentlig ikke nogen hindringer for, at ledelsen i en dansk erhvervsdrivende virksomhed flytter sædet til udlandet. *Dels* hersker der uklarhed om, hvorvidt der gælder bopælskrav for ledelsen svarende til de for aktieselskaber gældende, jf. ASL § 52, stk. 2. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder kræver kun, at der er en ledelse, hvis medlemmer skal registreres, således at der stedse er klarhed over, hvem der bærer ledelsesansvaret. Hverken loven eller dennes forarbejder tager uddybende stilling til spørgsmålet. *Erik Hørlyck* anfører, at ASL § 52, stk. 2 muligvis kan anvendes analogt ud fra den betragtning, at der i modsat fald ville være frit slag²³. Videre anføres det, at det næppe kan være en opfyldelse af lovens forudsætning, såfremt det skulle være muligt at vælge en ledelse udelukkende bestående af personer med bopæl i eksotiske lande, således at ledelsesansvaret ville blive en illusion. *Dels* skal hjemstedsbegre-

22. Op.cit., s. 284.

23. Jf. Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 76.

bet formentlig ikke fortolkes som indeholdende et krav, om at ledelsen skal have sit sæde i Danmark.

Andre selskaber, der ikke er omfattet af ovenstående kategorier er *ikke registreringspligtige*. Der findes efter alt at dømme ingen selskabsretlige praksis om sådanne selskaber hjemsted.

Som følge af ovenstående findes der ikke i selskabsretlig sammenhæng ligeså klare retningslinier for forståelse *hovedsædekriteriet* som i skatteretlig henseende. Der findes således ikke nogen lovbestemmelse, der eksplicit foreskriver et krav om, at ledelsen skal have sit sæde i Danmark.

Det selskabsretlige udgangspunkt for fastlæggelse af selskabers hjemsted er det sted, hvorfra selskabet faktisk ledes. Det lader til, at man stadig i selskabsretlig henseende lægger afgørende vægt på de kriterier, der kan udledes af UfR 1918, 39 H *Det Danske Gaskompagni*²⁴. Således lægges der vægt på det sted, hvorfra selskabet faktisk ledes. Praksis indebærer i denne henseende, at der ofte ses på bestyrelsens sæde. Denne praksis vil navnlig have betydning for aktie- eller anpartsselskaber eller selskaber, der har indrettet ledelsesfunktionen på samme eller lignende måde. Det erindres herved, at der gælder aftalefrihed med hensyn til opgaver og beføjelser. Der er på dette område i vidt omfang grundlag for at drage analogier fra aktie- og anpartsselskabslovgivningens regler²⁵. Retstilstanden svarer i denne henseende til den, der også var gældende i skatteretten indtil indførelsen af SEL § 1, stk. 6²⁶. Af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis kan der ligeledes udledes visse retningslinier for, hvorfra selskabet må antages at blive ledet. Der henvises herved til en afgørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen refereret i Advokaten 1996, Faglig Nyt, s. 125. En lokal skatteforvaltning havde rettet henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vedrørende hjemstedet for et holdingselskab, der i henhold til vedtægterne havde hjemsted hos en advokat i København. Det var den kommunale skatteforvaltnings opfattelse, at dette hjemsted var i strid med ASL § 4, stk. 1, nr. 2. Skatteforvaltningen henviste til, at holdingselskabet havde

24. Jf. *Ida Rosenberg m.fl.*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, note 4 ad § 4.

25. For virksomheder omfattet af lov om erhvervsdrivende virksomheder fremkommer en sådan konstatering blandt andet hos: *Erik Hørlyck*: Erhvervsdrivende virksomheder, 1994, s. 77, og *Carsten Fode & Noe Munk*: Valg af selskabsform, 2000, for eksempel s. 293. Det erindres dog, at der for disse selskabstyper ikke gælder noget krav om at ledelsen skal have sit sæde i Danmark.

26. Jf. LV 1994 S.A.1.

samme direktion som et helejet datterselskab med hjemsted i den pågældende skattekommune, og at ledelsens sæde derfor måtte overføres til den pågældende skattekommune. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastslog, at et selskabs hjemsted (hovedkontor) i overensstemmelse med det almindelige princip i dansk selskabsret skal betragtes som det sted, hvor ledelsen og hovedadministrationen har sit sæde (hvorfra selskabet ledes). Af holdingselskabets forretningsorden fremgik, at bestyrelsen var enige om, at bestyrelsesmødet kunne afholdes et andet sted. På baggrund heraf fandt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke grundlag for at antage, at holdingselskabets hjemsted var ukorrekt angivet i vedtægterne. Det var således acceptabelt, at selskabet lagde vægt på bestyrelsens og ikke direktionens sæde ved valg af vedtægtsmæssigt hjemsted.

Afgørelsen viser generelt, at der ved afgørelsen af hvor det selskabsretlige hjemsted findes, lægges vægt på, hvorfra selskabet ledes. Der gælder ikke i den forbindelse noget krav om, at ledelsen skal varetages af direktionen. Bestyrelsen kan lige så vel forestå denne opgave i henhold til kriteriet i ASL § 4, stk. 1, nr. 2. Afgørelsen tager specifikt stilling til et holdingselskab, hvorved der altså ikke er nogen daglig ledelse. Dette forhold lader dog ikke til at have været afgørende, hvorfor kendelsen må antages at være udtryk for den generelle retstilstand på området. Såfremt selskabet ikke har en »daglig ledelse« fastlægges hjemstedet i henhold til ASL § 4, stk. 1, blot som den kommune, som selskabet vælger som sit vedtægtsmæssige hjemsted. Dette forhold giver normalt ikke anledning til problemer i praksis.

De *selskabsretlige regler om selskabers ledelse* følger i dansk ret af ASL § 54 og ApSL § 19²⁷. Af ASL § 52, stk. 2 og ApSL § 19, stk. 1, 3. pkt. in fine følger det, at direktionen varetager den daglige ledelse af selskabet, mens bestyrelsen skal varetage den overordnede ledelse²⁸. Disse

27. Se om ledelsens opgaver efter disse bestemmelser *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret II – kapitalselskaber, 2000, s. 310, *Paul Krüger Andersen*: Aktie- og anpartsselskabsret, 2000, s. 271, *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 200 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 402 ff, og samme *Werlauffs kommenterede aktieselskabslov*, 2002, s. 312 f, *Ida Rosenberg m.fl.*: Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, s. 275 ff, og samme *Anpartsselskabsloven af 1996 med kommentarer*, 1997, s. 110 ff, og *Niels Th. Kjolbye* i UfR 1973 B, s. 241 ff (s. 250 ff), og samme: De nye selskabslove, 1973, s. 31 ff.

28. 1930-loven indeholdt direkte en sondring mellem overordnet ledelse og daglig ledelse. Selvom denne sondring rummede adskillige uklarheder, gav bestemmelsen i praksis en tilstrækkelig fleksibel ramme til fastlæggelse af kompetencefordelingen mellem direktion og bestyrelse i aktieselskaber, jf. *Niels th. Kjolbye*: De nye selskabslove, 1973, s. 32. Den direkte sondring bortfaldt med 1973-aktieselskabsloven. *Thorbjørn Søfsrud* kon-

krav gælder i sagens natur for aktie- og anpartsselskaber. Men det må antages, at der for andre selskabstyper skal lægges vægt på tilsvarende kriterier ved bedømmelsen af, hvor ledelsens sæde er placeret. Ved daglig ledelse forstås den normale løbende drift af selskabets virksomhed. Begrebet »daglig ledelse« er et relativt begreb med varierende indhold fra selskab til selskab, idet afgørelsen af om en disposition er ekstraordinær, skal ske under hensyn til selskabets forhold²⁹. Det, som er daglig ledelse i ét selskab, kan således være beslutninger af usædvanlig karakter i et andet selskab og de opgaver, der henhører under den daglige ledelse, kan være nærmere beskrevet i bestyrelsens forretningsorden, jf. ASL § 56, stk. 5, nr. 2, for børsnoterede selskaber. Bestyrelsen er enekompetent til at træffe afgørelse i sager, der for selskabet er af usædvanlig art eller stor betydning, jf. ASL § 52, stk. 2, 2. pkt. og ApSL § 19, stk. 1, 3. pkt. Bestyrelsen kan delegere sin kompetence i disse sager til direktionen, jf. ASL § 54, stk. 2, 3. pkt. Såfremt bestyrelsen dog ikke har bemyndiget direktionen til at træffe beslutning, falder beslutningen uden for direktionens kompetenceområde og hermed uden for den daglige ledelse. Dog følger det af dansk rets almindelige principper om *negotium gestio* (uanmodet interessevaretagelse eller forretningsførelse), at der kan foretages fravigelse fra udgangspunktet, såfremt der ikke er tid til at afvente bestyrelsens beslutning (med andre ord foreligger der *periculum in mora* = fare ved at vente), jf. konkretiseringen i ASL § 54, stk. 2, 3. pkt. *in fine*. Det må afgøres konkret, om en sag kan besluttet af direktionen, eller om der er tale om en sag, der for selskabet er af usædvanlig art eller stor betydning. De danske selskabslove giver de enkelte selskaber stor frihed til at fordele opgaverne mellem bestyrelse og direktion indenfor rammerne af ASL § 54. Ved en afgørelse af, om en sag hører under bestyrelsens enekompetence, må der lægges vægt på eventuelle bestemmelser herom

staterer i Bestyrelsens beslutning og ansvar – spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar, 1999, s. 159, at det nærmeste man kommer en generel karakteristik af bestyrelsens ledelsesfunktion formentlig er at betegne den som komplementær til den daglige ledelse, dvs. som udøvelse af den ikke-daglige ledelse, herunder dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning. Det anføres, at der på trods af bemærkningerne til ASL af 1973, næppe er nogen grund til ikke at anvende 1930-lovens betegnelse *overordnet ledelse* som betegnelse for den ikke-daglige ledelse.

29. Jf. Niels Th. Kjolbye: De nye selskabslove, 1973, s. 33, og samme i UfR 1973 B, s. 251.

i selskabets vedtægter³⁰ eller bestyrelsens forretningsorden, karakteren og omfanget af den virksomhed, som selskaber driver, eventuelle kutymer i branchen, samt selskabets hidtidige praksis³¹. Beslutninger, der vedrører den overordnede strategiske beslutninger, vil dog oftest falde uden for den daglige drift³². Disse vedrører selskabets generelle økonomiske udvikling, eller formulering af selskabets overordnede politikker mv.³³:

Der foreligger kun sparsom retspraksis i Danmark vedrørende spørgsmålet om afgrænsningen af direktionens kompetence i forhold til bestyrelsen. Spørgsmålet har ikke tilsvarende relevans i selskabsretten for selskaber uden daglig ledelse, idet kriteriet her benyttes som intern kompetenceafgrænsning mellem direktion og bestyrelsen. Da der ikke

-
30. Formentlig forholder det sig således, at ledelseskompетенzen ikke kan skubbes væk fra bestyrelsen i vedtægterne. Derimod kan direktionskompetenzen indskrænkes, jf. *Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægt og aktionæraftale*, 1987, s. 216.
 31. Jf. *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II*, 2000, s. 310, der anfører at der eventuelt kan hentes vejledning i udkastet til det femte selskabsdirektiv (78/660/EØF), der i artiklerne 12 og 21 angiver en række særligt vidtgående beslutninger, hvor beslutningskompetenzen hører under bestyrelsen.
 32. Jf. *Thorbjørn Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*, 1999, s. 159 ff, der anvender betegnelsen »strategiske beslutninger« som det ledelsesteoretiske modstykke til betegnelsen »driftsmæssige beslutninger«, der i henhold til betænkning nr. 540/1969 karakteriserer direktionens daglige ledelse. Forfatteren konstaterer dog følgelig, at bestyrelsens ledelse udtrykker andet og mere end henvisningen i ASL § 54 til dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning.
 33. Se herom *Jan Kobbervægel: Direktøren*, 1987, s. 90 ff, der under forbehold af variationer fra selskab til selskab, eksemplificerer, hvad der i de fleste selskaber forstås ved ekstraordinære dispositioner og i tilslutning hertil *Jytte Thorbæk: Aktieselskabsorganernes kompetence* i EF, 1973, s. 325. Se endvidere *René Lykke Wethelund* i TFS 2004, 229. I overordnede, termer kan følgende dispositioner siges at henhøre under bestyrelsen, jf. *Erik Werlauff: Selskabsret*, 2003, s. 402 ff: Den overordnede ledelse, jf. ASL § 54, stk. 1, 1. pkt. samt stk. 2, 1. pkt. modsætningsvis, ApSL § 19. Opstilling af generelle, overordnede retningslinier for direktionens daglige ledelse, jf. ASL § 54, stk. 2, 1. pkt., ApSL § 19, stk. 1, 3. pkt. Fastlæggelse af selskabets firmapolitik, »policies« mv. Udstedelse af konkrete anvisninger for bestemte sager, jf. ASL § 54, stk. 2, 1. pkt. Udstedelse af bemyndigelse for direktionen til at foretage dispositioner, der eller ville høre under bestyrelsens kompetence, jf. forudsætningen i ASL § 54, stk. 2, 3. pkt. (ApSL § 19, stk. 1, 3. pkt.). Tilsyn og kontrol med direktionens arbejde, jf. ASL § 54, stk. 3, 2. pkt. (ApSL § 20, stk. 1 forudsætningsvis). Sørge for forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, jf. ASL § 54, stk. 1, 2. pkt. Filial- og datterselskabsoprettelse. Påse at bogføringen kontrolleres tilfredsstillende, jf. ASL § 54, stk. 3, 1. pkt. (ApSL § 20, stk. 1, 2. pkt.). Påse at formueforvaltningen kontrolleres tilfredsstillende, jf. ASL § 54, stk. 3, 2. pkt. (ApSL § 20, stk. 1, 2. pkt.) Bestyrelsen i et aktieselskab skal tage stilling til, om kapitalberedskabet til enhver tid er forsvarligt i forhold til selskabets drift, jf. ASL § 54, stk. 3, 1. pkt. Meddele prokura, jf. ASL § 54, stk. 4.

findes skatteretlige retningslinier om forståelse af kriteriet om daglig ledelse, må det som udgangspunkt slutes, at der er kongruens på området.

§ 3 Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Flere potentielle samspil synes at kunne opstå i forbindelse med spørgsmålet om selskabers hjemsted i skatte- og civilretlig henseende.

For det første ses det samspil, at skatteretten overtager civilrettens registreringskriterium til brug for konstateringen af selskabers skattemæssige hjemsted.

For det andet er det en mulighed, at skatteretten kan overtage civilretlige begreber. Denne typeproblemstilling bliver aktualiseret ved samspillet mellem de forskellige fortolkninger af begrebet »ledelsens sæde«. Herved tænkes på, at skatteretten benytter begrebet »daglig ledelse«, der kan antages at stamme fra den selskabsretlige normering af direktionskompetence. Modsat er det dog ikke en mulighed, at skatteretten generelt skal benytte selskabsrettens begreb om ledelsens sæde. En sådan anvendelse kan selvsagt kun finde sted i det omfang, der findes en daglig ledelse. Hvor dette ikke er tilfældet, må der søges andre løsninger. Som der er redegjort for ovenfor, må der selskabsretligt lægges vægt på, hvorfra selskabet ledes men ikke nødvendigvis forstået som den daglige ledelse som typisk forestås af direktionen.

For det tredje er det en mulighed, at der kan blive tale om en selvstændig skatteretlig civilretlig. Denne opståelsesmulighed kan forekomme derved, at skatteretten benytter det selskabsretlige begreb »daglig ledelse«, men at der ikke findes tilstrækkelig vejledning i selskabsretlig henseende til at gennemføre de for skatteretten nødvendige konkrete vurderinger af, hvor den daglige ledelse finder sted.

For det fjerde kan der opstå en helt eller delvis selvstændig skatteretligt begrebsdannelse ved fortolkningen af begreberne »ledelsens sæde« og »daglig ledelse«. Dette vil være tilfældet, såfremt man skatteretligt ikke vælger at følge den selskabsretlige begrebsdannelse, ligesom det er tilfældet, hvor man nok følger den selskabsretlige begrebsdannelse, men naturligt nok kun for selskaber der faktisk har en daglig ledelse. For selskaber uden daglig ledelse må det slås fast, at de selskabsretlige kriterier om daglig ledelse ikke udgør tilstrækkeligt udtryk

for den reelle ledelsesmæssige funktion. Af denne årsag lægges der i skatteretlig henseende vægt på det sted, hvorfra den reelle ledelsesfunktion udøves. Det er her ikke selvstændig selskabsretlig relevans at fastslå, hvad der udgør den reelle selskabsledelse i selskaber uden daglige ledelse. Af denne årsag indtager spørgsmålet ikke en plads i den selskabsretlige teori.

Endelig for det femte er det en mulighed, at det konkrete samspil giver anledning til at overveje om skatteretten kan opnå en vis afsmittende virkning på selskabsretten. Der tænkes her på, at den skatteretlige fortolkning af begreberne »ledelsens sæde« og herunder særligt begrebet »daglig ledelse« kan medføre en vis vejledning til brug for den selskabsretlige fortolkning af samme begreber. Baggrunden herfor er, at der i skatteretlig henseende er et væsentligt større behov i praksis for at opnå klarhed over begrebernes indhold. Af samme årsag er der fremkommet skatteretlig praksis om begreberne og denne tendens vil givetvis fortsætte.

Evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger medfører ikke et bortfald af den nærmere evalueringsproces.

§ 4 Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

For så vidt angår det samspil mellem skatteret og civilret, der består i, at skatteretten har overtaget et civilretligt fundament i form af registreringskriteriet, må der konstateres et *middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav*. Dette fremkommer ved det forhold, at kriteriet direkte fremgår af ordlyden af SEL § 1, og formentlig er direkte forudsat af lovgiver.

Forudsætningerne herfor er til stede, idet der for så vidt er taget stilling til spørgsmålet i civilretten samt, at det også i den givne situation er meningsgivende at opstille et kongruenskrav. Dette må tillige anses for hensigtsmæssigt, idet der er tale om et allerede veludviklet system, på hvilket skatteretten med fordel kan falde tilbage på.

Derimod må der være tale om et *svagt koordinationsbestemt kongruensbehov*, når der henses til (1) den ringe civilretlige betydning af hjemstedsbegrebet, (2) at begrebet ikke afspejler de reelle økonomiske forhold, idet der ikke håndhæves noget hjemstedskrav samt (3) den uklarhed, der hersker herom i teorien. Dog må det som lod på vægtskålen

antages, at kongruens vil indebære en forbedring af hjemstedsbetingelsernes praktiske resultater og anvendelighed.

I forbindelse med den skatteretlige fastlæggelse af selskabers hjemsted gennem anvendelse af kriteriet om *ledelsens sæde*, må vurderingen af, hvorvidt der kan konstateres et kongruenskrav eller -behov, foregå på to niveauer. Dels må det helt overordnet overvejes, om der kan argumenteres for, at der består et sådant krav eller behov ved fastlæggelse af begrebet »ledelsens sæde«. Dels må det vurderes, om der gælder et kongruenskrav eller -behov ved anvendelse af begrebet »daglig ledelse« som en følge af brugen af begrebet ved fortolkningen af SEL § 1, stk. 6.

Begge disse spørgsmål kan passere evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger. Herefter kan evalueringsprocessen påbegyndes. Indledningsvis må det slås fast, at betingelserne for kongruens er til stede. Kravet om meningssammenhæng er tilgodeset i den konkrete situation. For så vidt angår kravet om civilretlig stillingtagen, må dette antages at være tilgodeset, for så vidt angår begrebet »ledelsens sæde« og »daglig ledelse«.

For så vidt angår det første led af denne prøvelse, må det lægges til grund, at der *ikke består et retskildebestemt kongruenskrav*. Dette antages at gælde, hvad enten der er tale om selskaber med eller selskaber uden daglig ledelse. Hvad angår spørgsmålet om tilstedeværelsen af et *koordinationsbestemt kongruensbehov* kan der argumenteres for, at der består et et sådant af *svag* karakter. Dette kan blandt andet begrundes med, at en kongruent begrebsanvendelse formentlig kan tilsikre en passende afspejling af realiteten ved selskabers ledelse. I selskabsretlig henseende har spørgsmålet dog ikke så stor betydning som i skatteretlig henseende. Selvom om udgangspunktet i selskabsretligt henseende er, at der skal ses på det sted, hvorfra selskabet *faktisk ledes*, er det ikke sikkert, at det er dette sted, der reelt anføres i vedtægterne. Dog kan en udfylgende konkret skatteretlig vurdering nærmere analysere, hvorfra selskabet reelt ledes. Ligledes må det lægges til grund, at en kongruent begrebsanvendelse vil leve op til en målsætning om praktisk håndterbarhed.

For så vidt angår det andet spørgsmål om fastlæggelse af indholdet af begrebet »daglig ledelse«, er det en mulighed at anvende det civilretlige begreb, ligesom det er en mulighed at lade det være op til skatteretten egenhændigt at udfylde begrebet. I denne forbindelse taler det for eksistensen af et *retskildemæssigt kongruenskrav*, at Højesteret i TfS 1998,

607 H *Californiaia Kleindienst A/S*, har fortolket begrebet »selskabets egentlige ledelse« i dagældende kapitaltilførselsafgiftslovs § 2, som værende udtryk for, hvor selskabets daglige ledelse varetages. Højesteret henviste i denne forbindelse direkte til ASL § 54, stk. 2, 1. pkt. for en konstatering af, at det er direktionen, der varetager den daglige ledelse. Formentlig er der ikke materiel forskel på begrebet »selskabets egentlige ledelse« og »ledelsen«, jf. SEL § 1, stk. 6. Af denne årsag har dommen formentlig også betydning for fortolkningen af SEL § 1, stk. 6³⁴. Derfor kan der med rimelighed kan siges at bestå et *svagt retskildebestemt kongruenskrav* i relation til forståelsen af begrebet »daglig ledelse« for selskaber, der rent faktisk har en daglig ledelse. For selskaber uden daglig ledelse har det ikke relevans at diskutere, hvorvidt der gælder et kongruenskrav ved forståelsen af begrebet daglig ledelse, idet der jo netop ikke findes en sådan.

Hvad dernæst angår et *koordinationsbestemt kongruensbehov*, kan det formentlig konstateres, at der også her må gælde et behov for kongruens i relation til selskaber med en daglig ledelse. Antagelsen støttes af, at der ikke findes selvstændige skatteretlige retningslinier til at understøtte en autonom skatteretlig fortolkning, ligesom de selskabsretlige regler netop afstikker rammerne for ledelsesbeføjelserne. Af denne årsag er det derfor yderst nærliggende at anvende eksisterende selskabsretlig normering om spørgsmålet. Hensynet til praktisk håndtérbarhed taler for at anvende den selskabsretlige forståelse, så vidt dette er muligt. Formentlig sikrer anvendelsen af det selskabsretlige begreb tillige den fornødne realitet ved vurderingen af, hvor den daglige ledelse befinder sig. Behovet styrke må på denne baggrund karakteriseres som værende *middelstærkt*. Det lader yderligere til at den skatteretlige litteratur også har valgt den anførte fortolkning³⁵.

34. *Lars Eriksen* finder i SU 1996, 150, s. 189, at baggrunden for at (Landsrets-)dommen kan anses for interessant i relation til fortolkningen af SEL § 1, stk. 7 (nu stk. 6) kan begrundes med to forhold. Dels anføres det, at termen »selskabets egentlige ledelse har haft sit sæde her«, hverken var nærmere defineret i forarbejderne til lov om kapitaltilførselsafgift eller i forbindelse med udarbejdelsen af det bagvedliggende direktiv, hvorfor begrebsdannelsen i forhold til andre bestemmelser kan have spillet ind, og dels, at forarbejderne til SEL § 1, stk. 6 (nu stk. 6) blev påberåbt under sagen.

35. Jf. *Henrik Dam* i Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 286 og *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000, s. 96.

§ 5 Skatteretligt hjemsted – evalueringsprocessens trin 3

5.1. Er registreringskriteriet afgørende for skattepligtskonstateringen?

Det ligger formentlig til grund for den skatteretlige vurdering af aktie- og anpartsselskabers skattepligt, at inkorporationsteorien gælder uantastet i selskabsretten. Hermed ligger det til grund, at ledelsens sæde i et selskab kan flyttes til udlandet selskabsretligt. Spørgsmålet er imidlertid, om dette også skatteretligt er korrekt. Når begrebsdannelsen selskabsretligt er uskarp, bliver det følgelig også vanskeligt at foretage skatteretlige grænsedragninger. I selskabsretten har spørgsmålet ikke den store betydning, men det nok forholder sig modsat i skatteretten. Idet spørgsmålet afgrænser skatteretssubjektiviteten, kan vi ikke i skatteretten leve med tilsvarende uskarpe konturer.

Selvom det som udgangspunkt er almindeligt anerkendt, at registreringskriteriet er afgørende for at statuere skattepligt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, kan der imidlertid stilles det spørgsmål, om dette er tilstrækkeligt³⁶. Spørgsmålet er, om der kan stilles andre krav til aktieselskaber og anpartsselskaber end opfyldelse af indregistreringskriteriet. Det er i denne forbindelse væsentligt at erindre ordlyden af SEL § 1, stk. 1: »Skattepligt i henhold til denne lov påhviler her i landet hjemmehørende: 1) indregistrerede aktieselskaber; 2) ... (osv.) ...«. Efter den almindelige opfattelse anses selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, for hjemmehørende her i landet på baggrund af registreringen, og derfor at fuld skattepligt kan bestå på baggrund af indregistreringen her i landet³⁷. Dog er det kun de færreste i teorien der direkte tager stilling til den

36. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i Festskrift til Aage Michelsen, Paul Krüger Andersen m.fl. (red.), 2000, s. 319 ff.

37. Jf. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 2.1, LV 2005 S.A.1., Told- og Skattestyrelsens vejledning om kontrollerede transaktioner – oplysningspligten, pkt. 2.1.1.1., *Allan Philip*: Studier i den internationale selskabsrets teori, 1961, s. 198. *Thøger Nielsen* i J 1961, s. 613, og s. 651 og samme i TfS 1989, 213, og Indkomstbeskatning II, 1972, s. 140 ff, *Steen Askholt & Aage Michelsen* i den danske nationalrapport til IFA-kongressen i 1987, Cahiers de droit fiscal international, LXXIIa, s. 273 ff (276), *Aage Michelsen* i FSR's årsskrift 1991, s. 221 og samme i International skatteret, 2003, s. 167, *Henrik Gam* i International skatteret – en introduktion, 2000, s. 39, *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteoven med kommentarer, 1997, s. 56, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 303, *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 12, samt *Finn Taksoe-Jensen* i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 65 og *Lars Eriksen* i SU 1995, 174, og samme i SU 1996, 150. Noget andet er at dobbeltbeskatningsoverenskomster kan medføre at beskatnings-

foreliggende problemstilling om, hvor vidt det er tilstrækkeligt for fuld skattepligt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, at registreringskriteriet er opfyldt³⁸. I LV 2005 S.A.1. udtales at »... fortolkningen af ordet hjemmehørende ikke giver vanskeligheder vedrørende indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, da det er en betingelse for indregistreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at selskabet angiver sit hjemsted her i Danmark ...«. Tydeligst kommer synspunktet til udtryk hos J.O. Engholm Jacobsen der bemærker, at der formentlig ikke er belæg for at antage, at registrerede aktieselskabers fulde skattepligt til Danmark er betinget af, at de ud over registreringen her – der forudsætter, at selskabet har hjemsted her – tillige skal have hovedsæde i Danmark³⁹. Særligt aktualiseres problemstillingen, hvis et indregistreret aktie- eller anpartsselskab flytter ledelsens sæde til udlandet. Efter den almindelige opfattelse vil et sådant selskab således fortsat være skattepligtigt til Danmark efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, jf. senest TfS 2005, 422 Ø. Et indregistreret selskab flyttede ledelsens sæde til USA. Selskabet ønskede selv, at skattepligten skulle ophøre i Danmark⁴⁰. Østre Landsret stadfæstede kendelsen, som statuerede fortsat fuld skattepligt, med følgende præmisser: »... Efter den dagældende selskabsskattelovs § 1, stk. 1, nr. 1, påhviler skattepligt her i landet hjemmehørende indregistrerede aktieselskaber. Bestemmelsen omfatter i medfør af anpartsselskabslovens § 83 tillige anpartsselskaber. Efter en naturlig sproglig forståelse af bestemmelsen er det afgørende for skattepligten, at selskabet er indregistreret her i landet. Dette støttes af sammenhængen med selskabsskattelovens § 1, stk. 6, 1. og 2. pkt., hvorefter selskaber og foreninger mv., som er omfattet af bestemmelsens stk. 1, nr. 2-6, anses for hjemmehørende her i landet, hvis ledelsen har sæde her, uanset hvor selskabet eller foreningen er registreret. Som modstykke hertil bestemmes i selskabsskattelovens § 5, at skattepligten for disse selskaber ophører, hvis ledelsen flytter ud af landet. Denne forståelse af bestemmelsen i selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1, stemmer overens med forarbejderne til den

retten tildeles den stat hvor den virkelige ledelse har sit sæde, jf. de til OECD MDBO art. 4, stk. 3 svarende bestemmelser i de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster.

38. Niels Winther-Sørensen finder op.cit. note 30, at udsagnene kan referere til spørgsmålet om, hvorvidt aktieselskaber på grund af registreringen skal anses for at være omfattet af fuld skattepligt, eller om, hvorvidt aktieselskaber på grund af registreringen skal anses som et selvstændigt skattesubjekt.
39. Jf. Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 56.
40. Dommen er kommenteret af Jakob Bundgaard i SU 2005, 183. Landsskatterettens kendelse får støtte hos René Lykke Wethelund i TfS 2004, 229.

Del IV – Konfrontation

senere selskabsskattelovs § 1, stk. 6, idet det er anført: (Folketingstidende 1994-95, tillæg A, s. 396). Efter de nugældende regler er aktieselskaber mv. indregistreret i Danmark fuldt skattepligtige her i landet. I den skatteretlige teori er der tvivl, om der efter de gældende regler er hjemmel til at beskatte selskaber, der er indregistrerede i fremmede lande, som fuldt skattepligtige i Danmark, selv om selskabet faktisk ledes her i landet. Der er administrativ praksis for at anse disse selskaber for fuldt skattepligtige i Danmark. Den foreslåede ændring fjerner denne tvivl og sikrer, at selskaber mv., der ledes fra Danmark også kan beskattes som fuldt skattepligtige her i landet. Efter forslaget anses et selskab for at være hjemmehørende her i landet, når selskabet er indregistreret her i landet, eller når selskabets ledelse har sæde her i landet. Der var således ikke ved indsættelsen af bestemmelsens stk. 6 tilsigtet nogen ændring i den hidtidige forståelse af bestemmelsens stk. 1, nr. 1, således som denne var kommet til udtryk i administrativ praksis og i den altovervejende del af den juridiske litteratur. Det af sagsøgerne anførte om bestemmelsens sammenhæng med øvrige dele af skattereglerne og disses forudsætninger samt de af sagsøgerne påberåbte reale grunde kan ikke føre til nogen anden forståelse af bestemmelsen, hvilken i øvrigt ikke kan anses for stridende mod Danmarks internationale forpligtelser ...».

Dog har standpunktet og denne praksis ikke stået uimodsagt hen. Flere forfattere hargjort gældende, at der ud over indregistreringen kræves tilknytning til Danmark⁴¹.

I forlængelse af udviklingen i skattepligtsbestemmelserne, som omtalt ovenfor, kan det måske i denne forbindelse anføres, at der intet er i forarbejderne til selskabsskatteloven, som antyder, at man herved har villet ændre på kravene til aktieselskabers tilknytning. På denne baggrund kan det antages, at det også efter indførelsen af selskabsskatteloven i 1960 må stilles krav til aktieselskabers tilknytning ud over indregistreringen. Allan Philip har særligt fremhævet aktieselskabslovens gennemførelse som udtryk for en principiel ændring af betingelserne for fuld skattepligt for aktieselskaber i retning af et rent registrerings-

41. Så vidt ses blev synspunktet modgået første gang af Kristian Sindballe i Dansk selskabsret, Bind III, 1932, s. 19 f under pkt. 2. Se også Søren Bjerre-Nielsen i SR-Skat 1989, s. 322 f, og Philip Noes i Juridiske personers skattepligt, kapitel 13, Skattekartoteket, 1999, s. 4. Mest indgående behandles spørgsmålet af Henrik Dam i artiklen Fire vægge gør intet hjem – om selskabers hjemsted, i Generationsskifte i ret og praksis – festskrift til Finn Taksø-Jensen, Lise Dybedahl (red.), 1999, s. 278 ff, og Niels Winther-Sørensen i artiklen Skat ved aktieselskabers til- og fraflytning, i Festskrift til Aage Michelsen, Paul Krüger Andersen m.fl. (red.), 2000, s. 319 ff.

kriterium⁴². *Niels Winther-Sørensen* finder op.cit, at *Philip* har fremført særligt 6 argumenter til støtte for sin antagelse. *Winther-Sørensen* kritiserer disse enkeltvis⁴³.

Første argument går på, at en tilsvarende situation som i UfR 1918, 39 H *Det Danske Gaskompagni*, ikke vil kunne opstå efter aktieselskabslovens gennemførelse, og at det efter skattelovgivningen må være uden betydning, hvorfra de øverste direktiver for selskabets ledelse udgår. Det afgørende må være, om selskabet er registreret her i landet. Mod *Philips* første argument anføres dels, at bopælskravet for bestyrelsen ikke længere gælder i forhold til EU/EØS-borgere, og at der næppe heller i øvrigt er selskabsretlige forhindringer i at flytte ledelsens sæde til udlandet. Dels imødegås argumentet med, at der ikke med afgørende vægt kan sluttes ud fra en konstatering af nogle typiske faktiske forhold til antagelsen om, at skattepligtsbestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, skal fortolkes således, at der kun stilles krav om indregistrering.

Philips andet argument, der er en henvisning til »nyere teori«, imødegås ligeledes af *Niels Winther-Sørensen*⁴⁴. Det anføres herom, at de nævnte forfattere ikke giver udtryk for andet, end at statsskattelovens tilknytningskrav til et selskab måtte antages at være opfyldt, hvis betingelserne i dagældende aktieselskabslov var opfyldt.

Også det *tredje argument* tilbagevises. Argumentet indebærer, at *Philips* synspunkt »formentlig« stemmer overens med to kendelser fra Landsoverskatterådet i UfR 1923, 742 og UfR 1925, 651⁴⁵. *Niels Winther-Sørensen* finder, at denne udlægning af kendelserne ikke kan anses for korrekt, og at de tværtimod må anses at være afgjort ud fra samme retstilstand som forudsat i UfR 1918, 39 H *Det Danske Gaskompagni*⁴⁶. *Philips fjerde argument* er, at registreringen også i andre hense-

42. Jf. Studier i den internationale selskabsrets teori, 1961, s. 198.

43. Op.cit., s. 322 ff.

44. Op.cit., s. 322.

45. Disse kendelser omhandlede det samme selskab (Det Danske Gascompagni), som i dommen UfR 1918, 39 H, var anset for ikke at være hjemmehørende i Danmark. Efter aktieselskabslovens ikrafttræden i 1918 var selskabet efter en ændring af vedtægterne blevet registreret i aktieselskabsregistret. Landsoverskatterådet slog i de to kendelser fast, at selskabet nu skulle anses for at være hjemmehørende i Danmark, jf. *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 322. *Allan Philip* antager op.cit., s. 199, at vedtægtsændringen næppe fik nogen væsentlig indflydelse på de faktiske forhold i selskabet, hvilket forfatteren tager til indtægt for, at der var sket en ændring af retstilstanden. Denne konstatering finder *Niels Winther-Sørensen* loc.cit. savner dokumentation.

46. Op.cit., s. 322. Denne fortolkning finder støtte hos *Kristian Sindballe*: Dansk selskabsret III, s. 20, med note 9.

Del IV – Konfrontation

ender antages at være eneafgørende for skattepligten, mens man tidligere – trods en vaklende praksis – foretog en selvstændig bedømmelse for skatterettens vedkommende⁴⁷. Herimod anfører *Niels Winther-Sørensen*, at dette argument næppe kan tillægges nogen vægt ved afgørelsen af, om et indregistreret aktieselskab omfattes af fuld skattepligt, når der henses til, at der ved de praktiske eksempler, hvor et indregistreret aktieselskab på trods af visse selskabsretlige mangler alligevel blev anset som et selvstændigt skattesubjekt, ikke var nogen tvivl om tilknytningen til Danmark⁴⁸.

Det femte argument henviser til et forslag til en ny § 36 til statsskatteloven i Skattelovskommissionens 1. Betænkning fra 1948. Dette lå til grund for udformningen af skattepligtsbestemmelserne i selskabsskatteloven og svarede i sin opbygning til SEL § 1. *Allan Philip* anførte, at man ikke af den samtidige anvendelse af udtrykket *her i landet hjemmehørende* og ordet *indregistrerede* kan udlede noget krav om, at aktieselskaber foruden at være registreret her i landet også skal have deres egentlig hovedsæde her i landet⁴⁹. Også denne argumentation forkastes hos *Niels Winther-Sørensen*. Således anføres det, at det forekommer mere nærliggende at ræsonnere, at såfremt man med *her i landet hjemmehørende* i SEL § 1 opstiller visse fælles krav for de i bestemmelsen angivne selskabsformer, gælder dette også for de i SEL § 1, stk. 1, nr. 1 nævnte selskabsformer. Videre anføres det, at den omstændighed, at et indregistreret aktieselskab ikke anses for fuldt skattepligtigt, ikke vil føre til, at selskabet i skattemæssig henseende er en nullitet. Selskabet vil således fortsat være et selvstændigt skattesubjekt.

Endelig for det sjette anførte *Allan Philip*, at dobbeltdomicilklausulen i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster med Norge og Sverige fra henholdsvis 1957 og 1958 anvendte et registreringskriterium⁵⁰. Hertil anfører *Niels Winther-Sørensen*, at de pågældende overenskomster var ganske enkeltstående, og at langt hovedparten af de danske over-

47. Op.cit., s. 199. *Philip* henviser i denne henseende blandt andet til *J. Hartvig Jacobsen: Skatteretten*, 1950, s. 93, der omtaler de skatteretlige muligheder for at anse et selskab som en nullitet.

48. Op.cit., s. 323.

49. Forfatteren underbygger dette dels med, at udtrykket *her i landet hjemmehørende* er et fælles krav til samtlige de i SEL § 1 omtalte selskabsformer, dels med, at ordet *indregistrerede* ifølge 1948-betænkningen, afsnit IV, s. 99, 2. spalte, blev indført for at sikre mod skattemyndighedernes eller skatteydernes nullitets-indsigelser mod selskaber, der opfyldte aktieselskabslovens krav til et lovligt bestående selskab.

50. Op.cit., s. 199 f.

enskomster anvendte og anvender ledelsens sæde som kriterium i dobbeltdomicilklausulerne, jf. art. 4, stk. 3 i OECD's modeloverenskomst⁵¹.

På denne baggrund konkluderer *Niels Winther-Sørensen*, at *Allan Philips* argumentation ikke på nogen tvingende måde støtter påstanden om, at udtrykket *her i landet hjemmehørende* i SEL § 1, stk. 1, for aktieselskabers vedkommende må anses for opfyldt ved dansk indregistrering, og derfor for aktieselskabers vedkommende ikke har nogen selvstændig betydning. Jeg kan tilslutte mig denne konklusion. Som det allerede er nævnt, blev SL § 2, stk. 1, nr. 5 fortolket således, at fuld skattepligt var betinget af, at ledelsens sæde var placeret her i landet. Hertil må det anføres, at der hverken i forbindelse med indførelsen af aktieselskabsloven eller ved tagelsen af selskabsskatteloven i 1960 blev udtrykt nogen hensigt om at ændre den hidtidige retstilstand. Endelig kan det anføres, at der hverken i rets- eller administrativ praksis blev taget stilling til spørgsmålet, hvilket efter forfatterens opfattelse muligvis var grundet i en udbredt (mis)opfattelse om de selskabsretlige forhold.

Der kan ligeledes argumenteres for det todelte tilknytningskrav i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, med henvisning til fraflytningsbestemmelserne i SEL § 5, stk. 5 og ⁷⁵² og fradragsbegrænsningsbestemmelsen i SEL § 9, stk. 1, 2. pkt. i tilfælde af dobbeltdomicil⁵³.

I samme retning finder *Henrik Dam*, at hverken SEL § 5, stk. 5 eller SEL § 5, stk. 7 ville give mening for så vidt angår aktie- og anpartsselskaber, hvis et her i landet registreret aktie- eller anpartsselskab, og hvis ledelse var flyttet til udlandet, fortsat var fuldt skattepligtigt til Danmark alene på grund af registreringen⁵⁴.

En modsætningsslutning af SEL § 1, stk. 6 kan føre til den fortolkning, at der ikke i forhold til et her i landet indregistreret aktieselskab

51. Op.cit., s. 324.

52. Herefter hjemles i stk. 5 ophørsbeskatning hvis ledelsens sæde i et selskab flyttes til udlandet eller hvis selskabet efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, og i stk. 7 anses aktiver og passiver, som ikke efter ledelsens fraflytning fortsat er omfattet af dansk beskatning for afhændet på fraflytningstidspunktet.

53. Hvorefter selskaber mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, men efter en dobbeltbeskatningsoverenskomst anses for hjemmehørende i en fremmed stat, kun kan fratrække udgifter, der vedrører indtægter, som Danmark efter overenskomsten kan beskatte.

54. Op.cit., s. 286.

kan stilles krav om, at ledelsens sæde skal være placeret i Danmark⁵⁵. Baggrunden herfor er, at SEL § 1, stk. 6 kun henviser til stk. 1, nr. 2-6 og ikke til stk. 1, nr. 1. Man kan imidlertid ikke slutte, at hovedsædekriteriet efter SEL § 1, stk. 6, ikke gælder for aktie- og anpartsselskaber⁵⁶. Blot skal man forstå, at et dansk registreret aktie- og anpartsselskab i sagens natur som udgangspunkt vil være undergivet ubegrænset dansk skattepligt, fordi det efter selskabslovgivningen skal have vedtægtsmæssigt og faktisk dansk hjemsted (hovedkontor). Udgangspunktet er derfor, at disse registrerede selskaber omfattes af dansk globalbeskatning. *Niels Winther-Sørensen* finder også, at en sådan modsætningslutning næppe er berettiget, når der henses til formålet med indførelsen af bestemmelsen, som var at skabe sikker hjemmel for fuld skattepligt for udenlandske selskaber, som flytter ledelsens sæde til Danmark, jf. bemærkningerne til L 35 ad § 1, nr. 1⁵⁷.

I hvert tilfælde ordlyden af bestemmelserne må umiddelbart støtte antagelsen om eksistensen af et tilknytningskrav ud over indregistreringen, jf. ordene *»ophører med at være skattepligtig efter § 1, fordi ledelsens sæde flyttes til udlandet«*. Når der imidlertid henses til forarbejderne til lov nr. 213 af 17.5. 1995 (L 35) ændrer dette billede sig. Heraf fremgår nemlig af pkt. 2 F i de almindelige bemærkninger, at *»... For selskabers mv. vedkommende aktualiseres avancebeskatningen ved ophør af fuld skattepligt bl.a. af indførelsen af ledelsens sæde som kriterium for fuld skattepligt. Som følge af denne ændring opstår muligheden for, at et selskab ophører med at være fuldt skattepligtigt, uden at der er tale om likvidation ...«*. Videre fremgår det af bemærkningerne til § 1, nr. 1, at et selskab *»... efter forslaget anses et selskab for at være hjemmehørende her i landet, når selskabet er indregistreret her i landet eller [min fremhævelse] når selskabets ledelse har sæde her i landet ...«*. Efter min vurdering må det lægges til grund, at L 35 hvilede på en forudsætning om, at ubegrænset skattepligt til Danmark for aktie- og anpartsselskaber indtræder alene ved indregistreringen. Om denne forudsætning er korrekt, er vel et andet spørgsmål⁵⁸.

55. En sådan modsætningslutning foretager *J.O. Engholm Jacobsen* i Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 56.

56. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 80, og samme i Koncernretten, 1996, s. 86.

57. Loc.cit.

58. Modsat dette finder *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 326, at det er tvivlsomt, om bemærkningerne er så klare, at det på baggrund heraf er berettiget at fastslå, at der

Henrik Dam baserer sine konklusioner på visse forudsætninger om selskabsretten. Således anføres det, at »hjemstedet« for et indregistreret aktie- eller anpartsselskab som udgangspunkt er det samme sted som selskabet anses for at være hjemmehørende efter SEL § 1, stk. 6, hvis det havde været omfattet af denne bestemmelse⁵⁹. Det er følgelig ikke nødvendigt at anvende SEL § 1, stk. 6, for her i landet indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, idet *hovedsædekriteriet* allerede er inkorporeret i aktie- og anpartsselskabslovene. Det anføres derfor også, op.cit., at aktie- og anpartsselskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, er hjemmehørende her i landet, blot de er registrerede i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Dog anføres det videre, at der ikke for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er pligt til at efterse spørgsmålet, hvorfor det efter forfatteren opfattelse meget vel kan forekomme, at selskabets ledelse har sit sæde i udlandet, mens det selskabsretlige hjemsted stadig udgør det i vedtægterne angivne, også selvom selskabet burde slettes eller likvideres.

Ovenstående viser, at det ikke er muligt at slutte nær så håndfast. *For det første* må det konstateres, at der henvises til en uklar selskabsretligt teori om forståelsen af det selskabsretlige hjemstedskrav. *Dernæst* forudsætter forfatteren, at der er kongruens i den selskabs- og skatteretlige anvendelse af begrebet ledelsens sæde. *Endelig* må det kritiseres, at udeladelsen af aktie- og anpartsselskaber fra SEL § 1, stk. 6, begrundes med disse selskabsretlige uklarheder, idet det må snarere antages, at baggrunden for udeholdelsen skyldes den almindelige opfattelse i skatteretten.

Sammenfattende kan det konstateres, at der indtil lov nr. 312 af 17.5. 1995, næppe var grundlag for at fortolke ordlyden af SEL § 1, stk. 1 således, at indregistreringen for *aktieselskabers* vedkommende alene opfylder betingelser for fuld skattepligt og at lov nr. 312 af 17.5. 1995, næppe har ændret dette udgangspunkt⁶⁰. Udtrykket *her i landet hjem-*

gælder en sådan regel og tilsvarende *Henrik Dam* i Generationsskifte i ret og praksis, 1999, s. 285, der anfører at de nævnte bemærkninger næppe kan have generel gyldighed.

59. Jf. Generationsskifte i ret og praksis – festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 279 f.

60. Jf. *Niels Winther-Sørensen* op.cit., s. 326, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 80, og *Henrik Dam* op.cit., s. 287 og 299. Sidstnævnte slutter, at inkorporationskriteriet – uanset ordlyden af SEL § 1 – ikke kan finde anvendelse for aktie- og anpartsselskaber, hvis ledelse har sæde i udlandet. Dog lader det ikke til at forfatteren på noget tidspunkt anførte sted henholder sig til ordlyden af SEL § 1 og heraf udleder hjemstedsbetingelsen.

Del IV – Konfrontation

mehørende må derfor tages til indtægt for, at der gælder et krav om tilknytning her til landet ud over indregistrering. Men henvisning til fortolkningen af det tilsvarende udtryk i dagældende SL § 2, stk. 1, nr. 5, i dommen UfR 1918, 39 H *Det Danske Gaskompagni*, og henset til den betydning begrebet ledelsens sæde i øvrigt er tillagt i dansk skattelovgivning og i danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, forekommer det efter nærliggende at kræve, at ledelsens sæde skal være i Danmark, for at betingelserne for fuld skattepligt er opfyldt. Med forsigtighed sammenfattes retsstillingen derfor således, at der ikke – som hidtil normalt antaget, skal afgøres på grundlag af to kriterier (indregistrering og ledelsens sæde), men reelt blot på grundlag af et kriterium (ledelsens sæde) om et aktieselskab er omfattet af fuld skattepligt til Danmark⁶¹. I tilfælde, hvor et aktie- eller anpartsselskabs registrering i Danmark er misvisende, eftersom selskabet ikke har hjemsted her i landet, kan selskabet derfor næppe være fuldt skattepligtigt til Danmark. Det må dog formentlig anføres, at det for så vidt angår indregistrerede aktie- og anpartsselskaber har formodningen mod sig, at ledelsen har sæde i udlandet, og at det må være selskabet, der skal bevise, at den danske registrering er sket på et urigtigt grundlag⁶².

Som ovenstående har vist, er der ikke fuldstændig klarhed over det selskabsretlige hjemstedskriterium, ligesom der ikke hersker klarhed, om hvilke skatteretlige betingelser der skal opfyldes før skatteretssubjektivitet indtræder. De fremhævede fortolkningsmuligheder indebærer, at der kan tilvejebringes fire forskellige resultater, for så vidt angår bedømmelsen af aktie- og anpartsselskabers hjemsted.

En fortolkningsmulighed er således, at *der ikke gælder noget selskabsretligt krav om, at ledelsen skal have sit sæde i Danmark (følger af en fortolkning af begrebet »hjemsted (hovedkontor)«*. Det samme følger af skatteretten, hvor alene indregistreringen udgør skattesubjektivitetsbetingelsen. Udsagnet er efter min vurdering ikke udtryk for gældende ret.

En anden mulighed er, at *der ikke gælder noget selskabsretligt krav om,*

61. Jf. *Niels Winther-Sørensen*: Op.cit., s. 326. Det anføres videre, at det forhold at det udtrykkeligt er angivet i Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997 om international beskatning, at selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, anses for hjemmehørende her i landet på baggrund af registreringen, og at fuld skattepligt derfor kan bestå på baggrund af indregistreringen her i landet, ud fra almindelige forvaltningsretlige regler give selskabet (men ikke skattemyndighederne) ret til at blive stillet som et fuldt skattepligtigt selskab. Se ligeledes den ovenfor citerede passus fra ligningsvejledningen.

62. Jf. *Henrik Dam* op.cit., s. 287 f.

at ledelsen skal have sit sæde i Danmark (følger af en fortolkning af begrebet »hjemsted (hovedkontor)«. Derimod gælder der i skatteretten to kriterier for skattepligtskonstateringen: indregistrering og ledelsens sæde i Danmark. Om udsagnet i sin helhed er udtryk for gældende ret, stiller jeg mig mere tvivlende overfor.

Endvidere er det muligt, at der gælder et selskabsretligt krav om, at ledelsen skal have sit sæde i Danmark (følger af en fortolkning af begrebet »hjemsted (hovedkontor)« – men håndhæves ikke i praksis). Skatteretligt gælder det, at alene registreringskriteriet udgør skattesubjektivitetsbetingelsen. Såfremt dette udsagn var udtryk for gældende ret måtte det antages, at der ikke er harmoni mellem den skatteretlige forudsætning og den selskabsretlige virkelighed.

Endelig kan det tænkes, at der gælder et selskabsretligt krav om at ledelsen skal have sit sæde i Danmark (følger af en fortolkning af begrebet »hjemsted (hovedkontor)« – men håndhæves ikke i praksis). Derimod gælder der i skatteretten to kriterier for skattepligtskonstateringen: indregistrering og ledelsens sæde i Danmark. Udsagnets selskabsretlige del ligger i tråd med den herskende opfattelse, som også Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bekender sig til. For så vidt angår den skatteretlige del, er det min vurdering, at flere forhold taler for at opfatte dette som udtryk for gældende skatteret. Det er derfor min vurdering, at udsagnet skildrer gældende dansk ret.

Det er i denne sammenhæng interessant at notere sig de hjemstedsbetragtninger, der er fremkommet i forbindelse med vedtagelsen af SE-forordningen, jf. forordning nr. 2157/2001 af 8.10. 2001. Der gives i forordningens artikel 7, 1. led, den regel, at SE-selskabets vedtægtsmæssige hjemsted skal være beliggende indenfor EU i samme medlemsstat som den, hvor SE-selskabets hovedkontor er beliggende. Det kan anføres, at forordningens hjemstedsbegreb er et fællesskabsretligt begreb, som må tage udgangspunkt i de den daglige ledelse af selskaber, og vil kunne fortolkes af EF-domstolen under en præjudiciel forelæggelse⁶³. Da forordningen intet steds begiver sig ud i en nærmere definition af, hvad der skal forstås ved det faktisk hjemsted (hovedkontoret), er det antaget, at skatteretten kan give betydelig inspiration⁶⁴. Dette antages at gælde såvel national skatteret (in concreto SEL § 1, stk. 6) som og vel i særdeleshed artikel 4, stk. 3 i OECD's modeloverens-

63. Jf. Erik Werlauff: SE-selskabet, 2002, s. 107 f.

64. Jf. Erik Werlauff: SE-selskabet, 2002, s. 107 f og s. 171 ff.

komst. På denne baggrund er det anført, at det ikke vil være acceptabelt eller hensigtsmæssigt, hvis det skatteretlige hovedsædebegreb afviger fra det selskabsretlige begreb. Dette falder for så vidt meget godt i tråd med det ovenfor konstaterede svage koordinationsbestemte kongruensbehov. Der kunne imidlertid ikke antages at gælde et retskildebestemt kongruenskrav i national ret. Tilsvarende kan vel konstateres i forhold til SE-forordningen. Af denne årsag er det ikke sikkert, at der er tilstrækkelige retlige holdepunkter for den antagelse, at hovedsædebegrebets fællesskabsretlige karakter medfører, at hjemstedsvurderingen i henhold til forordningen også må binde i skatteretlig henseende, og også til skatteretlig brug kunne forelægges præjudicielt for Domstolen⁶⁵. Ét er, at der i selskabsretlig henseende for SE-selskaber skabes sammenfald mellem faktisk og vedtægtsmæssigt hjemsted. Hermed er det dog ikke givet, at man i skatteretlig henseende skal benytte en tilsvarende bedømmelse ved vurderingen af selskabers subjektive skattepligt. Til støtte herfor kan det anføres, at SE-forordningen ikke omtaler skatteretlige spørgsmål, at der ikke sprogligt anvendes samme udtryk (»hovedkontor« og »den virkelige ledelses sæde«), at reglerne ikke tilsigter at normere samme forhold, og at det ikke er samme organ, der fortolker reglerne⁶⁶. Det er så en anden sag, om skatteretten siden vil finde inspiration i den fremkomne selskabsretlige praksis og begrebsudvikling.

Det må antages, at de af erhvervsvirksomhedslovens § 8, jf. § 3 omfattede selskaber tillige er omfattet af SEL § 1. Selskaber registreret efter lov om erhvervsdrivende virksomheder skal ligesom aktie- og anpartsselskaber oplyse et hjemsted her i landet. Som nævnt er dette ikke ensbetydende med, at selskabets ledelse skal have sæde her i landet. Om alle de relevante registreringspligtige selskabstyper omfattet af

65. Som det ellers antages af *Erik Werlauff* op.cit., s. 173 f, der anfører, at summen at sådanne betragtninger må være, at det selskabs- og det skatteretlige faktiske hovedsædebegreb må blive sammenfaldende for SE-selskaber.

66. Samme konklusion når *Nikolaj Vinther* i TfS 2002, 693, idet det anføres, at forordningens begreb er et selskabsretligt begreb, hvis indhold først kendes, når EF-domstolen har haft mulighed for at tage stilling til begrebet, at der ikke nogetsteds er givet retningslinier for bedømmelsen, at den selskabsretlige begrebsfastlæggelse ikke nødvendigvis binder medlemsstaterne, at det ikke er et ukendt fænomen, at forskellige retsområder kvalificerer et begreb forskelligt ud fra de hensyn, der gælder inden for det pågældende retsområde, at medlemsstaterne ikke nødvendigvis er bundet, hvis Domstolen ved begrebsfastlæggelse gør brug af kriterierne i OECD-modelkonventionens art. 4, stk. 3, og endelig, at medlemsstaterne må være berettigede til i skattemæssig henseende at løsrive sig fra en EF-dom, der åbenbart er uegnet til skatteretlig brug.

SEL § 1 følger det umiddelbart af bestemmelsen ordlyd, at disse er ikke er fuldt skattepligtige til Danmark alene fordi de er registrerede her i landet. Skatteretligt har registreringskriteriet dermed ikke umiddelbart den samme betydning som i selskabsretten, herunder for aktie- og anpartsselskabers vedkommende efter den almindelige opfattelse og virksomheder omfattet af LEV. Det følger af SEL § 1, at selskaberne skal være »hjemmehørende« i Danmark.

I modsætning til det ovenfor om *erhvervsvirksomhedsloven* fremførte, er det almindeligt antaget i skatteretten, at der heri ligger, at ledelsen i de omfattede selskaber skal have sit sæde i Danmark for at statuere ubegrænset skattepligt⁶⁷. Resultatet følger af den tidligere herskende almindelige opfattelse om selskabers hjemsted, og formentlig også af dagældende praksis⁶⁸. Tvivlen er nu fjernet, og den fremhævede opfattelse er præciseret med SEL § 1, stk. 6⁶⁹. Bestemmelsen foreskriver, at selskaber og foreninger mv. omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, anses for hjemmehørende her i landet, hvis ledelsen har sit sæde her i landet. Dette gælder, uanset hvor selskabet eller foreningen mv. eventuelt er indregistreret⁷⁰. En virksomhed, der er registreret efter reglerne i lov

67. Jf. eksempelvis *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 55 og s. 90 ff. *Finn Taksoe-Jensen* ligger på linie hermed i Skatteretten – Speciel del, 2005, s. 67.

68. Jf. TfS 1984, 106 SD (investeringsforening) og LV 1994 S.A.1 og før indførelsen af selskabsskatteloven UfR 1918, 39 H *Det Danske Gaskompagni*. I teorien var det omtvistet, om et udenlandsk selskab kunne anses for at være skattepligtigt til Danmark i medfør af SEL § 1, stk. 1, nr. 2 eller 6. Den overvejende opfattelse var, at der i dansk ret på grund af den betydelige selskabsretlige aftalefrihed var hjemmel hertil. Se herom *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 168, samme i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 700, samme FSR's årsskrift 1991, Skatteret-Erhvervsret, s. 209 ff, og SR-Skat 1991, s. 76, *Steen Askholt & Aage Michelsen* i Cahiers de droit fiscal international, 1987, Vol. LXXII a, s. 273 ff, *Thøger Nielsen* i TfS 1989, 213, og samme i Indkomstskat bind II, 1972, s. 143 og s. 549, samt *Bent Munch Pedersen* i SU 1994, 263. Spørgsmålet blev dog aldrig afklaret i praksis.

69. Jf. FT 1994/95 A, s. 396, 1. sp. og B s. 391, 1. sp. Noget andet er i denne forbindelse at indholdet af kriteriet om ledelsens sæde formentlig er blevet ændret med gennemførelsen af SEL § 1, stk. 6.

70. *Aage Michelsen* anfører i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 700 f, og samme i International skatteret, 2003, s. 168, at spørgsmålet om ubegrænset skattepligt normalt ikke giver anledning til vanskeligheder for virksomheder omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, idet selskabet selv har valgt hjemsted her. Som det er nævnt ovenfor gælder der dog formentlig ikke noget krav om, at selskabets ledelse skal have sæde i Danmark. Se også LV 2005 S.A.1., hvor det anføres, at det for selskaber omfattet af SEL § 1, men ikke af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, er af betydning at få afklaret hvad der skal forstås ved »hjemmehørende«. *Jan Pedersen* konstaterer ligeledes i Skatteretten 2, 2004 s. 303, at det for registreringspligtige virksomheder gælder at registreringen heraf er

Del IV – Konfrontation

om erhvervsdrivende virksomheder, er efter SEL § 1, stk. 1, jf. SEL § 1, stk. 6, alene hjemmehørende her i landet, hvis ledelsen har sæde her i landet. Inkorporationskriteriet finder således ikke anvendelse og det forhold, at virksomheden har valgt sit hjemsted her i landet, ændrer ikke herved⁷¹.

Hermed ses det, at der i skatteretlig henseende opereres med et hovedsædekriterium for andre registreringspligtige virksomheder.

Sammenfattende må det konstateres, at selskabsretten formentlig udelukkende anvender registreringskriteriet for virksomheder omfattet af erhvervsvirksomhedsloven. Spørgsmålet er dog ikke endeligt afklaret. Derimod er der for så vidt ikke tvivl i skatteretlig henseende, idet hovedsædekriteriet anvendes her.

Dog skal der foretages en reservation for sådanne undtagelsestilfælde, at en registreringspligtig virksomhed ikke opnår registrering, eksempelvis grundet det forhold, at virksomheden ikke klart adskiller sig fra aktie- og anpartsselskabsformen uden dog at kunne opnå registrering som sådan. Disse tilfælde er omtalt ovenfor under afsnittet om andre kapitalselskaber. I sådanne tilfælde opnår virksomheden ikke retsevne, jf. LEV § 9 og dermed ikke skatteretsevne, idet forudsætningen herfor er, at der eksisterer en retskraftig selskabsdannelse⁷². Af disse situationer ses det, at registreringskriteriet i realiteten tillige spiller en rolle for virksomheder, der er registreringspligtige efter LEV, idet der ganske enkelt ikke er tale om en bestående retskraftig virksomhed, såfremt den ikke er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Registreringskriteriet kan derimod ikke udgøre beskatningsgrundlaget alene, såfremt selskabets ledelse har sæde i udlandet. Det må antages at være den absolutte undtagelse, at registreringspligtige virksomheder ikke er registreret.

For andre selskaber, der *ikke er registreringspligtige*, volder spørgs-

afgørende for skattepligtskonstateringen. Forfatterens konstatering er formentlig begrundet i en selskabsretlig forudsætning om at ledelsens sæde skal være i Danmark for at foretage registrering. Dette er som nævnt ikke tilfældet, hverken for aktie- eller anpartsselskaber eller virksomheder omfattet af registreringspligten efter lov om erhvervsdrivende virksomheder.

71. Sml. *Henrik Dam*: op.cit., s. 284, men anderledes nok *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 700 f.

72. Jf. herved *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskattebogen med kommentarer, 1997, s. 62, og LV 2005 S.A.1.2. med omtale af Industriministeriets Erhvervsankenævns kendelse af 7.1 1993, EAN 1993, 254.

målet efter *Aage Michelsens* opfattelse teoretiske vanskeligheder⁷³. Det anføres, at grundsynspunktet er, at selskabet såvel selskabsretligt som skatteretligt er hjemmehørende i det land, hvori selskabet har sit hovedsæde⁷⁴. Der findes ikke selskabsretlig praksis på området, hvorfor der efter forfatterens opfattelse ikke er grundlag for at antage, at der skulle være forskel på hjemstedsbegrebet i selskabsretten eller i den internationale privatret og skatteretten⁷⁵. Herefter må der lægges vægt på kriteriet om ledelsens sæde, som det var gældende på tidspunktet. Ytringerne må antages at kunne tillægges betydning for selskaber, der er omfattet af SEL § 1, men ikke er omfattet af aktie- eller anpartsselskabsloven eller lov om erhvervsdrivende virksomheder. Efter indførelsen af SEL § 1, stk. 6 hjemler og præciserer denne bestemmelse skattepligten for disse selskaber.

Da der som nævnt ikke findes selskabsretlig praksis om ikke-registreringspligtige selskabers hjemsted kan der ikke ytres noget herom i generelle termer. Ovenstående lægges derfor til grund. Herved kan det således konstateres, at der umiddelbart er kongruens i skatte- og selskabsrettens hjemstedsbegreb for så vidt angår ikke-registreringspligtige selskaber, idet der formentlig begge steder anvendes et hovedsædekriterium. Noget andet er dog, om hovedsædekriteriet tillægges identisk indhold.

5.2. Hjemmehørende – ledelsens sæde

Kriteriet om ledelsens sæde udgør som fremhævet ovenfor et beskatningsgrundlag for visse selskaber i Danmark. Som det er fremhævet, gælder kriteriet for selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6, hvad enten disse er dansk indregistrerede eller ej og formentlig også for

73. Jf. Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 700, og International skatteret, 2003, s. 167.

74. Som allerede nævnt fremhæver forfatteren, at der efter hans opfattelse ikke er problemer for registreringspligtige selskaber efter selskabslovene, herunder også LEV. Samme forfatter anfører i FSR's årsskrift 1991, s. 209 f (220 ff) – altså i tiden forud for LEV-, at UfR 1918, 39 H, fortsat vil have stor betydning for retsstillingen for selskaber, som er skattepligtige i medfør af SEL § 1, men som ikke er lovregulerede og ikke registrerede. I LV 2005 S.A.1. nævnes kun registreringspligtige selskaber efter aktie- og anpartsselskabsloven i forbindelse med en tilsvarende konstatering. Da det endvidere konstateres, at ikke-registrerede selskaber mv. må anses for hjemmehørende efter kriteriet om ledelsens sæde, jf. SEL § 1. Stk. 6 ses det, at der ikke i ligningsvejledningen tages højde for selskaber der er registreringspligtige efter lov om erhvervsdrivende virksomhed.

75. Se også samme forfatter med *Steen Askholt* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXVII, 1987, s. 276.

Del IV – Konfrontation

indregistrerede aktie- og anpartsselskaber, jf. SEL § 1, stk. 1, nr. 1. Kriteriet følger efter gældende skatteret af SEL § 1, stk. 6⁷⁶. Retsvirkningen for selskaber, der er fuldt skattepligtige, herefter er, at de anses for indenlandske selskaber hvorved deres indkomstopgørelse og skatteberegning sker på præcis samme måde, som for andre selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2-6⁷⁷. Dette gælder i forhold til den øvrige skattelovgivning, medmindre andet fremgår af den pågældende bestemmelse, ligesom det gælder i forhold til de af Danmark indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster⁷⁸. Der kan næppe opstilles en

76. Bestemmelsen blev indført som § 1, stk. 7 ved lov nr. 312 af 17.5. 1995, men er siden ændret til § 1, stk. 6. Se om denne bestemmelse bemærkningerne til L 35 af 2.11. 1994 almindelige bemærkninger pkt. 2 D og bemærkningerne til § 1, nr. 1, Cirkulære om international beskatning (lov nr. 312 af 17.5. 1995 og lov nr. 487 af 12.6. 1996) nr. 82 af 29.5. 1997, pkt., 2.1.1., LV 2005 S.A.1., *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 2004, s. 30 ff, *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 700 f, samme i International skatteret, 2003, s. 168 ff, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 302 ff, *Niels Winther-Sørensen* i Skatteretten 3, 2000, s. 95 ff, *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabs-skatteoven med kommentarer, 1997, s. 90 ff, *Erik Werlauff*: Koncernretten, 1996, s. 85 ff, samme Selskabsskatteret 2004/05, s. 80 ff, samme i R&R 1995/9, s. 32, *Finn Taksø-Jensen* i Skatteret – Speciel del, 2005, s. 65 ff, *Jens Wittendorff & Søren Rasmussen* i R&R 1995/9, s. 19 ff (28 f), *Peter Rose Bjare* i SR-Skat 1995, s. 180, *N. Mou Jakobsen* i R&R 1995 SM 347, *Lars Eriksen* i SU 1995, 174, samme i SU 1996.150, *Henrik Faust Pedersen* i SU 1995, 161, samt *Anders Lund & Lars Yde* i Inspi 1997/11, s. 33 ff, *Henrik Dam* i Generationsskifte i ret og praksis – festskrift til Finn Taksø-Jensen, 1999, s. 278 ff, og *René Lykke Wethelund* i TfS 2004, 229.

77. Selskaber der er gyldigt stiftet i et andet land, vil fortsat have hjemsted i det selskabsretlige hjemstedsland, selv om selskabet skatteretligt anses for at have hjemsted i Danmark. Tilsvarende gælder for fonde, idet også fondsskatteretten benytter kriteriet om ledelsens sæde, jf. FBL § 1, stk. 1, nr. 4. Dette samspil mellem skatteretten og selskabs- og fondsretten kan give anledning til visse problemer ikke mindst på fondsrettens område som følge af den betydelige integration af den civilretlige fondslovgivning og fondsbeskatningsloven, jf. *Lennart Lynge Andersen* i Nyt om fonde nr. 5, 1995, s. 24 f, og *Aage Michelsen* i NTS 1999, s. 95 f. *Lennart Lynge Andersen* anfører i Fonde og foreninger II – Fondsbeskatning, 1998, s. 23, at kriteriet om ledelsens sæde indebærer, at den hidtidige symmetri mellem de materielle fondslove og fondsbeskatningsloven er brudt.

78. Der gælder en undtagelse fra reglerne, jf. SEL § 1, stk. 6, 3. pkt., såfremt et udenlandsk selskab, der ellers ville være omfattet af SEL § 1, stk. 6, grundet ledelsens sæde i Danmark, er fuldt skattepligtigt til et andet land, med hvilket land Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, der indebærer, at Danmark skal lempede dobbeltbeskatning af indkomst fra et fast driftssted i det pågældende land med et større beløb, end det beløb, der er betalt i skat af denne indkomst i det pågældende land (i.e. lempelse efter exemption- eller matching credit metoden). Uden denne undtagelse ville CFC-reglerne i SEL § 32 og ABL § 2 a miste relevans og kunne blive omgået for udenlandsk indregistrerede selskaber der flytter ledelsen til Danmark. Dermed ville det udenlandske selskab ikke længere blive behandlet som et udenlandsk selskab, men derimod som et dansk selskab med et fast driftssted i det pågældende land.

egentlig endelig definition af hovedsædebegrebet, og begrebet må antages at være fleksibelt, hvor der lægges vægt på realiteten i forbindelse med beslutningstagningen frem for formaliteten. Uanset dette må hovedsædet navnlig bestemmes som det sted, hvorfra selskabets virksomhed umiddelbart ledes, hvor dets hovedkontor med direktion og ledelse findes, og hvor selskabet har adresse. Afgørelsen af, om et selskabs ledelse har sæde her i landet, beror på en konkret vurdering af de faktiske forhold i forbindelse med beslutningstagningen i selskabet⁷⁹. Umiddelbart melder der sig to spørgsmål ved den nærmere fortolkning af SEL § 1, stk. 6: (1) hvem udgør selskabets ledelse, og (2) hvor har ledelsen sit sæde, herunder hvad der ligger i begrebet »selskabets daglige ledelse«. Begge forhold beror på de faktiske forhold og ikke udelukkende på formelle forhold, som eksempelvis vedtægtsbestemmelser og lignende. Begge spørgsmål afdækkes i det følgende. Fremstillingen kan inddeles i selskaber med en daglig ledelse og selskaber uden daglig ledelse.

Der kan næppe opstilles en egentlig endelig definition af ledelsesbegrebet. Begrebet må antages at være fleksibelt, hvor der lægges vægt på realiteten i forbindelse med beslutningstagningen frem for formaliteten. Ved denne vurdering lægges først og fremmest vægt på beslutninger forbundet med *den daglige ledelse* af selskabet⁸⁰. Formentlig kan der

79. Jf. bemærkningerne til L 35 af 2.11. 1994, Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 2.1.1. og LV 2005 S.A.1.

80. Efter tidligere praksis blev der i højere grad lagt vægt på det sted, hvorfra den overordnede ledelse foregik, hvilket ville sige bestyrelsens hjemsted. En endelig afklaring af begrebet »et selskabs hovedsæde« er dog næppe sket. UfR 1918, 39 H, er det væsentligste danske præjudikat til forståelsen af begrebet ledelsens sæde før indførelsen af SEL § 1, stk. 6. I sagen var der tale om et selskab, der efter vedtægterne havde hjemsted og hovedkontor i Danmark, ligesom den ordinære generalforsamling skulle afholdes her i landet. Selskabet drev udelukkende virksomhed i Danmark. Ved at analysere bestyrelsens kompetence, samt ved at hense til det forhold, at bestyrelsens 5 medlemmer var bosiddende i England, kom Højesteret til det resultat, at selskabet i skattemæssig henseende ikke kunne anses for hjemmehørende i Danmark. Der blev herved lagt vægt på, hvorfra selskabet blev ledet, frem for den formelle hjemstedsangivelse i vedtægterne. Det ses, at Højesteret primært tillagde bestyrelsens ledelsesfunktion værdi, ligesom også bestyrelsesmedlemmernes bopæl blev tillagt en vis betydning. Det ses, at der i administrativ praksis har været lagt vægt på et tilsvarende elementer for så vidt angår ulovregulerede selskabsformer, jf. LV 1994, S.A.1. Se også TfS 1995, 577 V (siden anket til Højesteret, men Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle), hvor der tillige blev lagt vægt på hvorfra den overordnede styring og kontrol blev udøvet. Med den forståelse af ledelsens sæde, der blev indført med lov nr. 312 af 17.5. 1995, er der gjort op med den opfattelse, der kom til udtryk i UfR 1918, 39 H, jf. *Lars Eriksen* i SU 1995, 174.

Del IV – Konfrontation

tages udgangspunkt i vedtægternes angivelse af, hvilke selskabsorganer der forestår den løbende ledelse af selskabet, sammenholdt med de selskabsretlige regler, som selskabet i henhold til de internationale privatretlige regler er underkastet, men disse oplysninger må altid sammenholdes med selskabsorganernes faktiske funktioner⁸¹. Ledelsen af selskaber varetages normalt af direktionen, hvis der findes en sådan. Selskabet vil af denne årsag ofte blive anset for hjemmehørende i Danmark, når direktionen har sæde, eller hovedsædet er beliggende her i landet. Der findes ikke autoritative retningslinier vedrørende det nærmere indhold af begrebet »daglig ledelse«, og der er ikke taget stilling til, hvilke beslutninger der hører til den daglige ledelse af et selskab. Som nævnt anføres det blot, at selskabet ofte vil blive anset for hjemmehørende i Danmark, når direktionen har sæde, eller hovedsædet er beliggende i Danmark.

Således ses det, at der i skattemæssig henseende lægges vægt på, hvem der udgør den reelle ledelse. Det må dog ligeledes konstateres, at de benyttede begreber er fleksible. Det tillægges dog primært værdi, hvem der udøver den daglige ledelse. Hermed er der skabt en formodning for, at ledelsen forestås af direktionen. Det følger af realitetshensynet, at dette udgangspunkt imidlertid fraviges⁸². En konkret analyse af ledelsesstrukturen kan resultere i, at den daglige ledelse faktisk varetages af bestyrelsen, bestyrelsesformanden eller – undtagelsesvis – en tredjemand, for eksempel en aktionær, selv om vedkommende hverken har prokura eller anden formel lederstatus⁸³. Derimod vil organer, herunder generalforsamlinger og repræsentantskaber, der træffer beslutninger, som vedrører den daglige ledelse, ikke normalt udgøre »ledelsen« i denne sammenhæng. Ligeledes kan der heller ikke lægges afgø-

81. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 96.

82. Herved er det ikke afgørende på hvilket niveau ledelsesaktiviteten udøves, idet der er tale om et fleksibelt begreb. Set fra et lovgivningsmæssigt synspunkt er dette den mest hensigtsmæssige måde at gribe problemstillingen an på, idet man herved lettere kan imødegå omgælsforsøg mv., jf. også *Anders Lund & Lars Yde* i *Inspi* 1997/11, s. 36. Omvendt kan det anføres, at den fleksible begrebsanvendelse kan medføre en vis rets-usikkerhed, når der ikke eksisterer retningslinier for hvilket ledelsesorgan, der vil blive taget udgangspunkt i ved fortolkningen af, om det enkelte selskab er omfattet af bestemmelsen i SEL § 1, stk. 6 eller ej.

83. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen*: *Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 91, og *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 97.

rende vægt på den generelle indflydelse, som ejeren udøver⁸⁴. Tilsvarende må antages at gælde for den indflydelse, som udøves af en financier.

Hvis selskabets virksomhed er af en sådan karakter, at det ikke har en faktisk ledelse, så må det selskabsorgan mv. eller andet, hvor de øvrige beslutninger vedrørende selskabets ledelse tages, anses som værende selskabets ledelse efter en konkret vurdering af realia⁸⁵. Typisk vil dette resultere i at bestyrelsen anses som værende selskabets ledelse.

Herefter skal det undersøges, hvad der ligger i begrebet *ledelsens sæde*, eller med andre ord hvordan det afgøres, hvor ledelsen er hjemmehørende. Som nævnt overfor afhænger besvarelsen heraf tillige af de faktiske forhold.

Hvis ledelsen udføres af et kollegialt organ (altså en flerhed af personer), må sædet normalt være det sted, hvor ledelsen samles og træffer sine beslutninger. I det omfang bestyrelsen forestår den reelle ledelse af selskabet, vil stedet for bestyrelsens sæde være af væsentlig betydning for vurderingen af, om selskabet er hjemmehørende i Danmark. I disse situationer er det stedet, hvor bestyrelsens beslutninger reelt træffes, der er afgørende for placeringen af ledelsens sæde⁸⁶. Dette indebærer, at der lægges vægt på, hvor disse personer mødes og afgør ledelsesspørgsmål. Dette spørgsmål kan dog være vanskeligt at afgøre, hvor kommunikationen mellem ledelsens medlemmer ikke foregår i møder, men på anden vis. I sådanne tvivlstilfælde kan der formentlig lægges vægt på eksempelvis vedtægtsbestemmelser om hjemsted, eksisterende kontorfaciliteter og ledelsens bopælsforhold mv.⁸⁷. Derimod må det formentlig tillægges mindre betydning, hvor de enkelte bestyrelsesmedlemmer har deres bopæl. I det hele taget må ledelsens bopælsforhold kun inddrages, såfremt der ikke er muligt af fastslå den lokalitet, hvorfra ledelsen træffer sine beslutninger⁸⁸. Der skal formentlig ikke lægges vægt på, hvor de ledelsesmæssige beslutninger føres ud i livet. Hvis selskabets ledelse udføres af en enkelt person, er det vanskeligere at

84. Herunder hvis der er tale om et moderselskab. Der kan således ikke lægges vægt på, hvem der i økonomisk-psykologisk forstand udøver den afgørende indflydelse på de formelle ledelsesorganer, jf. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 95.

85. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvor selskabets eneste aktivitet består i at eje aktier – en holdingfunktion, eller en investerings- eller finansieringsfunktion.

86. Dette kan eksempelvis være aktuelt i situationer, hvor en bestyrelsesformand reelt forestår ledelsen af selskabet.

87. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer*, 1997, s. 92.

88. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 98.

afgøre, hvor de afgørende ledelsesmæssige beslutninger træffes⁸⁹. Beslutninger, der almindeligvis træffes på generalforsamlingsniveau, er som udgangspunkt ikke afgørende for, om selskabet kan anses for hjemmehørende her i landet, idet sådanne organer som udgangspunkt ikke vil udgøre selskabets ledelse i SEL § 1, stk. 6's forstand. Aktiebesiddelse vil derfor som udgangspunkt ikke være afgørende ved vurderingen af, hvor ledelsen har sit sæde⁹⁰. I det omfang en aktionær faktisk udøver ledelsen af selskabet, kan aktionærens hjemsted indgå i vurderingen af, om selskabet har sæde her i landet⁹¹.

Hvis selskabets virksomhed er af en sådan karakter, at det ikke har en faktisk ledelse, så må stedet, hvor de øvrige beslutninger vedrørende selskabets ledelse tages, lægges til grund⁹². Dette medfører, at hvis hovedparten af den ledelsesmæssige aktivitet der foregår, sker i Danmark, vil ledelsen blive anset for beliggende her i landet. Også i denne sammenhæng lægges der vægt på, hvor beslutningerne reelt træffes⁹³.

Før indførelsen af SEL § 1, stk. 6, var der kongruens mellem selskabsrettens og skatterettens anvendelse af hjemstedsbegrebet. Dette udgangspunkt er fraveget siden. Begge discipliner fokuserer på ledelsens sæde, men fortolkningen heraf kan være forskellig. Således lader der til i selskabsretten at gælde en formodning for, at såvel bestyrelsen som direktionen kan udgøre selskabets ledelse, mens der i skatteretten for selskaber med daglig formentlig gælder en formodning om, at direktionen forestår ledelsen, idet man her lægger vægt på den daglige ledelse. Da kriteriet i begge discipliner fokuserer på, hvorfra selskabet

89. Personens egne oplysninger herom skal næppe tillægges afgørende vægt, medmindre oplysningerne sandsynliggøres af faktuelle forhold, jf. herom *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 98.

90. Ligeledes vil det forhold, at et moderselskab i koncernforhold træffer eller godkender mere overordnede beslutninger, ikke i sig selv medfører, at selskabet bliver omfattet af SEL § 1, stk. 6, hvis datterselskabet har en reel daglig ledelse, jf. Skatteministeriets Departements kommentar i SpO 1996, 55, til *Niels Winther-Sørensen* artikel i SpO 1995, 314.

91. Dette vil eksempelvis sige, at hvis beslutningerne i for eksempel et holdingselskab eller et finansieringsselskab, der er indregistreret i udlandet, reelt træffes i Danmark, så vil selskabet være hjemmehørende her i landet. I Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997 pkt. 2.1.1. uddybes disse betragtninger med, at det vil kunne tillægges vægt hvor der træffes beslutninger om udøvelsen af aktionærrettigheder (økonomiske og forvaltningsmæssige). Tilsvarende anføres det, at der vil kunne lægges vægt på, hvorfra der forhandles om finansiering af selskabets aktiviteter.

92. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvor selskabets eneste aktivitet består i at eje aktier – en holdingfunktion, en investerings- eller en finansieringsfunktion.

93. Jf. pkt. 2.1.1. in fine i Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997.

faktisk eller reelt ledes burde udfaldet efter en konkret vurdering være det samme.

I praksis giver det naturligvis anledning til vanskeligheder, at den daglige ledelse er et relativt begreb, der varierer fra selskab til selskab. Den nedenfor gengivne praksis har dog medført, at usikkerheden i skatteretten er blevet mindre. Afsnittet skal vise, om der i skatteretlig henseende også på det praktiske område opretholdes kongruens med den selskabsretlige forståelse af begrebet »daglig ledelse«.

TfS 1996, 257 LR (SU 1996, 84) udgør den første stillingtagen til fortolkningen af SEL § 1, stk. 6. I sagen anså Ligningsrådet ikke et selskab, hvis aktivitet var rejefiskerivirksomhed i canadisk farvand, for fuldt skattepligtigt til Danmark i medfør af selskabsskattelovens § 1, stk. 7 (nu stk. 6). Selskabet var indregistreret og fuldt skattepligtigt til Canada. De daglige ledere og ultimative ejere af selskabet havde bopæl i Danmark. Der blev herved lagt vægt på, at den daglige ledelse ifølge det oplyste, herunder funktionsbeskrivelse af aktiviteter i Danmark/Canada og om bord på skibe, i det væsentlige fandt sted i Canada. Ligningsrådet lagde her vægt på, hvor den daglige ledelse foregik, hvilket er i overensstemmelse med den normale fortolkning af SEL § 1, stk. 6. Imidlertid redegøres der ikke nærmere for, hvilke ledelsesmæssige funktioner der af Ligningsrådet opfattes som værende den daglige ledelse. Told- og Skatteregionen havde dog i en udtalelse lagt vægt på, at beslutninger vedrørende: nødvendige antal besætningsmedlemmer, udskiftning af disse, fangstområde, produktionssammensætning og bestilling af diverse materiale foregik på skibet, der er indregistreret i Canada og næsten udelukkende befinder sig i Canadisk farvand, samt at bogføring, skattebetaling for mandskab mv. foregår fra kontoret i Canada. Hvis regionens udtalelse kan tages til udtryk for Ligningsrådets opfattelse, er der imidlertid opstillet en række karakteristika for, hvad der skatteretligt kan siges at ligge i begrebet »daglig ledelse«⁹⁴. Der blev ikke i denne sammenhæng henvist til den selskabsretlige begrebsdannelse.

Som vidt ses udgør TfS 1998, 607 H *California Kleindienst A/S* (UfR 1998, 1534 H), efter en kronologisk betragtningsmåde, det næste relevante fortolkningsbidrag til klarlæggelsen af kriteriet om ledelsens sæde, og herunder hvad der forstås ved daglig ledelse. Det er blevet anført, at Højesteret med dommen formentlig også i relation til SEL §

94. Jf. Lars Eriksen i SU 1996, 150.

1, stk. 6, synes at have skabt en forhåndsformodning for at anse direktionen for at være et selskabs virkelige ledelse⁹⁵. En sådan forhåndsformodning kan ikke stedse opretholdes, og det vil være nødvendigt at foretage en konkret vurdering af, hvem der faktisk udøver den daglige ledelse i et selskab. Dog er dommen medvirkende til at give et fingerpeg om, hvad der skal forstås ved ledelsens sæde. Sagen drejede sig om spørgsmålet, om der skulle betales kapitaltilførselsafgift af en aktieudvidelse, og herunder om selskabets ledelse havde sæde her i landet eller i Tyskland. Det sagsøgende aktieselskab vedtog i 1992 på en generalforsamling at udvide aktiekapitalen med 2.500.000 kr., og Told- og Skattestyrelsen fastholdt at der skulle betales kapitaltilførselsafgift 25.000 kr. Selskabet gjorde gældende, at selskabets egentlige ledelse lå i Tyskland, idet selskabet var et datterselskab af et i Tyskland hjemmehørende selskab, og selskabet mente, at være omfattet af fritagelsesbestemmelsen i § 2, i den dagældende lov om kapitaltilførselsafgift. Højesteret tiltrådte, at selskabets ledelse havde haft sæde i Danmark, og stadfæstede Landsrettens dom, med bemærkning om, at det almindeligvis er direktionen, der varetager den daglige ledelse, jf. aktieselskabslovens § 54, stk. 2, 1. pkt., og at hovedvægten derfor i disse tilfælde må lægges på, hvor direktionen har sæde. Højesteret fandt ikke grundlag for at antage, at selskabets daglige ledelse ikke har været varetaget af direktionen. Højesteret og Landsrettens flertal lagde til grund, at den i Danmark bosiddende direktør varetog den daglige ledelse. Det fremgår dog ikke hvilke beslutninger, der anses for at udgøre den daglige ledelse. Henvisningen til ASL § 54, stk. 2, kan dog formentlig tages til indtægt for, at retten herved ville acceptere de typesituationer, der fremhæves i forbindelse med denne bestemmelse i den selskabsretlige teori, som værende udtryk for daglig ledelse. Således blev resultatet, at det danske selskabs daglige ledelse foregik i Danmark, uanset at det tyske moderselskab besluttede de generelle driftsmæssige mål, godkendte selskabets regnskab, budget, personaleudvidelse og aftaler om leasing af firmabiler samt indgik aftaler om priser og design for autovaskeanlæg. Det kan ikke generelt udtales, om sådanne dispositioner

95. Dommen vedrørte fastlæggelsen af selskabets virkelige ledelse i henhold til dagældende kapitaltilførselsafgiftslovs § 2. Højesteret indrog art. 4, stk. 3 i OECD's modeloverenskomst, hvilket er blevet kritiseret, idet sagen omhandlede en type skatter der normalt slet ikke er omfattet af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne, jf. *Niels Winther-Sørensen* i *Skatteretten* 3, 2000, s. 96.

falder ind under den selskabsretlige forståelse af begrebet »daglig ledelse«, idet begrebet som allerede nævnt er fleksibelt. Derimod kan det fremhæves, at bestyrelsen efter ASL § 54, stk. 3, og ApSL § 20, stk. 1, skal påse, at bogføringen og formueforvaltningen kontrolleres tilfredsstillende⁹⁶. I relation til personaleudvidelsesspørgsmålet kan det ligeledes fremhæves, at det formentlig efter ASL § 54, stk. 2 gælder, at væsentlige ændringer i personalets sammensætning, som oftest vil være en beslutning, der skal forelægges bestyrelsen⁹⁷. Efter de konkrete omstændigheder kan der meget vel være harmoni mellem den konkrete sag og fortolkningen af disse selskabsretlige regler.

Interessant i denne sammenhæng er også TfS 1998, 263 H *Steen Halkjær*. Højesteretssagen, og særligt Vestre Landsrettens dom i TfS 1995, 577, behandler kriteriet om ledelsens sæde på det beslægtede område i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne⁹⁸. Dommen berørte fortolkningen af art. 15, stk. 3 i den dansk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst fra 1980 om fordelingen af beskatningsretten til lønmodtageres lønindkomst, optjent om bord på et skib i international trafik. Det fandtes, at den pågældende lønmodtager i perioden var underkastet fuld skattepligt til Danmark, selvom han ifølge overenskomsten blev anset for at være hjemmehørende i England. Lønmodtageren arbejdede i en periode på et skib, der ejedes af selskabet Scandinavian World Cruises Ltd. Dette selskab var indregistreret på Bahamas, men var 100% ejet af det danske moderselskab DFDS A/S. I henhold til den almindelige fordelingsregel for beskatningsretten til lønindkomst i art. 15, stk. 1, kunne Danmark ikke beskatte lønindkomst for arbejde udført uden for Danmark. Dog er det således, at den særlige undtagelsesregel i art. 15, stk. 3, tildeler Danmark (som kildelandet) en beskatningsret til vederlag for personligt arbejde, som udført om bord på et skib i international trafik, når arbejdsgiverforetagendet virkelige ledelse har sit sæde i Danmark. Det afgørende spørgsmål i sagen var således, om foretagendets virkelige ledelse havde sit sæde i Danmark eller ej.

96. I børsnoterede selskaber skal bestyrelsen endvidere have en forretningsorden, der pålægger bestyrelsen at gennemgå selskabets perioderegnskaber og lignende i løbet af hvert regnskabsår, og herunder vurdere budgettet og afvigelser herfra, jf. ASL § 56, stk. 5, nr. 9.

97. Jf. *Jan Kobbernagel*: Direktøren, 1987, s. 91, pkt. 16.

98. Bedømmelsen af om et selskab har ledelsens sæde i Danmark efter en dobbeltdomicil-klausul (modeleret over OECD MDBO art. 4, stk. 3) foretages efter identiske retningslinier som gælder ved fortolkningen af SEL § 1, stk. 6, jf. Cirk. nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 2.1.1. in fine.

Landsretten var af en sådan opfattelse. Følgende præmisser var efter alt at dømme udslagsgivende⁹⁹: »... Sagsøgeren var indtil 1/7 ansat i *Scandinavian World Cruises Ltd*, der var et 100% ejer datterselskab af *DFDS A/S*, og de afgørende beslutninger vedrørende *SWC* blev truffet af moderselskabet eller koncernledelsen. På den baggrund findes *SWC*'s virkelige ledelse at have haft sit sæde i Danmark, og beskatningsretten til sagsøgerens indkomst indtil den anførte dato tilkommer derfor Danmark i medfør af dobbeltbeskatningsoverenskomstens art. 15, stk. 3 ...«¹⁰⁰.

Som det foreløbigt sidste skud på stammen skal fremhæves lands-

99. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i SpO 1995, s. 314 ff.

100. *Niels Winther-Sørensen* kritiserer dommen op.cit, s. 317. Skatteministeriet, Departementet har i SpO 1996, 55 DEP taget til genmæle overfor den nævnte artikel af *Niels Winther-Sørensen*. Ministeriet anfører, at dommen vedrører retstilstanden før lov nr. 312 af 17. maj 1995 (L 35) og at dommen derfor ikke har betydning for SEL § 1, stk. 7 (nu stk. 6). Til fortolkningen fremhæver ministeriet, at det forhold, at danske moderselskaber træffer eller godkender mere overordnede beslutninger, ikke i sig medfører at datterselskaber bliver omfattet af SEL § 1, stk. 6, hvis datterselskabet har en reel daglig ledelse. Ved retsmøde i Højesteret 21. oktober 1997 indgik skatteministeriet et retsforlig i den pågældende sag, hvorved ministeriet accepterede skatteyderens påstand, jf. TfS 1998, 263 H. Som et supplement til kommentaren i SpO 1996, 55 DEP har skatteministeriet i TfS 1998, 265 DEP (SU 1998, 84) kommenteret retsforliget. Det anføres, at det var taget stilling til retstilstanden før lovfæstelsen af kriteriet om ledelsens sæde, og at datterselskabet i sagen ud fra en konkret vurdering måttet anses for at udøve den daglige ledelse. Skatteministeriet vurderede derfor, at Danmark ikke havde beskatningsretten efter den dansk-engelske overenskomst, hvorfor der blev taget bekræftende til genmæle. Som det ses har skatteministeriet altså fastholdt, at Landsretsdommen ikke havde betydning for fortolkningen af begrebet ledelsens sæde i SEL § 1, stk. 6 eller ved fortolkningen af begrebet ledelsens sæde i indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster efter indkomståret 1995. *Niels Winther-Sørensen* har dog fastholdt, at han finder Skatteministeriets fortolkning af forarbejderne til SEL § 1, stk. 6 urigtig. Således anføres det, at såfremt Højesteret måtte stadfæste vestre Landsrets dom, med de anførte grunde, vil lovgiver ifølge Skatteministeriets fortolkning totalt have ændret indholdet af begrebet ledelsens sæde med disse forarbejder, jf. SR-Skat 1996, s. 267. Det kan, efter forfatterens opfattelse ikke udledes af bemærkningerne til SEL § 1, stk. 6, at dette i givet fald skulle være tilfældet. *Jens Wittendorff* har kommenteret sagsforløbet i SR-Skat 1998, s. 180 ff, og finder den fremførte kritik berettiget, herunder blandt andet, at Vestre Landsretsdommen, i modstrid med bemærkningerne til SEL § 1, stk. 6, ikke tager stilling til ledelsens sæde ved at bedømme den daglige ledelse. Forfatteren finder begrundelsen for retsforliget vanskeligt at forstå, da ministeriet først udtaler, at sager efter hidtidig praksis skal afgøres på grundlag af, i hvilket land bestyrelsen har den fulde og almindelige ledelse, hvorefter skatteministeriet efter revurderingen afgør sagen under henvisning til placeringen af selskabets daglige ledelse. Forfatteren tiltræder dog resultatet, idet Vestre Landsretsdommen findes åbenlys forkert. Sluttelig anfører finder – formentlig med rette – Skatteministeriets fremgangsmåde uheldig, idet der skabes usikkerhed om gældende ret vedrørende kriteriet om ledelsens sæde. *Niels Winther-Sørensen* anfører i Skatteretten 3, 2000, at der efter at Skatteministeriet tog bekræftende til genmæle, næppe vil være tvivl om, at TfS 1995, 577 V ikke skal tillægges nogen præjudikatværdi vedrørende spørgsmålet om, hvem der udgør et

skatteretskendelsen refereret i TfS 2000, 209. Her tog Landsskatteretten stilling til en klage over en bindende forhåndsbesked, hvor Ligningsrådet havde anset et irsk indregistreret selskab for at have ledelsens sæde i Danmark¹⁰¹. Faktum i sagen var, at en dansk bank havde medvirket til securitization af danske realkreditobligationer og af danske statsobligationer. Banken ønskede nu at medvirke til securitization af virksomhedsobligationer, pantebreve, banklån eller lignende aktiver i kombination med swapaftaler eller andre finansielle kontrakter. En securitization ville ske gennem et såkaldt Special Purpose Vehicle (SPV), der var et til formålet etableret aktieselskab. SPV'et skulle være et irsk indregistreret Public Limited Company («Plc»). Landsskatteretten lagde til grund, at SPV'et var en selvstændig juridisk og organisatorisk enhed. SPV'et var via et holdingselskab ejet af en irsk almenvelgørende eller almennyttig fond eller forening og havde egen bestyrelse og administrator, der alle var uafhængige af banken. Den daglige drift af SPV'et herunder løbende ledelsesbeslutninger, var forestået af administrator og bestyrelsen, der ville være fysiske eller juridiske personer hjemmehørende i Irland, og som ville træffe deres beslutninger i Irland. Det var oplyst, at bestyrelsen ville varetage både aktionærens og investorernes interesser. Bestyrelsen ville være SPV'ets ultimative ledelsesorgan og have kontrol over alle beslutninger vedrørende SPV'et. Landskatteretten fandt herefter, at ledelsen af det irske SPV ikke havde sæde her i landet, og at selskabet derfor ikke var hjemmehørende i Danmark i henhold til SEL § 1, stk. 6.

Der er med afgørelsen sat grænser for, hvornår et udenlandsk selskab kan anses at have ledelsens sæde i Danmark. Når aktionærer og medlemmer af ledelsesorganerne ikke har tilknytning til Danmark, og selskabsbeslutningerne træffes i udlandet, vil et udenlandsk selskab i almindelighed ikke kunne anses for at have ledelsens sæde i Danmark. Dette er tilfældet, selvom selskabet er etableret på initiativ af et dansk pengeinstitut, og selskabet kun har transaktioner med det danske pengeinstitut.

De ovenfor behandlede afgørelser har vist, at der for produktions- og

selskabs virkelige ledelse. Modsat dette anfører *Jens Wittendorff* i SR-Skat 1998, s. 187, at resultatet af retsforliget er, at Landsrettens dom i princippet fortsat har præjudikatsværdi.

101. For en detaljeret gennemgang af sagen henvises til *Jens Wittendorff* i SR-Skat 2000, s. 201 ff.

salgsselskaber mv. (i.e. selskaber med en daglig ledelse) vil blive lagt afgørende vægt på, hvor beslutningerne om den daglige ledelse af selskabet reelt træffes, uanset hvem der træffer beslutningerne. Indtil videre er begrebet »daglig ledelse« fortolket i overensstemmelse med de selskabsretlige regler om direktionens og bestyrelsens opgaver og kompetencedeling i ASL § 54 og ApSL § 19, idet der i de behandlede tilfælde er set bort fra, at der i udlandet er truffet overordnede beslutninger af usædvanlig art eller af stor betydning for selskabet, ligesom der er bortset fra, at en udenlandsk bestyrelse jævnligt har holdt opsyn med den daglige ledelse, som er foregået i Danmark¹⁰². Der er blevet lagt vægt på personalemæssige beslutninger som ansættelser og afskedigelser, beslutninger om råvareindkøb, beslutninger om produktionssammensætning, beslutninger om finansiering, markedsføring etc. Hermed er der opretholdt kongruens på dette konkrete område.

Praksis om fastlæggelse af skattemæssigt hjemsted for *selskaber uden daglig ledelse* er efterhånden af betydeligt omfang.

I TfS 1996, 476 LR blev et svensk selskab, der var blevet købt af et dansk selskab, anset for skattepligtigt til Danmark i henhold til selskabsskattelovens § 1, stk. 7 (nu SEL § 1, stk. 6). Bestyrelsesmedlemmerne havde bopæl i Danmark, men bestyrelsen havde sit sæde i Sverige, hvor det første bestyrelsesmøde blev afholdt. Direktøren havde bopæl og daglig beskæftigelse i Danmark, og eventuelle beslutninger vedrørende den daglige ledelse i selskabet ville blive truffet i Danmark. Men det blev samtidig oplyst, at, at der ikke aktuelt var behov for en daglig ledelse i bogstavelig forstand, idet det svenske selskabs eneste funktion var at eje aktier. Beslutninger, der krævede bestyrelsens stillingtagen, ville blive truffet på bestyrelsesmøde, der ofte blev afholdt i Sverige. Beslutninger af større rækkevidde skulle godkendes af ledelsen i det danske moderselskab. Ligningsrådet fandt, at selskabets ledelse havde sæde i Danmark. Ligningsrådet lagde herved vægt på, at hovedparten af den ledelsesmæssige aktivitet ville foregå i Danmark, og at beslutninger, der vedrørte aktier i selskabet, ville blive truffet i Danmark. Ligningsrådets bindende forhåndsbesked giver ikke nævneværdige bidrag i relation til at fastslå spørgsmålet om daglig ledelse. Det er faktisk uklart, hvem Ligningsrådet har anset for at være selskabets ledelse. Det kan ligeledes anføres, at det ikke er klart, hvad Lignings-

102. Se også *Henrik Dam* i Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 292.

rådet har ment med, at hovedparten af den ledelsesmæssige aktivitet vil foregå i Danmark¹⁰³.

Ligningsrådets afgørelse i TfS 1998, 334 LR, bidrager til afklaring af retstilstanden. I sagen havde en til Danmark fuldt skattepligtig person erhvervet aktierne i et finsk holdingselskab. Det finske holdingselskab ejede 25% af aktierne i et dansk datterselskab, hvori den pågældende person i forvejen kontrollerede 51% af aktierne. Det finske holdingselskabs eneste funktion var at eje det danske datterselskab, hvorfor der ikke blev truffet daglige ledelsesbeslutninger, ligesom der ikke var ansat en direktør. Bestyrelsen i holdingselskabet bestod af aktionæren og af den lokale direktør for det finske datterselskab. Om den faktiske ledelsesaktivitet i holdingselskabet blev det oplyst, at der ikke var afholdt bestyrelsesmøder siden købet, og at selskabets generalforsamling blev afholdt telefonisk, hvorefter dokumenterne blev rundsendt til bestyrelsesmedlemmernes underskrift. Ligningsrådet tiltrådte Told- og Skatteregionens indstilling, hvorefter holdingselskabets ledelse blev anset for at have sæde i Danmark, idet det blev lagt til grund, at de ledelsesmæssige beslutninger blev truffet i Danmark¹⁰⁴.

I TfS 2000, 196 LR ejede et moderselskab M ikke-finansielle selskaber i en række lande. En del af disse selskaber var 100%. ejede af et

103. Jf. *Niels Winther-Sørensen* i SR-Skat 1997, s. 155, der endvidere finder, at man kan få den tanke, at Ligningsrådet simpelt hen ikke har troet på, at bestyrelsen først ville træffe beslutningerne i det svenske selskab på de formelle bestyrelsesmøder i Sverige. Forfatteren anfører, at det er naturligt, at ligningsmyndighedernes mistro om proforma kan vækkes, når et selskab på trods af bestyrelsesmedlemmernes og direktørens bopæl og sædvanlige ophold i Danmark oplyser, at bestyrelsen vil træffe sine beslutninger på bestyrelsesmøder i Sverige. Dog anføres det, at der her i givet fald vil være tale om en bevisbedømmelse af til dels fremtidige forhold, som Ligningsrådet ikke har mulighed for at vurdere i en bindende forhåndsbesked. Af denne årsag må Ligningsrådets henvisning til direktørens og bestyrelsesmedlemmernes bopæl og ophold i Danmark, efter forfatteren vurdering, forstås således, at Rådet har anset disse forhold for også at være af væsentlig betydning ud over de rent bevismæssige forhold. Forfatteren finder dette i strid med udsagnene i cirkulære nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 2.1.1. om selskaber uden daglig ledelse. Det kan ikke være afgørende, om de personer, der træffer beslutningerne, i øvrigt bor og sædvanligvis opholder sig i Danmark, hvis det bevismæssigt kan lægges til grund, at de ledelsesmæssige beslutninger træffes i Sverige. Se også kritisk *Henrik Dam* i Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 293.

104. Den kommunale skattemyndighed havde desuden tillagt aktionærens bopæl betydning, hvilket der som nævnt ovenfor næppe er grundlag for efter lovens forarbejder eller pkt. 2.1.1. i cirkulære nr. 82 af 29.5. 1997 om international beskatning, jf. også *Jens Wittenendorff* i SR-Skat 1998, s. 187, og *Niels Winther-Sørensen* i SR-Skat 1997, s. 154 ff. Modsat dette anfører *Henrik Dam* i Festskrift til Finn Taksøe-Jensen, 1999, s. 293, at der også i denne afgørelse blev lagt vægt på at aktionærene, bestyrelsen eller direktionen havde bopæl i Danmark. Forfatteren kritiserer dog forholdet.

Del IV – Konfrontation

hollandsk holdingselskab C BV. I forbindelse med en omstrukturering af koncernen ønskedes stiftet et nyt hollandsk holdingselskab B BV med ledelsens sæde i Danmark. B BV ville eje samtlige aktier i C BV. Ligningsrådet svarede, at B BV ville blive anset for fuldt skattepligtig til Danmark efter selskabsskattelovens § 1, stk. 6, idet ledelsen fandtes at ville få sit sæde i Danmark. Selskabet ville ansætte en administrerende direktør med bopæl i Danmark. B Holding BV ville i kraft af dets formål og aktiviteter fungere som et typisk holdingselskab. Den administrerende direktørs arbejde ville bl.a. bestå i at koordinere kommunikationen med datterselskaberne på den ene side og aktionærerne på den anden side samt i at udarbejde referater fra bestyrelsesmøder, føre forhandlingsprotokollen og forestå kommunikationen med de danske myndigheder. Bestyrelsen i B Holding BV ville have 5 medlemmer, hvoraf 3, inklusive bestyrelsesformanden, ville have bopæl i Danmark. Bestyrelsen vil mødes mindst en gang årligt i København for at diskutere og godkende forretningsplanerne. Øvrige bestyrelsesmøder vil blive afholdt i København, medmindre der helt undtagelsesvis vil være behov for en omgående afgørelse »på stedet«. Vedrørende de afgørelser, som bestyrelsen kunne træffe, blev følgende oplyst: Enhver beslutning om køb og salg af aktier i eksisterende eller nye selskaber samt beslutninger vedrørende udbyttepolitikken vil blive taget af bestyrelsen. Bestyrelsen vil i deres beslutninger vedrørende udbyttepolitikken tage højde for de juridiske krav og god forretningsskik, herunder beslutte, om overskuddet skal anvendes til at investere i nye selskaber, udvide kapitalen i de eksisterende datterselskaber eller deklarerer som udbytte til aktionærerne. I forbindelse med ovennævnte beslutninger og andre beslutninger vil bestyrelsen tage højde for, at beslutningerne er i overensstemmelse med aktionærernes forretningsmæssige formål med selskabet. Derudover vil den årlige generalforsamling blive afholdt i København. Ligningsrådet traf sin afgørelse på grundlag af det i cirkulære nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 2.1.1. anførte og ud fra det oplyste om karakteren af de beslutninger, som bestyrelsen kan træffe. De opgaver, som den administrerende direktør ville varetage, var ikke tilstrækkelige til at flytte ledelsens sæde til Danmark. Grundet selskabets karakter, har det afgørende været indholdet af bestyrelsens beslutninger samt sikkerhed for, at disse beslutninger reelt træffes i Danmark¹⁰⁵.

105. Jf. *Mogens Rasmussen* i SR-Skat 2000, s. 26. Se også *Jens Wittendorff* i SR-Skat 2000, s. 200 f, der tiltræder afgørelsen, idet alle væsentlige beslutninger ville blive truffet i Danmark.

Ligeledes i TfS 2000, 197 LR, ejede et moderselskab M ikke-finansielle selskaber i en række lande. Flertallet af disse selskaber var 100% ejet af et hollandsk holdingselskab, C BV, der igen er 100% ejet af et engelsk holdingselskab, D Ltd. M spurgte Ligningsrådet, om D Ltd., som var indregistreret i England, ville få ledelsens sæde i Danmark på baggrund af karakteren af de beslutninger, som kan træffes af i Danmark bosiddende bestyrelsesmedlemmer og direktør. Det engelske selskab ville ikke blive likvideret, og det er således de engelske selskabsretlige regler, der fremdeles vil finde anvendelse. De engelske selskabsretlige regler er i det væsentlige i overensstemmelse med de danske. I engelsk selskabsret opererer man imidlertid med en énstrengt ledelsesstruktur, hvilket betyder, at der ikke er nogen klar adskillelse mellem direktion og bestyrelse. Det er således et af bestyrelsesmedlemmerne, der udpeges til at forestå den daglige ledelse. Følgende var oplyst om ledelsens (bestyrelsens) kompetence i D Ltd. Danmark: Ledelsen kan træffe beslutning om ethvert anliggende inden for selskabets formålsbestemmelse. Ledelsen kan således lægge strategi og implementere denne. Det vil tillige ligge inden for ledelsens kompetence at træffe beslutning om køb og salg af datterselskaber, ligesom ledelsen fastlægger udbyttepolitikken. Det følger af selskabets vedtægter, at der ikke kan udloddes højere udbytte end foreslået af ledelsen. Endvidere er ledelsen bemyndiget til at sælge ethvert aktiv, herunder aktier. Ligningsrådet fandt, på grundlag af det i cirkulære nr. 82 af 29.5. 1997, pkt. 2.1.1. anførte og ud fra det oplyste om karakteren af de beslutninger, som bestyrelsen kan træffe, at holdingselskabet vil anses for at have ledelsens sæde i Danmark¹⁰⁶. Afgørelsen ligger på linie med TfS 2000, 196 LR, og må antages at være korrekt¹⁰⁷.

§ 6 Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Kapitlet har afdækket flere retlige samspil mellem skatteretten og civilretten i forbindelse med fastlæggelsen af selskabers hjemsted.

106. Afgørelsen vedrørte i høj grad også fortolkningen af reglerne om tvungen sambeskatning (CFC-beskatning) i SEL § 32 samt reglen i ABL § 2 a. Disse særlige spørgsmål skal ikke omtales nærmere i denne kontekst.

107. Se herom også *Mogens Rasmussen* i SR-Skat 2000, s. 26 og *Jens Wittendorff* i SR-skat 2000, s. 200 f.

Del IV – Konfrontation

Det er konstateret, at skatteretten bygger på det selskabsretlige registreringskriterium ved fastlæggelsen af aktie- og anpartsselskabers skattemæssige hjemsted. Der foretages ikke en skatteretlig fravigelse efter den hidtidige almindelige opfattelse og administrativ praksis. Formentlig har lovgiver ved konciperingen af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 forudsat, at der selskabsretligt gjaldt et hjemstedskrav for selskabets ledelse. Den almindelige skatteretlige opfattelse af skattepligtsbestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, hviler derfor på et forkert selskabsretligt fundament, idet det ikke gennem selskabsretten *de facto* tilsikres, at ledelsen sæde er beliggende i Danmark. Hermed er der altså forudsat kongruens i forholdet mellem skatteretten og civilretten, men en skatteretlig håndhævelse heraf bygger i realiteten på en misforståelse af den underliggende selskabsret.

For andre registreringspligtige virksomheder gælder et indregistreringskriterium i selskabsretten og et hovedsædekriterium i skatteretten. Hermed er lovfæstet en inkongruens i forholdet mellem skatteret og civilret. Forholdet kan dog næppe kritiseres, omend en vis forudsigelighedsgevinst kunne opnås ved en harmonisering af hjemstedsstatueringen.

Endelig synes der at være tilsikret kongruens i hjemstedsbedømmelsen, for så vidt angår ikke-registreringspligtige virksomheder.

For så vidt angår kriteriet om *ledelsens sæde*, blev det konstateret, at der er tvivl om eksistensen af et retskildebestemt kongruenskrav ved forståelsen heraf, ligesom der alene kunne identificeres et svagt koordinationsbestemt kongruensbehov. Det er ikke muligt at konstatere, om der ved forståelsen af begrebet overordnet består en kongruent eller inkongruent retstilstand. Spørgsmålet hænger dog sammen med forståelsen af begrebet »daglig ledelse«. Herom er det ovenfor konstateret, at der gælder et svagt retskildebestemt kongruenskrav og et middelstærkt koordinationsbestemt kongruensbehov. Som udgangspunkt tilgodeses disse krav og behov af den relevante normering med tilhørende autoritative fortolkningsbidrag. Dette må bifaldes. Dog skal det erindres, at det afgørende i skatteretlig henseende ikke er den formelle daglige ledelse, men derimod den reelle daglige ledelse. Af denne årsag er det ikke nødvendigvis direktionen, der efter en konkret vurdering forestår den daglige ledelse. Det kan være bestyrelsen eller aktionærerne. Der kan dog ikke siges herved at være tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten, idet det jo stadig er kriteriet om »daglig ledelse«, der lægges vægt på, men at dette blot skal leve op til en konkret realitetsprøvelse,

som i princippet også gælder i selskabsretlig henseende. Hvad derimod angår selskaber uden daglig ledelse, kan der ikke konstateres et krav om kongruens, ligesom det ikke er meningsgivende at tale herom, idet der ikke findes noget selskabsretligt fundament til afklaring af spørgsmålet. Det syntes derfor nødvendigt og rigtigt, når der i skatteretlig henseende lægges vægt på, hvor de overordnede beslutninger træffes.

Sammenfattende efterlades man dog med det indtryk, at hjemstedsproblematikken ikke er tilstrækkeligt koordineret selskabsretten og skatteretten imellem. Særligt lader det til, at retsområdet er baseret på implicitte og uklare forudsætninger om selskabsretlige forhold. Retsstilstanden kunne med fordel blive justeret, så disciplinerne i højere grad var tilpasset hinanden. Dog synes der ikke at være anledning til at kritisere den gældende retstilstand ud fra de konstaterede kongruenskrav, idet disse for så vidt er efterlevet. Ligeledes er der ikke store retssikkerheds- eller praktikabilitetsgevinster ved en sådan harmonisering.

Kapitel 21

Finansieringsdispositioner

§ 1 Alment om virksomheders finansiering

Erhvervs virksomheders finansiering kan fremkomme gennem indskud som deltager i person- og kapitalselskaber eller indskud som långiver i samme. Virksomheders investeringer medfører en stigning i selskabers aktiver, mens en kapitalfremskaffelse medfører en stigning i passiverne. En virksomheds passiver udgøres overvejende af gæld og egenkapital.

På civilrettens område foretages emneinddelingen typisk sådan, at selskabsretten fremstiller følgerne af, at der er tilført en juridisk person egenkapital, hvormed en medejendomsret til selskabformuen indtræder, mens kreditretten derimod behandler de tilfælde, hvor der er tilført en juridisk person (eller en fysisk person) fremmedkapital¹.

Kapitlet omhandler selskabers finansieringsdispositioner og fremdrager alene nogle af de områder vedrørende den retlige normering af selskabssfinansiering, som må antages at indeholde interessante samspil mellem skatte- og civilretten. Kapitlet omhandler såvel kapital- som personselskaber.

Der findes nationalt og internationalt et antal metoder til at foretage selskabsfinansiering. I den ene ende af spektret befinder sig den rene egenkapital som finansieringsform. I den anden ende af spektret befinder den rene fremmedkapitalfinansiering sig. Begge former for virksomhedsfinansiering er udtryk for *indskud* i en virksomhed. Indskud af *egenkapital* medfører *selskabsdelagelse*², mens indskud af *fremmedkapital* medfører en *fordringsret* for indskyderen.

I enkeltmandsvirksomheder er opdelingen mellem virksomhedens egenkapital og ejerens personlige formue ofte uklar. I interessentskaber og kommanditselskaber er der en klar opdeling mellem virksomhedens

-
1. Jf. Lennart Lyngge Andersen & Erik Werlauff: Kreditretten, 1995, s. 18, og Erik Werlauff: Selskabsret, 1997 (ikke medtaget i senere udgaver), s. 290, samt Lars Hedegaard Kristensen: Studier i erhvervsfinansieringsret, 2003, s. 379.
 2. Indskud af egenkapital skal ske som kontant- eller realindskud.

egenkapital og ejernes personlige formue³. I aktie- og anpartsselskaber er egenkapitalen endnu klarere adskilt fra selskabsdeltagernes personlige formue.

Virksomheders kapitalstruktur består af en blanding af egen- og fremmedkapital. Beslutninger vedrørende den optimale kapitalstruktur i selskaber kan i et vist omfang siges at være uafhængige af skattemæssige overvejelser⁴.

§ 2 Kapitalkrav og solvenskrav herunder underkapitalisering

2.1. Indledning

I det følgende analyseres det, hvorledes skatteretten spiller sammen med civilretten i spørgsmålet om selskabers kapitalkrav. Der fokuseres særligt på de samspil, der opstår i forbindelse med kapitalselskabers underkapitalisering.

-
3. Det anføres i pkt. 68 i IASC's begrebsramme, at definitionen på egenkapital tillige er anvendelig for enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, fonde mv.
 4. Der findes ikke nogen generelt anerkendt norm udspringende af økonomisk teori, der tilkendegiver at gæld skulle være et mere fordelagtigt finansieringsmiddel end egenkapital eller vice versa. Ligeledes kan der ej heller i konsensus opstilles en generel debt/equity ratio, der har universel betydning. Snarere viser erhvervspraksis, at finansieringsbeslutninger foretages på et case-by-case grundlag, hvor forskellige ikke-skattemæssige overvejelser formentlig indgår. Sådanne kriterier kan være følgende: (1) vurdering af forventningerne til fremtidens renteudvikling, (2) investors investeringshorisont, (3) materielle og immaterielle aktivers alder i datterselskabet, (4) nutidige og fremtidige finansieringsbehov i datterselskabet, (5) den planlagte vækst i virksomheden samt (6) investors risikoaversitet, jf. herom eksempelvis *Detlev J. Piltz* op.cit., s. 90 f. Se også *Jesper Berning*: *Finansieringsret*, 1977, s. 42 ff, med bud på hvilke faktorer, der trækker i de forskellige retninger. Tilgængelige databaseinformationer indikerer, at forholdet mellem gæld og egenkapital varierer enormt fra land til land og fra branche til branche, jf. *Howard S. Engle & Walter T. Raineri* i, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 82b, 1996, s. 755 f, med note 5 og 6, om forholdene i USA. Øvrige forhold, der kan spille ind på den praktiske sammensætning af kapitalen i et selskab, kan ligeledes være forskellen på løbetid, idet det for virksomheder i en anstrengt likvid situation kan være vanskeligt at få refinansieret kortfristede lån. Ligeledes kan det spille ind, hvorledes renten på lån skal fastsættes eller fastholdes, ligesom det kan være en fordel at aftale en finansieringskilde i fremmed valuta. Dette vil navnlig være en fordel, såfremt virksomheden har nettoindbetalinger lydende i fremmed valuta.

2.2. Kapitalkrav og underkapitalisering i selskabsretten

Siden 1917 har der i dansk ret været stillet særlige kapitalkrav til aktieselskaber. Tilsvarende blev anpartsselskaber allerede ved indførelsen heraf i 1973 underlagt kapitalkrav. Der gælder ikke andre solvenskrav for almindelige aktie- og anpartsselskaber, end de mindstekapitalkrav som følger af selskabslovgivningen. For aktieselskaber kræves en minimumskapital på 500.000 kr., jf. AL § 1, stk. 3, og for anpartsselskaber på 125.000 kr., jf. APL § 1, stk. 3. Hertil kommer kapitaltabsreglerne efter ASL § 69a, samt ApSL § 52, som skal sikre at ledelsen griber ind ved et tab af selskabets kapital.

For særlige brancher, der afhænger af offentlighedens tillid, er der imidlertid indsat særregler vedrørende kapitalkrav og solvenskrav⁵. Det gælder, at selskaber, der ønsker *optagelse på Københavns Fondsbørs*, skal have en samlet aktiekapital på mindst 15 mio. kr. og den forventede kursværdi af de aktier, der søges optaget til notering, skal udgøre mindst 8,5 mio. kr.⁶. Der stilles særlige krav til de virksomheder, der er omfattet af lov om finansiell virksomhed. Således gælder det, at basiskapitalen⁷ i *pengeinstitutter og realkreditinstitutter* skal udgøre mindst 8% af de risikovægtede aktiver (solvenskravet) og 5 mio. euro (minimumkapitalkravet), jf. § 124, stk. 1 i lov om finansiell virksomhed⁸. Tilsvarende skal basiskapitalen i *fondsmæglerselskaber og investeringsforvaltningselskaber* mindst udgøre 8% af de risikovægtede aktiver (solvenskravet) og 1 mio. euro (minimumkapitalkravet) i visse situationer og 0,3 mio. euro i andre situationer., jf. § 125 i lov om finansiell virksomhed. Basiskapitalen skal i disse selskaber dog mindst udgøre en fjerdedel af det foregående års faste omkostninger, jf. § 125, stk. 4. Endvidere gælder

-
5. Se generelt om egenkapitalregler i selskabslovgivningen, *Poul Jensen og Ole Steen Jørgensen* i *RevisionsOrientering* E.1., 1991.
 6. Jf. § 4, stk. 1 og 2 i Bekg. om betingelserne for optagelse til notering af værdipapirer på en fondsbørs, Fondsrådets bekendtgørelse nr. 331 af 23. april 1996.
 7. Basiskapital er udtryk for en reduceret kernekapital, tillagt reduceret supplerende kapital og fratrasket visse andre beløb, jf. § 127 i lov om finansiell virksomhed. Kernekapital defineres i § 129 og § 130, mens reduktionen heraf sker efter lovens § 131.
 8. Den nævnte bestemmelse i lov om finansiell virksomhed udgør den danske implementering af EU's direktiv om solvensnøgletal for kreditinstitutter (89/647/EØF) (solvensdirektivet), direktiv om kreditinstitutters egenkapital (89/299/EØF) (egenkapitaldirektivet) og direktiv om kravene til investeringsselskaber og kreditinstitutters kapitalgrundlag (93/6/EØF) (CAD-direktivet). Disse regler gælder for kreditinstitutter i hele EU. Se om solvens efter de hidtidige regler i Bank- og Sparekasseloven, *Cato Baldvinsson m.fl.*: Dansk Bankvæsen, 2000, s. 152 ff.

der særligt detaljerede kapital- og solvenskrav for forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser, jf. § 126 i lov om finansiel virksomhed.

I civilretlig henseende er det så vidt ses et uafklaret spørgsmål, hvilke (om nogen) retlige sanktioner selskabsstiftelse- og drift med et for lille kapitalgrundlag i forhold til driften, kan give anledning til. Inspireret af tysk ret tales her om *underkapitaliserede selskaber*. Det er blevet gjort gældende, at underkapitalisering kan føre til aktionærernes erstatnings-svar overfor selskabets kreditorer, eventuel tvangsmæssig efterstillelse eller endda, at der i visse tilfælde kan ske hæftelsesgennembrud⁹. Underkapitalisering gør det dog næppe alene, men kan eventuel indgå som et moment blandt flere¹⁰.

Det siges ofte at være en vanskelig eller umulig opgave at drage en velbegrundet skillelinie mellem tilstrækkelig og utilstrækkelig kapitalisering¹¹. Spørgsmålet om, hvorvidt der er grundlag for at statuere hæftelsesgennembrud eller ej i tilfælde af underkapitalisering, afhænger af, hvordan Højesterets dom i TfS 1997, 780 H *Midtfyns festivalen*, fortolkes. Som en følge af den nævnte højesteretsdom er det nu i videre udstrækning anerkendt i dansk ret, at hæftelsesgennembrud kan finde sted i visse situationer¹². I sagen synes synspunktet om underkapitalisering at indgå.

9. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsmasken, 1991, s. 73 ff om begrebet underkapitalisering med udsondring af de tilfælde, hvor der skal udløses erstatningsansvar og de tilfælde, hvor der kan udløses hæftelsesgennembrud (markeds-mæssig relativ underkapitalisering). Begrebet markeds-mæssig relativ underkapitalisering er kendetegnet ved at selskabet ikke kan opnå kredit på markeds-mæssigt sædvanlige vilkår, og at dets egenkapitalfinansiering, skønt den muligt opfylder lovgivningens formelle kapitalkrav, er beskeden i forhold til selskabets faktiske aktivitetsniveau og risici, jf. herom *Selskabsmasken*, 1991, s. 346. Se tillige *Lennart Lyngé Andersen, Erik Werlauff & Niels Ørgaard*: Holdingselskaber, 1998, s. 53 ff, hvor gode råd udstikkes vedrørende interne danske holdingsstrukturer s. 60. Et af disse råd er, at egenkapitalen skal tilpasses driftens omfang. Spørgsmålet analyseres tillige af *Bernhard Gomard*: Samarbejde og ansvar i koncerner og selskaber, 1997, s. 100 ff, der er skeptisk over for underkapitaliseringssynspunktet, jf. tillige samme i J 1992, s. 44 ff. Mest intensivt behandles problemstillingen dog hos *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 639 ff. Sidstnævnte forfatter opstiller følgende varianter i underkapitaliseringsbegrebet: (a) misforhold mellem egenkapital og virksomhedens omfang, (b) misforhold mellem egenkapital og fremmedkapital, eller (c) misforhold mellem egenkapital og risiko, ligesom der kan sondres mellem (d) oprindelig, og (e) efterfølgende underkapitalisering.

10. Jf. *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 639 ff.

11. Jf. *Bernhard Gomard*: Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, 1997, s. 102.

12. Jf. domskommentaren af højesteretsdommerne *Børge Dahl & Jørgen Nørgaard* i UfR 2000 B, s. 399 ff, og i tilslutning hertil *Christian Schwarz-Hansen* i NTS 2001, s. 433 ff. I TfS 1997, 822, gennemgår *Erik Werlauff* konsekvenserne af denne dom og tager den

Det er ligeledes uafklaret, om lån fra aktionærene i visse tilfælde tvangsmæssigt kan blive efterstillet (manglende anmeldelsesret ved konkurs)¹³.

De præsenterede selskabsretlige kapitalkrav og eventuelle konsekvenser af underkapitalisering suppleres af særlige skatteretlige krav til selskabers kapital. I denne forbindelse tænkes på reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11, samt det egentlige kapitalkrav i henhold til opkrævningslovens § 11 a. De gældende skatteretlige kapitalkrav indtager for så vidt en sekundær placering i forhold til selskabsrettens kapitalkrav, idet anerkendelse af et selskab som selvstændigt retssubjekt alene forudsætter, at selskabet opfylder de selskabsretlige kapitalkrav¹⁴. I det følgende skal alene behandles de skatteretlige regler vedrørende tynd kapitalisering og de samspil med civilretten, som disse regler giver anledning til.

2.3. Skatteretlige regler til modvirkning af tynd kapitalisering

2.3.1. Generelt

Med lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) blev SEL § 11, stk. 1-4 indført. Reglen blev siden med lov nr. 1026 af 23.12. 1998 (L 53) udvidet med stk. 5 gældende for faste driftssteder¹⁵ og yderligere udvidet og modi-

til indtægt for et synspunkt om hæftelsesgennembrud. Se dog modsat *Bernhard Gomard* i UfR 1998 B, s. 175 ff og *Jesper Lau Hansen*: Informationsmisbrug, 2001, s. 386. Nogle forfattere finder, at dommen terminologisk ikke kan være udtryk for hæftelsesgennembrud, idet der i sagen var tale om søsterselskaber, jf. eksempelvis *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel*: Lærebog i selskabsret I, 1999, s. 75, og *Jan Schans Christensen*: Kapitalselskaber – aktie- og anpartsselskabsret, 2003, s. 131 f. Dog skal det erindres, at hovedanpartshaveren gennem det ene selskab indirekte ejede 20% af det andet i hvilket han direkte ejede 35% af anpartskapitalen.

13. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsmasken, 1991, s. 210 f, samme UfR 1991 B, s. 414, samme i koncernretten, 1996, s. 121 f. Betingelserne for en sådan tvungen efterstilling synes at være, (1) at der er ydet et betydeligt lån i forhold til egenkapitalen skønsmæssigt vurderet i forhold til aktivitetsniveau, og (2) at lånet ydes på et tidspunkt, hvor selskabet ikke kunne opnå uafhængig finansiering. Synspunktet har så vidt ses ikke vundet tilslutning, jf. således kritisk *Lars Hedegaard Kristensen*: Studier i erhvervsfinansieringsret, 2003, s. 447 f. Forfatteren fremdrager en række indvendinger mod synspunktet, her i blandt, at det er vanskeligt at fastslå, hvad der er et acceptabelt forhold mellem lånet og selskabets egenkapital. Se også *Paul Krüger Andersen*: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 580, og s. 684.

14. Jf. hertil *Henrik Dam & Søren Friis Hansen* i Festskrift til Bernhard Gomard, Lennart Lyng Andersen m.fl. (red.), 2001, s. 74.

15. Se herom generelt *Jakob Bundgaard*: Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, og samme i Armslængdeprincippet & Transfer pricing, 2001, s. 289 ff.

ficeret med lov nr. 321 af 31.3. 2004 (L 119). Reglerne skal ses som et led i dansk tilpasning til international skatteret i øvrigt, hvor der ligeledes er en stigende tendens til indførelse af sådanne antiudnyttelsesregler.

Selskabsskattelovens § 11 omfatter den situation, hvor et dansk eller et udenlandsk selskab eller forening har gæld til juridiske personer som nævnt i LL § 2, dvs. såkaldt kontrolleret gæld, og denne gæld medfører, at selskabets eller foreningens fremmedkapital set i forhold til selskabets egenkapital ved udløbet af indkomståret overstiger forholdet 4:1, og samtidig overstiger en minimumsgrænse på 10 mio. kr. I sådanne tilfælde, kan renteudgifter og kurstab, der vedrører den overskydende del af den kontrollerede gæld, ikke fradrages. SEL § 11 indeholder dog den begrænsning, at reglen kun omfatter renteudgifter og kurstab vedrørende den del af gælden, der skulle have været konverteret til egenkapital for at opfylde solvenskravet. Kurstab kan dog fradrages i kursgevinst på samme lån i efterfølgende indkomstår. Lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld. Fradragsbeskæringen bortfalder i det omfang, selskabet eller foreningen godtgør, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter.

Som nævnt er der fastsat et objektivt vurderingskriterium for, hvornår et selskab mv. skal anses for at være tyndt kapitaliseret, jf. SEL § 11, stk. 1, nummer 3). Således anses et selskab for at være tyndt kapitaliseret, såfremt dets solvensgrad er mindre end 20%. Hvis således et dansk selskab eller en filial har en lavere solvensgrad end påkrævet, formodes det, at dette er skattemotiveret (formodningsreglen). Herved må lovgiver have forudsat, at långivning ud over det tilladte i realiteten har økonomisk mening og funktion som et kapitaltilskud fra moderselskabet mv. Altså udgøres formaliteten af et låneforhold, mens realiteten udgør et kapitalindskud. Formodningsreglen kan som bekendt afkræftes, men herved flyttes bevisbyrden reelt til skatteyder. Selskabsskattelovens § 11 må antages at være udtømmende, for så vidt angår spørgsmålet om korrektion som følge af tynd kapitalisering i Danmark¹⁶.

16. Før vedtagelsen af SEL § 11, var det omdiskuteret, om dagældende SEL § 12, SL §§ 4-6, eller den brede udbyttebestemmelse i LL § 16 A, fandt anvendelse i tilfælde af tyndt kapitaliserede selskaber. Nogle forfattere fandt, at en korrektionshjemmel allerede var eksisterende, mens andre ikke fandt en sådan tilstedeværende. Der var dog tilsyneladende

Et beslægtet begreb, der har med den skattemæssige behandling af selskabsfinansiering at gøre, er begrebet *fat eller thick capitalization*¹⁷. Hermed menes i almindelighed, at et datterselskab, typisk beliggende i et lavskattelænd, forsynes med en for sin virksomhed urimeligt stor egenkapital¹⁸. Denne problemstilling skal ikke analyseres nærmere.

dende enighed om, at der ved vurderingen skulle tages udgangspunkt i den civilretlige og skatteretlige hovedregel, hvorefter der ud over den ordinære aktie- henholdsvis anpartskapital ikke stilles krav til forholdet mellem gæld og egenkapital i Danmark. Det antages af Jan Pedersen i Skatteretten 2, 1995, s. 457, at »... Selvom det må hævdes, at transfer pricing princippet som udgangspunkt alene giver hjemmel til vilkårskorrektion og ikke dispositionskorrektion ... [...] ... på i øvrigt uantastelige dispositioner, men ikke til korrektion af selve dispositionens retlige karakter, må det dog formentlig anerkendes, at dansk ret indeholder den fornødne hjemmel til korrektion af tynd kapitalisering ...«. Der henvises ligeledes til LL § 16 A, som en mulighed for indgreb. Dog sluttes det, at korrektionsmulighederne i praksis er særdeles begrænsede. Se for samme overordnede konklusion vedrørende anvendeligheden af SEL § 12, samme forfatter i Transfer pricing- i international skatteretlig belysning, 1998, s. 77 f, hvor det hævdes, at dansk skatteret i princippet altid har indeholdt den fornødne hjemmel til korrektion af tynd kapitalisering. Se også samme i Skatteudnyttelse, s. 338 ff, og samme i Skatteretten 2, 2004, s. 535 ff, samt J.O. Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 239 ff, og Ole Kjær i SU 1993, 360. Selvom der ikke foreligger danske retsafgørelser om spørgsmålet, var skattemyndighederne også af den opfattelse, at SEL § 12, stk. 1 og 2 indeholdt den fornødne hjemmel, men samtidig, at den særligt tunge bevisbyrde i praksis ville medføre, at muligheden for at vinde sager om tynd kapitalisering ved landsskatteretten og domstolene ikke var særlig stor, jf. betænkning nr. 1060 1985, s. 218 ff, og Statsskattedirektoratets revisionsmeddelelse 1983-3, afsnit 6.2.4. Ivar Norland fandt også i Cahiers de droit fiscal international, 1996, Vol. 82b, s. 403 ff, at der i SEL § 12 principielt var indeholdt den fornødne korrektionshjemmel. Aage Michelsen fandt derimod i artiklen »Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst«, i Nis Jul Clausen (red.): Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, 1995, s. 217 ff, at der ikke i dansk ret fandtes en korrektionshjemmel til omkvalificering af rentebetalinger til udbytte. Dette standpunkt fastholdes i samme forfatters International skatteret, 1996, s. 318. Se hertil også Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2004/05, s. 484.

17. Se herom Leif Gäverth: Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor – En skatterättslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med under- respektive överkapitaliserade bolag, 1998, passim.
18. Med indførelsen af Tonnageskatteloven og særligt dennes § 14 har vi også i Danmark fået en særlig værnsregel til modvirkning af tyk kapitalisering, jf. herom N. Mou Jakobsen i SR-Skat 2004, s. 86 ff (99 f). Baggrunden for reglen er, at tonnageskatteordningen alene omfatter indtægter ved rederivirksomhed. Finansindtægter i form af renteindtægter og kursgevinster kan ikke beskattes under tonnageskatteordningen, ligesom renteudgifter og kurstab ikke kan fratrækkes. Efter TSL § 12, opgøres finansindtægter og -udgifter som et nettobeløb. Har rederiet nettofinansindtægter, skal de beskattes efter skattelovgivningens almindelige regler, mens nettofinansudgifter fordeles forholdsmæssigt efter den regnskabsmæssige værdi af aktiverne knyttet til den tonnagebeskattede rederivirksomhed og den regnskabsmæssige værdi af øvrige egne aktiver. Med baggrund heri kan der være en tilskyndelse til at finansiere rederivirksomhed med egenkapital, mens renteudgifter placeres i selskabsbeskattede enheder. Dette kan eksempelvis ske ved at etablere den tonnagebeskattede rederivirksomhed i et

I det følgende skal det analyseres hvilke samspil mellem skatteret og civilret, som reglerne om tynd kapitalisering giver anledning til¹⁹. Det kan forudskikkes, at regelsættet er eksemplarisk i denne henseende. Den valgte fremgangsmåde indebærer, at hver enkelt samspil behandles for sig.

2.3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 giver anledning til en række samspil med civilretten. Således ses reglerne først og fremmest at berøre selskabernes valgfrihed med hensyn til valg af kapitalstruktur og dermed i sin natur spørgsmålet om skatterettens accept af civilrettens aftalefrihed. I sammenhæng hermed ses spørgsmålet om anerkendelse af lån i skatteretlig sammenhæng, idet sanktionen af tynd kapitalisering er en nægtelse af rentefradragsret og fradrag for kurstab.

Yderligere giver reglerne anledning til et konkret samspil i henseende til anvendelse af civilretlige termer i lovgivningen, hvilket blandt andet indgår ved vurderingen af direkte og indirekte sikkerhedsstillelse. I naturlig tilknytning hertil opstår spørgsmålene om opståen af selvstændige skatteretlige begreber, samt spørgsmålet om opståen af en selvstændig skatteretlig civilret. Yderligere synes reglerne at kunne give anledning til koordinationsproblemer mellem skatte- og civilretten. Endelig kan det overvejes, om den skatteretlige behandling af tynd kapitalisering kan få afsmittende effekt på den civilretlige behandling af spørgsmålet om underkapitalisering²⁰.

datterselskab, der kapitaliseres gennem egenkapital ved indskud fra moderselskabet, der finansierer dette ved hel eller delvis optagelse af lån. Ved etablering af sambeskatning mellem de to selskaber vil indkomsten i det tonnagebeskattede selskab kunne bringes til modregning i negativ skattepligtig indkomst i moderselskabet, der har fuld fradragsret for renteudgifter. Til modvirkning at dette foreskriver TSL § 14 den regel, at der skal ske rentekorrektion, hvis selskabets gæld er mindre end halvdelen af selskabets egenkapital. Dette vil sige, at selskabet skal beskattes af en beregnet fiktiv renteindtægt af forskellen. Rentekorrekturen beregnes med kapitalafkastsatsen i VSL § 9, det vil for indkomståret 2003 sige 5%. Den beregnede rentekorrektion skal tillægges den skattepligtige indkomst. Endvidere skal rentekorrekturen fragå ved beregningen af nettofinansieringsudgifter eller –indtægter efter TSL § 12, stk. 1. Gæld og egenkapital opgøres efter de regnskabsmæssige værdier ved indkomstårets udløb. Gæld og egenkapital skal endvidere forstås i overensstemmelse med regnskabsrettens definitioner. Problemstillingen vedrørende tyk kapitalisering skal ikke forfølges yderligere.

19. Forarbejdet til overvejelserne i dette afsnit er offentliggjort i SR-Skat 2000, s. 228 ff, og Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, s. 234 ff.

20. Ud over de anførte problemstillinger giver SEL § 11, ligeledes anledning til yderligere

Del IV – Konfrontation

Der ses ikke at være noget til hinder for at behandle samtlige samspil med udgangspunkt i afhandlingens evalueringsmodel.

2.3.3. Konfrontation ad de enkelte samspil

2.3.3.1. Aftalefrihed ved valg af kapitalstruktur og finansieringsform

A) Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Selskabers valgfrihed med hensyn til sammensætning af finansieringsstruktur er et udslag af den almindelige aftalefrihed, herunder også den selskabsretlige aftalefrihed.

Det erindres herved, at der blev konstateret et *middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav* vedrørende den skatteretlige accept af aftalefriheden og et *stærkt koordinationsbestemt kongruenskrav* vedrørende samme.

B) De skatteretlige retsvirkninger af tynd kapitalisering – evalueringsprocessens trin 3

Det selskabsretlige udgangspunkt vedrørende selskabers kapitalforhold er som bekendt, at der ikke, ud over selskabslovenes minimumskapitalkrav, stilles krav til selskabers finansiering. En af fordelene ved at drive virksomhed gennem filial er, at der ikke gælder noget offentlig-retligt kapitalkrav²¹.

Det materielle grundproblem ved regler om tynd kapitalisering er tilsidesættelsen af den af skatteyderne valgte kapitalstruktur, dog således at kapitalstrukturen opretholdes, men med potentiel rentefradragsbeskæring som retsfølge²².

problemstillinger, herunder i forbindelse med kvalifikationen af kreditor og debitor, hvilket i begge tilfælde involverer samspil med civilretten. Disse spørgsmål er dog i vidt omfang behandlet i Del IV, kapitel 18 om rets- og skattesubjektivitet. Yderligere forekommer en egentlig skatteretlig begrebsdannelse uden civilretligt ophav, hvilket ses ved gældsbegrebet og egenkapitalbegrebet i SEL § 11. Endelig kan også nævnes det samspil der består i anvendelse af en koncernenhedsbetragtning.

21. Et udgangspunkt der er modificeret betragteligt, med opkrævningslovens § 11 a, vedrørende sikkerhedsstillelse ved registrering på 125.000 kr. vedtages. Både det udenlandske selskabs herværende aktiver og hele selskabet øvrige formue hæfter for forpligtelser, der gyldigt er indgået eller opstået for en filial. Selskabets »globalformue« hæfter for forpligtelser, som indgås i selskabets eller i dets filialers navn af den, der har tegningsret eller på andet grundlag en behørig fuldmagt hertil.
22. Samspillet mellem selskabsrettens og skatterettens kapitalkrav analyseres af *Henrik Dam & Søren Friis Hansen* i Festskrift til Bernhard Gomard, Lennart Lyne Andersen

C) Vurdering og afvejning – evalueringsprocessens trin 4

Reglen i SEL § 11 om tynd kapitalisering skal ses som et led i en dansk tilpasning til international skatteret. I bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) fremkommer følgende formålsbetragtninger: *»... Målet med de foreslåede regler er at modvirke en vilkårlig flytning af skattetilsvær fra Danmark til udlandet ved, at herværende datterselskaber af udenlandske koncerner finansieres på vilkår, som ikke kunne være opnået på det fri marked mellem uafhængige parter ...«*. Der er med andre ord tale om et udslag af armlængdeprincippet særligt rettet mod selskabers kapitalstruktur. Der er herved skabt formodning om, at der stedse eksisterer et skattemotiv til fremmedkapitalfinansiering. Erfaringer og beregninger viser dog klart, at det ikke er i alle situationer, at et sådant skattemotiv overhovedet eksisterer. I takt med en sådan konstatering må det tillige antages, at berettigelsen for regler om tynd kapitalisering aftager.

Baggrunden er blevet yderligere svækket efter vedtagelsen af lov nr. 321 af 31.3. 2004, idet de danske koncerner er blevet inddraget af hensyn til EU-retten, uden at der dog kan siges at bestå en skatteincitament til tynd kapitalisering for danske koncerner.

Selve fænomenet »værn mod tynd kapitalisering« udgør en fravigelse af civilretligt gyldige aftaler og friheden til at sammensætte selskabets kapitalstruktur. Konfrontationen på dette sted svarer overordnet til den generelle konfrontation med aftalefriheden, som er gennemført ovenfor i Del IV, kapitel 17. Resultatet er derfor i store træk identisk, om end der nedenfor inddrages visse specifikke forhold.

Adgangen til vilkårskorrektion tilsigter på et objektivt grundlag at hindre visse former for skatteretsmisbrug. Det er fremhævet, at der i flere tilfælde må antages at bestå skattemæssige korrektionsmuligheder uden at der konkret kan konstateres et skattemæssigt incitament til at foretage det forudsatte skatteretsmisbrug. Denne konstatering har en vis betydning i henseende til en bedømmelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Det erindres, at der, for så vidt angår den skatteretlige respekt for privatautonomien, består et stærkt koordinationsbestemt og

m.fl. (red.), 2000, s. 73 ff. Forfatterens fokus er særligt rettet mod kravet om sikkerhedsstillelse ved registrering til begrænsning af skattemyndighedernes kreditrisiko i forhold til danske og (primært) udenlandske virksomheder, der har en formue som er mindre end 125.000 DKK. Dette regelsæt skal som nævnt ikke vurderes nærmere i nærværende sammenhæng.

et middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav. Heraf må udledes det essentielle forhold, at der bør foreligge stærke skatteretlige grunde til at gennemføre en fravigelse fra privatautonomien. Hindring af skatteretsmisbrug på et objektivt grundlag udgør utvivlsomt et sådant stærkt skatteretligt hensyn. Dette hensyn ligger til grund for SEL § 11. Heraf følger, at en skatteretlig regulering, der hjemler korrektion til modvirkning af visse former for skatteretsmisbrug, herunder tynd kapitalisering, generelt må anses som værende legitime og acceptable i relation til retssystematiske overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Det er dog uheldigt på denne vis at formulere regler med et så bredt anvendelsesområde, uden at der tages hensyn til, om det forudsatte misbrug kan forekomme, og faktisk forekommer. I betragtning af, hvor vanskelige bedømmelser og skøn der indgår i sager om armslængdeprincippet, forekommer det relativt simpelt at indføre en standardiseret incitamentsundersøgelse for hver enkelt sag, der i det mindste indebærer en undersøgelse af forskelle i skattesatser mv. Skattelovgivningen udformes med henblik på at varetage bestemte formål. Såfremt der konkret ikke er tale om at varetage disse forudsatte hensyn, vil det være vanskeligt at se, hvilke hensyn, der i givet fald tilgodeses. Er der ud fra en objektiv vurdering ikke mulighed for at gennemføre skatteretsmisbrug, kan det ikke være misbrugshensynet, der varetages af lovgivningen, men i stedet andre ikke klarlagte og utilsigtede hensyn. I modsat retning trækker dog den indførte minimumsgrænse på 10 mio. kr., ligesom dokumentationsmuligheden og reglen om optimal planlægning trækker i samme retning. Endelig skal det bemærkes, at tilside-sættelsen af civilretten for så vidt kun er partiel, idet denne alene omfatter den overskydende del af den kontrollerede gæld.

Med visse forbehold må det samlet konstateres, at adgangen til korrektion som følge af tynd kapitalisering i dansk skatteret er baseret på et reelt misbrugshensyn, hvorfor en sådan standardiseret afvigelse fra privatautonomien må godtages trods det konstaterede stærke koordinationsbestemte kongruensbehov og det middelstærke retskildebestemte kongruenskrav.

2.3.3.2. Koncernenhedsbetragtningen

A) Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Ved at anse en koncern som en enhed fraviges selskabsrettens klare udgangspunkt. Problemstillingen vedrører ikke kun reglerne om tynd

kapitalisering. Det blev ovenfor i Del IV, kapitel 18, 12.3., konstateret, at der på dette område gælder såvel et *svagt retskildebestemt kongruenskrav* som et *svagt koordinationsbestemt kongruensbehov*.

B) Den skatteretlige retstilstand – evalueringsprocessens trin 3

Rentefradragsbegrænsning efter reglerne om tynd kapitalisering kan anses som en pligtmæssig enhedsbetragtning, idet koncernens samlede skatteposition netop udgør baggrunden for reglernes indførelse. Man kan i denne sammenhæng anføre, at koncernen anskues som en helhed med henblik på at finde frem til, hvorledes beskattningen skal foretages hos koncernens enkeltelskaber.

I det danske regelsæt om tynd kapitalisering findes et yderligere pligtmæssigt udslag af fravigelse fra det skatte- og selskabsretlige udgangspunkt. Det drejer sig in concreto om reglen i SEL § 11, stk. 4 – konsolideringsreglen. Efter denne regel skal koncernforbundne selskaber, der er beliggende i Danmark, har ledelsens sæde i Danmark, eller er undergivet sambeskatning med et dansk selskab pligtmæssigt, opfattes som en enhed. Denne regel skal modvirke den såkaldte *kaskadeeffekt*. Af reglen følger, at der skal foretages en samlet opgørelse af soliditeten i den danske del af koncernen. Heri ligger videre, at der skal ske en eliminering af aktiebesiddelser mellem disse selskaber, samt gæld, fordringer, renteudgifter og kurstab.

C) Vurdering og afvejning – evalueringsprocessens trin 4

Det er ofte forekommende, at man gennem såkaldt pligtlovgivning fraviger det selskabs- og skatteretlige udgangspunkt om koncerner som bestående af separate enheder, idet der ellers findes misbrugsmuligheder²³. Fravigelser gennem koncernenhedsbetragtninger er almindeligt forekommende, internationalt benyttet og er i vidt omfang indført af nødvendighed. Som skatteretten er indrettet på nuværende tidspunkt, synes betragtningen derfor umiddelbart ikke at kunne gøres til genstand for kraftige modargumenter.

Det første af de her behandlede problemer kan henføres til armslængde princippet, som er analyseret ovenfor. Derimod er det et andet hensyn, der ligger til grund for den fravigelse, der kommer til udtryk gennem SEL § 11, stk. 4. Denne regel tager som nævnt sigte på at

23. Der tildeles dog også rettigheder efter koncernenhedsbetragtningen.

forhindre en kaskadeeffekt, hvorefter de enkelte koncernselskaber på enkeltstående basis opfylder lovgivningens solvenskrav, men samlet set er tyndt kapitaliserede. At denne planlægningsmulighed eksisterer, hersker der ikke tvivl om²⁴. En regel som den indførte synes herved at dæmme op for åbenlyse skatteplanlægningsfordele²⁵. Samtidig har reglen sidestykke i flere andre landes regulering af tynd kapitalisering.

2.3.3.3. Direkte og indirekte sikkerhedsstillelse

Af SEL § 11, stk. 1, 3 pkt. følger, at »... lån fra tredjemand, som den kontrollerende ejerkreds eller hermed koncernforbundne selskaber direkte eller indirekte har stillet sikkerhed for, anses som kontrolleret gæld.«. Reglerne om tynd kapitalisering finder således tillige anvendelse ved gæld fra tredjemand, som der er stillet direkte eller indirekte sikkerhed for. Også ved denne del af reglerne opstår et samspil mellem skatte- og civilretten.

A) Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Samspillet vedrører forståelse af begrebet »sikkerhed«, som anvendes i SEL § 11. Dette begreb er ikke givet nogen selvstændig betydning i bemærkningerne til bestemmelsen. Af denne årsag må begrebet forstås i overensstemmelse med dettes almenretlige betydning. Sikkerhedsstillelse må således antages at foreligge, hvor løftemodtageren qua retlige midler kan bringe sit krav til opfyldelse. Eksempler på sikkerhedsstillelse er kaution, tredjemandspant, garantier eller back-to-back-lån samt visse støtteerklæringer²⁶. Kendetegnet for enhver sikkerhedsret synes at være etableringen af et retligt krav for modtager til fyldestgørelsen af dennes tilgodehavende. En skatteretlig anvendelse af begrebet sikkerhed, må nødvendigvis forstås som en henvisning til dette forhold. Af

24. Der er med lov nr. 321 af 31.3. 2004 (L 119), forsøgt rette op på en tidligere forekommende uhensigtsmæssighed. Kaskadeeffekten kan udelukkende komme på tale, hvor der i Danmark findes koncernselskaber på en lige linie (vertikale koncerner), mens udnyttelsesmuligheden ikke kan opstå med vandrette (horisontale) koncerner. Der sondredes tidligere ikke mellem horisontale og vertikale koncerner, hvilket synes uheldigt. Lovændringen skulle rette op på dette forhold, for at imødekomme kritikken i teorien. Målet blev ikke opnået, jf. *Jakob Bundgaard* i SU 2004, 207.

25. Praktisk arbejde med internationale virksomhedsovertagelser bekræfter da også, at reglerne virker efter hensigten.

26. Se herom *Hans Viggo Godsk Pedersen*: Kaution, 2002, *Hans Helge Bech Thomsen*: Kaution og andre solidariske skyldforhold, 2004 samt *Lenmar Lyng Andersen & Erik Werlauff*: Kreditretten, 2002, s. 337 ff.

denne årsag må det konstateres, at der gælder et *stærkt retskildebestemt kongruenskrav* og et *stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov*. Med andre ord giver det ikke mening at tale om sikkerhedsstillelse i juridisk forstand, hvis der ikke foreligger adgang til fyldestgørelse af tilgodehavende for løftemodtager. Samspillet mellem skatteret og civilret må på dette punkt løses med udgangspunkt i den opstillede formodningsregel, hvorefter civilretten bliver udslagsgivende, når der ikke findes relevant skatteretligt retskildemateriale, der trækker i anden retning, eller hvis det eksisterende materiale er baseret på tvivlsomme slutninger uden herved at kunne varetage særlige skatteretlige hensyn.

Der ses ikke at foreligge særlige skatteretlige hensyn, der kan medføre en fravigelse fra dette udgangspunkt. Skatterettens gældsbegreb harmonerer som udgangspunkt med civilrettens, og baggrunden for at medtage gæld, der er stillet sikkerhed for under reglerne om tynd kapitalisering, er at opfange al koncernintern gæld, herunder altså også ekstern gæld, der er sikret koncerninternt. Der ses ikke at være grundlag for at sidestille usikret ekstern gæld med kontrolleret gæld.

B) Den skatteretlige retsstilling – evalueringsprocessens trin 3

I overensstemmelse med ovenstående angiver forarbejderne til SEL § 11 (lov nr. 432 af 26.6. 1998), at direkte sikkerhedsstillelse eksempelvis omfatter påtagelse af en kautionsforpligtelse eller på anden måde garanti for lånet. Om indirekte sikkerhedsstillelse anføres, at der typisk kan være tale om de såkaldte back-to-back-lån, hvor moderselskaber f.eks. aftaler med tredjemand, at denne skal yde datterselskabet et lån mod, at moderselskabet yder lån til tredjemand²⁷. Ligeledes foreligger et back-to-back lån, hvor et moderselskabs bank yder et lån til et datterselskab, samtidig med at moderselskabet indsætter et tilsvarende beløb i den långivende bank. Motivationen til back-to-back-lån er klar, idet det ville være muligt at undgå fradragsbegrænsninger i et ellers tyndt kapitaliseret selskab ved at placere lånene hos uafhængige tredjemænd mod sikkerhedsstillelse.

Back-to-back-lån og modregningsadgang

I sit høringssvar til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101), tilkendegav FSR (jf. bilag 4), at det er foreningens opfattelse, at man kun kan tale om

27. Se om back-to-back-lån eksempelvis *Hans Viggo Godsk Pedersen: Bankgarantier*, 2003, s. 25.

Del IV – Konfrontation

indirekte sikkerhedsstillelse, såfremt långiveren har modregningsadgang mellem det ydede og det modgående lån. FSR betoner hermed, at der i civilretlig forstand med rimelighed bør kunne være tale om en indirekte sikkerhedsstillelse, før dette umiddelbart kan gives et sådant indhold i skattemæssig sammenhæng. Før en indirekte sikkerhedsstillelse bør gives tilsvarende retsvirkning som en direkte sikkerhedsstillelse, bør der altså eksistere fyldestgørelsesmuligheder i tilfælde af debitors manglende betalingsevne.

Hertil replicerede skatteministeren i bilag 8 til lov nr. 432 af 26.6. 1998, at foreligger der en direkte modregningsadgang, vil der ikke være nogen tvivl om, at der er tale om en sikkerhedsstillelse (der antageligvis ved datterselskabets konkurs kan sidestilles med kaution), mens dette ikke vil være tilfældet, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser. Ved indirekte sikkerhedsstillelse foreligger der efter ministerens opfattelse en sådan sammenhæng mellem lån og sikkerhedsstillelse, at disse er indbyrdes forbundne. Konstateres det herefter, at det låntagende selskab er tyndt kapitaliseret, vil der således ikke være fradragsret for renter og kurstab på lånet fra tredjemand, medmindre selskabet godtgør, at lånet kunne være opnået hos en uafhængig finansieringskilde, uden at der stilles sikkerhed fra koncernforbundne selskaber.

Heraf kan formentlig udledes, at der ikke vil være tale om kontrolleret gæld, såfremt de almindelige betingelser om udjævnighed, afviklingsmodenhed og gensidighed ikke opfyldes, og dermed medfører en positiv besvarelsen af spørgsmålet om den civilretlige modregningsadgang. Såfremt disse modregningsbetingelser ikke er opfyldt, vil der formentlig ikke være tale om indirekte sikkerhedsstillelse, idet der ikke er nogen forbindelse mellem de to ydelser i juridisk forstand.

På dette punkt synes samspillet mellem civilretten og skatteretten ikke at give anledning til uhensigtsmæssige resultater.

Støtteerklæringer

I bemærkningerne til lov nr. 432 af 26.6. 1998 (L 101) anføres, at direkte sikkerhedsstillelse omfatter tilfælde, hvor f.eks. moderselskaber har kautioneret eller på anden måde garanteret for lånet. Der kan typisk være tale om en bank eller anden professionel långiver, der indskydes som en formel långiver. Koncernselskaber støtter ofte hinanden, når der skal skaffes lån fra tredjemand. Denne støtte kan antage mange former, herunder eksempelvis kaution, hensigts- eller støtteerklæringer (let-

ters). Typisk vil et moderselskab støtte de selskaber, der er under dettes kontrol. En sådan støtte kan dog også fremkomme gennem et specielt finansselskab, eller ved sikkerhedsstillelse fra datterselskaberne i koncernen.

I bilag 7 til L 101, forespurgtes Skatteministeren om, hvorvidt moderselskabets hensigtserklæringer eller letters of intent om økonomisk støtte over for datterselskabets långivende banker i forbindelse med låneoptagelse og over for datterselskabets leverandører og samhandels partnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører mv. kan anses for kontrolleret gæld.

Hertil svarende skatteministeren i bilag 9: »... *Formålet med bestemmelsen er at sikre mod omgåelse, idet lån, der er ydet af tredjemand, behandles på samme måde som koncernintern gæld, hvis lånet alene er ydet som følge af den kontrollerende indflydelse. Eksempler på såvel direkte som indirekte sikkerhedsstillelse er omtalt i forslagets bemærkninger (side 11, 1. spalte). 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 samhandels partnere i forbindelse med datterselskabets samhandel med leverandører mv. ...*«.

Skatteministeren skaber hermed en formodning for, at koncerninterne hensigtserklæringer og letters kan bevirke, at reglerne om tynd kapitalisering kan omgås.

Det må som nævnt antages, at det er juridisk bindende sikkerhedsstillelse, der sigtes til med ordene *direkte og indirekte sikkerhedsstillelse*, idet der ellers slet ikke være tale om sikkerhedsstillelse men snarere om moralske løfter²⁸.

Støtteerklæringer kan være af vidt forskelligt indhold, spændende fra udtalelser af beroligende karakter til erklæringer der mere præcist indeholder en forpligtelse for moderselskabet. Terminologisk omfatter begrebet støtteerklæringer for eksempel i udlandet såkaldte; *comfort letters*, *letters of awareness*, *letters of intent* og *patronatserklärung* fra tysk

28. Jf. Lars Cort Hansen i Tfs 1998, 569.

Del IV – Konfrontation

ret²⁹. Udtrykket hensigtserklæring er ikke passende i denne henseende³⁰. Mens kaution er udtryk for en dispositiv erklæring, der tilsigter retlig binding, er en støttereerklæring som hovedregel tilsigtet at være udtryk for en indispositiv erklæring, der normalt alene fortæller om noget faktisk (bagud- eller fremadrettet). I henhold til domstolspraksis kan det, om end denne praksis er noget sparsom, fastslås, at det langt fra er hver gang en støttereerklæring binder afgiveren. For at dette skal være tilfældet, skal erklæringen bevæge sig ud over det moralsk eller kommercielt forpligtende, og den må da indeholde et løfte i juridisk forstand³¹. Erklæringer, der har kautionslignende virkninger, kaldes ofte »stærke« eller »hårde« erklæringer, og disse vil efter indholdet berettigede modtageren til erstatning, mens de kun kommercielt eller moralsk forpligtende ikke vil. Problemerne ligger i den store mellemgruppe, der består af varianter heraf med glidende overgange. Det må antages, at ukonkrete erklæringer, der udelukkende er oplysende eller af historisk karakter, vanskeligt kan udgøre et løfte i juridisk forstand. På den anden side må det antages, at klart formulerede og ubetingede løfter som udgangspunkt binder afgiveren. Vurderingen heraf er vanskelig i civilretlig henseende. Den danske praksis kan formentlig anses som mere restriktiv med hensyn til anerkendelse af støttereerklæringers bindende karakter end tilfældet i andre EU-lande³².

-
29. Der kan eksempelvis henvises til *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution*, 2002, s. 122 ff, *Torsten Iversen: Støtteerklæringer*, 1994, *Erik Røsæg: Garantier eller fattigmandstrøst (disputats)*, 1992, *Lennart Lyngge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten*, 2002, s. 396 ff, *Erik Werlauff: Koncernretten – Juridiske grundprincipper for danske og internationale koncerner*, 1996, s. 123 ff, *Bernhard Gomard: Almindelig Kontraktsret*, 1996, s. 86 ff, *Mads Bryde Andersen: Enkelte transaktioner – Aftaleretten III*, 2004, s. 172 ff, *Christian Harboe Wissum* i UfR 1986 B, s. 340 ff, *Peter Blok* i UfR 1994 B, s. 436 ff, samt *Jonas Christoffersen og Niels Bang Sørensen* i R&R 1999/11, s. 8 ff, for en nærmere redegørelse af retsstillingen i relation til støtteerklæringer mv.
30. Jf. herved *Hans Viggo Godsk Pedersen: Kaution*, 2002, s. 117, og *Lennart Lyngge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten*, 2002, s. 396, hvor det anføres, at begrebet »hensigtserklæring« dækker et relativt bredt område, der for eksempel kan udgøre en art forkontrakt for et projekt, hvorom der senere skal udarbejdes mere detaljerede kontrakter.
31. Jf. senest UfR 1998, 1289 H (SCS Holding A/S – letter of comfort til Varde Bank – ikke grundlag for at pålægge moderselskabet at friholde banken for tab). Se eksempelvis også UfR 1994, 470 H (Thyholm Tømmerhandel A/S – pålagt hæftelse som følge af dispositiv hensigtserklæring).
32. Jf. *Jonas Christoffersen og Niels Bang Sørensen* i R&R 1999/11, s. 8 ff, der ligeledes anfører, at lovvalget kan blive afgørende for, hvorvidt støtteerklæringen bliver bindende for afgiveren. Hermed skabes yderligere vanskeligheder for den her tilskyndede nuancerede skatteretlige bedømmelse, idet en sådan forudsætter kendskab til forholdene i udlandet.

C) Vurdering og afvejning – evalueringsprocessens trin 4

Skatteministeren henviser i ovenstående svar til muligheden for omgåelse af reglerne om tynd kapitalisering, såfremt ikke også støtteerklæringer omfattes heraf. Det synes tvivlsomt, om hensynet til omgåelse bør og kan udstrækkes til at omfatte situationer, hvor der ret beset ikke kan identificeres nogen omgåelsesmulighed. Hvis der ikke eksisterer juridisk håndhævelsesgrundlag, er der vel heller ikke tale om direkte eller indirekte sikkerhedsstillelse. Hvis man i stedet valgte at følge den civile retlige doktrin på området, ville et hensyn til retssikkerhed og systematik i retssystemet være tilgodeset. Der ville ikke herved åbnes for store omgåelsesmuligheder, idet der som nævnt ikke er forbundet planlægningsmuligheder med en sådan bibringelse af skatte- og civilretlig kongruens. Hensynet til systematik, overskuelighed og retssikkerhed bør bevirke, at der ikke sker en skatteretlig fravigelse fra civilretlige begreber, der med en vis sikkerhed eksisterer enighed om indholdet af, såfremt der ikke gør sig særlige forhold gældende. Sådanne særlige forhold i denne specifikke kontekst skulle altså være omgåelseshensynet, og som det er anført, synes dette ikke selvstændigt i denne sammenhæng at kunne begrunde en fravigelse fra den civile retlige begrebsfastlæggelse. Et andet hensyn kunne formentlig være kontrolhensynet, idet det ofte vil være nærmest umuligt at fremskaffe dokumentation for en given støtteerklærings juridiske status i kreditorlandet. Under alle omstændigheder bør der foretages en mere nuanceret vurdering af de enkelte tilfælde af støtteerklæringer mv., der konkret vurderer indholdet af erklæringen mv.

Sammenfattende må det nok skatteretligt konstateres, at støtteerklæringer mv., der ikke forpligter afgiveren over for modtageren, ikke fører til, at der foreligger kontrolleret gæld i henhold til SEL § 11³³. Modsat vil dette være tilfældet, hvor støtteerklæringen mv. udgør et egentligt løfte om at sikre debitorselskabets betalingsevne. I sådanne situationer må forholdet være omfattet som kontrolleret gæld. Det er derfor nødvendigt, at der foretages en konkret vurdering af den enkelte aftale mv., før det kan konstateres, om der er tale om kontrolleret gæld³⁴.

33. Se i detaljer *Jakob Bundgaard*: Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, 2000, s. 131 ff.

34. I samme retning se *Susanne Pedersen og Klaus Okholm* i SU 1999, 94, *Klaus Okholm* i Inspi 1998/9, s. 37, *Niels Josephsen* i SU 1999, 7, *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret,

Del IV – Konfrontation

Et yderligere forhold er, at der tilsyneladende inden for skatteretten opereres med to forskellige opfattelser af begrebet støtteerklæring. I forbindelse med behandlingen af L 139 (lov om ændring af forskellige skattelove – handel med underskudsselskaber, gældseftergivelse og renter ved gældseftergivelse, vedtaget 1.6.1995) har den daværende skatteminister i bilag 15, afgivet et svar til Folketingets Skatteudvalg på spørgsmål 3 og 4 i bilag 5, vedrørende fortolkningen af LL § 15, stk. 4. Heri tilkendes gives en anden opfattelse af begrebet støtteerklæring end den i forbindelse med L 101 fremkomne³⁵. Herved opereres altså ikke kun med forskellige begrebsopfattelser i skatte- henholdsvis civilretten, men tillige inden for skatterettens område. Dette forekommer ejendommeligt og endda kritisabelt.

2004/05, 486, samt nok *Jan Pedersen*: Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 84, og nu også *Jan Guldmand Hansen & Nikolaj Vinther* i SpO 2004, s. 241, og *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 189 f, der alle kan tages til indtægt for det synspunkt, at man bør følge den civilretlige bedømmelse af, hvorvidt en erklæring mv. er juridisk bindende, til at bestemme, om der således er tale om kontrolleret gæld. Sidstnævnte forfatter finder dog, at det forudsætter om ikke en formel så dog en reel forpligtelse, for at letters mv. skal være omfattet. Modsat finder *Lars Cort Hansen* i TfS 1998, 569, at det må bero på en konkret vurdering af det enkelte lån, om tilstedeværelsen af en hensigtserklæring mv., der ikke er juridisk bindende, vil være nok til at anse lånet for omfattet af begrebet kontrolleret gæld. Forfatteren finder, at det i den konkrete situation kan være af betydning, hvorvidt det har været afgørende for långiveren, om der er ydet en sådan ikke-juridisk bindende hensigtserklæring, samt om den ikke-juridisk bindende hensigtserklæring er ydet i forbindelse med långivningen (forinden långivningen), eller om den først er givet et stykke tid efter, at långivningen er på plads, og det dermed ikke kan anses for at have forbindelse med låneoptagelse.

35. Skatteministeren svarede som følger: »... Et letter of intent eller en hensigtserklæring kan i visse tilfælde være af en sådan stærk karakter, at den må anses for at være et juridisk bindende løfte om eksempelvis at tilføre et datterselskab kapital, således at det er i stand til at opfylde sine forpligtelser. Herved vil erklæringsafgiveren kunne ifalde erstatningsansvar over for datterselskabets kreditorer. Uanset at hensigtserklæringen rent juridisk ikke er en kautionserklæring, vil den hermed i realiteten kunne komme til at have samme virkning som kautionserklæringen. I forhold til en kautionserklæring, hvor den juridiske retsvirkning er klar og entydig, vil den juridiske vurdering af en hensigtserklæring dog være meget konkret og afhænge af erklæringens indhold og de omstændigheder, hvorunder den er afgivet. Alene det, at der er tale om en hensigtserklæring, vil således ikke betyde, at erklæringsafgiveren vil kunne ifalde erstatningsansvar«. På denne baggrund var det ministerens opfattelse, at det ikke er muligt i LL § 15, stk. 4, at medtage de betalinger, der foretages af afgiveren af en hensigtserklæring. Herved ses det, at fortolkningen formentlig respekterer de underliggende civilretlige omstændigheder. Dette må som udgangspunkt bifaldes.

**2.3.3.4. Koordinationsproblemer – modvirkning af anden
lovgivning – solvensforhold i den finansielle sektor**

Som en konsekvens af den objektive karakter af SEL § 11, tages der ikke særlige branchehensyn eller lignende gennem reglerne om tynd kapitalisering. Således kræves det som udgangspunkt, at alle danske debitorselskaber skal have en solvensgrad på 20%. Dette gælder således også banker og andre finansielle virksomheder. Imidlertid er disse virksomheder undergivet selvstændige branchespecifikke solvenskrav som følge af EU's bankdirektiver og lov om finansiell virksomhed. Solvenskravet udgør for visse af disse virksomheder 8% opgjort på baggrund af de risikovægtede aktiver. Såfremt der foretages en renset opgørelse af sådanne selskabers solvens, viser det sig oftest, at den egentligt regnskabsmæssige solvens er endnu lavere. Hermed er udgangspunktet, at banker og andre finansielle virksomheder vil blive undergivet en fradragsbegrænsning som følge af reglerne om tynd kapitalisering. Der findes dog mulighed for at dokumentere, at den givne finansieringssammensætning er foretaget på markedsmæssige vilkår, men der findes endnu ikke retningslinier, der tilkendegiver om banker og andre finansielle virksomheder vil kunne opfylde dette dokumentationskrav nemmere end andre ikke-regulerede brancher. Selvom en sådan bevisbyrde ofte kan løftes relativt let for finansielle virksomheder, er der her tale om en klart uhensigtsmæssig konsekvens af reglen i SEL § 11.

Som følge af disse problemer har finansielle virksomheder vist nok indtaget en særstilling i forbindelse med ligningen på dette område. At dømme efter ytringerne fra den finansielle branche er der noget der tyder på, at emnet opfattes som vigtigt³⁶. Dette imødegås af skatteministeren i bilag 21 til L 119 (lov nr. 321 af 31.3. 2004). Heri anføres det, at særlige solvenskrav i henhold til lov om finansiell virksomhed eller særlige brancheforhold ikke er tilstrækkeligt til at undtage visse virksomhedstyper eller brancher fra reglerne om tynd kapitalisering, herunder fra kravet om dokumentation for, at lignende finansiering kan opnås mellem uafhængige parter, jf. SEL § 11, stk. 1, 4 pkt. Det anføres, at der dog ved bedømmelse af dokumentationen vil blive lagt vægt på,

36. FSR retter i bilag 16 til L 119 (lov nr. 321 af 31.3. 2004) skatteministerens opmærksomhed mod de nævnte forhold. Realkreditrådet foreslår i bilag 20 til L 119, at der gennemføres en mere smidig håndtering af regelsættet i forhold til danske finansielle koncerner. Tilsvarende ses af henvendelsen fra Forsikring & Pension, jf. bilag 62, og henvendelsen fra Finansrådet, jf. bilag 12.

at sådanne særlige eller typiske solvenskrav er opfyldt, og at datterselskabets egenkapital ikke er mindre end, hvad der er gældende for andre dele af koncernen.

Hermed er der i princippet skabt en uhensigtsmæssig modvirkende effekt i skattelovgivningen i forholdet til andre retsdiscipliner og andre beskyttelseshensyn. Det er næppe meningsfuldt i denne sammenhæng at foretage en afvejning af, hvilke hensyn der bør tillægges størst vægt, og herved hvilket regelsæt der bør tillægges forrang. Traditionelle lovfortolkningsprincipper fører heller ikke til noget brugbart resultat. Konklusionen er derfor, at der med SEL § 11 er skabt en uhensigtsmæssig retstilstand, for så vidt angår koordinationen med anden lovgivning.

2.3.3.5. Afsmitning på civilretten

Det er endelig et uafklaret spørgsmål, hvorvidt de skatteretlige regler om tynd kapitalisering kan have en afsmittende virkning på en eventuel selskabsretlig bedømmelse i andre relationer. Som et godt råd til erhvervslederen med henblik på undgåelse af et eventuelt hæftelsesgennembrud, finder *Erik Werlauff*, at selskabet skal tildeles egenkapital i rigeligt omfang, og at skatterettens skrevne og uskrevne principper om tynd kapitalisering herved kan give nogen vejledning i bedømmelsen af, om et selskab i selskabsretlig henseende er underkapitaliseret³⁷. Uafhængigt af diskussionen om hæftelsesgennembrud analyserer *Age Michelsen* blandt andet dette udsagn³⁸. Forfatteren slutter i henhold til retsstillingen før indførelsen af SEL § 11, at: »... *Som det vil fremgå ... [...] ... er retsstillingen med hensyn til tynd kapitalisering i skatteretlig henseende ikke af en sådan karakter, at det vil kunne være en fordel endsige overhovedet muligt at drage nogen slutninger fra den skatteretlige retsstilling med virkning for den selskabsretlige retsstilling. Hertil er problemstillingerne vedrørende tyndt kapitaliserede selskaber i henholdsvis selskabsretlig og skatteretlig henseende for forskellige. Dette er ikke ensbetydende med, at det ikke i andre henseender ville være hensigtsmæssigt, om skatteretten i videre omfang, end det er tilfældet i dag, fik indflydelse på den selskabsretlige kvalifikation ...*«³⁹.

37. Jf. Selskabsret, 1997, s. 41. Rådet ses ikke at være gentaget i senere udgaver.

38. Jf. Tynd kapitalisering – skatteretligt belyst, i *Nis Jøul Clausen (red.): Nye tendenser i skandinavisk selskabsret*, 1995, s. 217 ff.

39. Op.cit., s. 218. Synspunktet får støtte hos *Bernhard Gomard*: Samarbejde og ansvar i

Hermed synes at fremgå en klar afstandstagen fra synspunktet om anvendelse af den skatteretlige kvalifikation til brug for en selskabsretlig bedømmelse, trods en generel anerkendelse af den retlige mulighed for afsmittende virkning for skatteretten. Den skatteretlige retstilstand er efter indførelsen af SEL § 11 blevet meget mere klar, men der eksisterer formentlig stadig de af *Aage Michelsen* omtalte forskelligheder i problemets karakter. Særligt skal det afslutningsvis fremhæves, at den civilretlige retstilstand endnu er så uklar, at det ikke på forhånd er klart, om det civilretlige underkapitaliseringsbegreb har samme indhold, som begrebet tynd kapitalisering har i skatteretten. Som bekendt er sidstnævnte jo kendetegnet ved sin objektive karakter.

§ 3 Egenkapital og fremmedkapital (ejendomsret ctr. fordringsret)

3.1. Almindelig begrebsdannelse – regnskabsret og civilret

3.1.1. Generelt

Sædvanligvis volder det ikke store vanskeligheder at definere, hvad egen- og fremmedkapital er. I praktisk sprogbrug tænkes formentlig på balancens poster. Det er dog kendetegnende, at man i praksis i vidt omfang benytter terminologien egenkapital og fremmedkapital også i praktisk skatteretlig sprogbrug uden dog herved at lægge noget nærmere begrebsindhold heri. Dette afsnit tilsigter dels at afdække begrebernes almindelige indhold, dels at afdække hvilken relevans disse har i skatteretlig henseende. Der er navnlig interessant at undersøge, om der kan udledes overordnede kriterier, der finder anvendelse i enhver skatteretlig henseende.

Egenkapitalbegrebet må sprogligt antages at udspringe af regnskabspraksis. Heraf følger, at en virksomheds *egenkapital* er den kapital, som ejeren (eller ejerne) stiller til rådighed for virksomhedens investeringer

selskaber og koncerner, 1997, s. 102, note 110. Forfatteren begrundet sin støtte til synspunktet med hovedindtrykket fra amerikansk ret, hvorefter den selskabsretlige gennembrudsbedømmelse må forudsætte bedrageri eller sammenblanding af selskabets og aktionærernes formue. Dette synes ikke væsentligt forskelligt fra dansk praksis, hvorfor der ikke kan sluttes fra »tynd kapitalisering« efter skatteretlige regler, til »underkapitalisering« efter selskabsretlige regler.

og drift. Egenkapitalen udgør den blivende kapital i virksomheden. Dette gælder uanset hvilket virksomhedsform, der er tale om. Den normale forståelse af begrebet egenkapital udspringer af *regnskabsretten*. IASC's Begrebsramme omtaler egenkapitalen i afsnit 65-68, og definerer den i afsnit 49, litra (c): »Egenkapital er den forskelsværdi, der fremkommer, når man fra alle virksomhedens aktiver fratrækker alle dens gældsposter«. Denne definition går igen i ÅRL § 25. Egenkapitalen er en residualpost, der således afhænger af aktiverne og gældsposternes størrelse. Positivt angivet fremgår egenkapitalens regnskabsmæssige elementer af de til årsregnskabsloven hørende regnskabsskemaer i såvel konto- som beretningsform. Indeholdt er: (1) virksomhedskapital, (2) overkurs ved emission, (3) reserve for opskrivninger, (4) andre reserver, og (5) overført overskud eller tab. Disse poster specificerer egenkapitalen og siger noget om, hvor disponibel den pågældende egenkapital er og hvordan den er fremskaffet.

Virksomhedskapital udgør en centrale bestanddel af virksomheders egenkapital og skal forstås som kapital, som virksomhedsdeltagerne har indskudt i virksomheden. I aktie- og anpartsselskaber udgøres dette af henholdsvis aktie- og anpartskapitalen.

Kapitalandele udgør i regnskabsmæssig henseende andele i aktieselskaber (aktier), i anpartselskaber (anparter samt i andre virksomheders egenkapital, jf. pkt. A.1. i bilag 1 til ÅRL. Der er hermed tale om den nettoandel i en virksomheds egenkapital, der er udtryk for (med)ejerskab i virksomheden, og som derved vil være grundlag for de forvaltningsmæssige og økonomiske rettigheder, som en ejer har i forhold til virksomheden. Sådanne kapitalandele udgør aktiver i regnskabsmæssig forstand. Fokus er i denne forbindelse rettet mod indskyderens regnskabsmæssige behandling af indskuddet. I tilknytning hertil defineres begrebet *virksomhedsdeltager* i bilag 1, pkt. A.6., som en aktionær, anpartshaver eller andre, der ejer kapitalandele i en virksomhed. Heri ligger en betingelse om medejerskab til virksomheden. Et sådant ejerskab indebærer principielt, at man har del i virksomhedens egenkapital.

Det regnskabsretlige begreb anvendes som udgangspunkt også i selskabsretten, herunder i forbindelse med udbyttereglerne og i reguleringen af den finansielle sektor. Meget taler derfor for at opfatte det civilret- og regnskabsretlige egenkapitalbegreb som et *enhedsbegreb*⁴⁰.

40. Dette gælder selvom der findes flere synsvinkler på virksomheders egenkapital, jf. herom Poul Jensen & Ole Steen Jørgensen i RevisionsOrientering 1991, E.1., s. 4 ff.

Eventuelle samspil mellem skatteret og civilret kan derfor siges vedrøre såvel regnskabsrettens som civilrettens egenkapitalbegreb. Tages der hensyn til den skatteretlige begrebsanvendelse, synes der herefter snarere at være tale om et *relationsbegreb*. Dette spørgsmål bliver nærmere analyseret nedenfor.

Herefter kan blikkes vedndes mod *fremmedkapitalen*. I regnskabsmæssig henseende benyttes overordnet begrebet *forpligtelser*. Begrebet er ikke defineret, men det angives i IASC's begrebsramme, at et afgørende kendetegn for en forpligtelse er, at virksomheden har en aktiel forpligtelse. En forpligtelse anføres som værende en pligt til eller et ansvar for at handle eller udføre noget på en bestemt måde. I ÅRL tales videre om finansielle forpligtelser. Finansielle forpligtelser defineres i ÅRL Del 3, pkt. 6 (definitionerne) som (1) aftalt pligt til at afgive likvider eller andre finansielle aktiver til tredjemand eller (2) aftalt pligt til at udveksle finansielle aktiver eller forpligtelser med tredjemand på vilkår, der kan være ugunstige. Finansielle forpligtelser kan siges at indeholde de aftalebaserede gældsposter. Virksomheders forpligtelser indeles i hensatte forpligtelser og gældsforpligtelser, jf. Bilag 1 til ÅRL. IASC's begrebsramme (E 59) adskiller ikke gæld og hensættelser, men anfører i afsnit 49, litra b, at en gældspost er en nuværende forpligtelse for virksomheden opstået som resultat af tidligere begivenheder, og hvis indfrielse forventes at resultere i et træk på virksomhedens økonomiske ressourcer. Som gældsforpligtelser anføres: (1) gæld til realkreditinstitutter, (2) anden gæld, der er optaget ved udstedelse af obligationer, (3) gæld til kreditinstitutter i øvrigt, (4) konvertible og udbyttegivende gældsbreve, (5) modtagne forudbetalinger fra kunder, (6) varekreditorer, (7) gæld til tilknyttede virksomheder, (8) gæld til associerede virksomheder, (9) selskabsskat, (10) andel gæld, (11) periodeafgrænsningsposter og (12) forslag til udbytte for regnskabsåret.

En *obligationsretlig definition* af gæld i et kreditorperspektiv kan være »en fordring på en pengeydelse«. Gæld i relation til debtors forpligtelse ville derfor indebære negationen af den nævnte definition, men en sådan findes ikke i civilretten. Efterfølgende fremkommer problemet vedrørende definitionen af en fordring, hvilket indebærer en ret for kreditor til af en anden person (debitor) at kræve en (penge)ydelse erlagt. I obligationsretten defineres en aftale om lån almindeligvis som en aftale mellem en låntager og en långiver, hvorefter långiver stiller et kontant beløb eller en kreditfacilitet til låntagers disposition i en bestemt peri-

ode⁴¹. Aftalefriheden bevirker, at låneaftalens vilkår kan varieres, herunder eksempelvis forfaldstid mv. Långivning kendetegnes dog i obligationsretlig henseende ved, at det udlånte beløb skal betales tilbage. Fratages et lån forfaldstid, medfører dette ikke nødvendigvis, at de obligationsretlige ikke vil opfatte forholdet som et lån. Der er ikke tale om en ensidig gaveoverdragelse af en kapital⁴². Derimod må dette være tilfælde, hvis långivningens centrale træk om tilbagebetalingsforpligtelse ikke er til stede. I disse tilfælde kunne man med en vis rimelighed antage, at de obligationsretlige regler ville opfatte forholdet som en ensidig gaveoverdragelse af en kapital.

3.1.2. *Hvor har sontringen relevans?*

I regnskabsmæssig henseende har sontringen mellem egenkapital og fremmedkapital navnlig betydning for regnskabsbrugerne til brug for soliditetsanalyser og værdiansættelse af aktiver⁴³. Egenkapitalens størrelse kan endvidere have betydning for beregning af udbytte i selskabet⁴⁴. Grænsedragningen mellem gæld og egenkapital er særligt betydningsfuld, hvor der er tale om finansielle instrumenter. Den regnskabsmæssige behandling af sådanne er behandlet i IFRS 32 og 39, og Regnskabsvejledning nr. 15 og 17. Idet de danske krav til opgørelse og præsentation af virksomheders kapitalandele i årsrapporten ikke umiddelbart er forenelige med de internationale retningslinier, er disse ikke medtaget i den danske regnskabsvejledning nr. 15. Således afhænger de danske regler af den selskabsretlige registrering af et indskud som selskabskapital. Derfor er der ikke behov for en egentlig afgrænsning mellem egenkapital og fremmedkapital.

I den nye årsregnskabslov skal der ved fortolkningen af, om et finansiell instrument er egenkapital eller en forpligtelse, tages hensyn til dansk selskabsret⁴⁵. Dette betyder eksempelvis, at konvertible obligationer anses som værende en forpligtelse i modstrid med klassifikationen i IAS/IFRS-standarderne.

Som en underkategori af egenkapitalbegrebet og som *civilretlig pen-*

41. Jf. Mads Bryde Andersen: Enkelte transaktioner – Aftaleretten III, 2004, s. 126, og Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky: Lærebog i obligationsret I, 2000, s. 107.

42. Jf. Kammeradvokatens notat i bilag 92, til lov nr. 457 af 9.6. 2004 (L 60).

43. Jf. Hans R. Schwencke i NTS 2003, s. 42 f.

44. Jf. Hans R. Schwencke i NTS 2003, s. 43, og Grethe Krogh Jensen & Helle Jahn i NTS 2002, s. 62 f.

45. Jf. Rasmus Friis Jørgensen i R&R 2002/6, s. 6 ff.

dant til begrebet virksomhedsdeltager anvendes begrebet *selskabsdeltager*. Selskabsdeltagelse afgrænses i civilretlig henseende overfor långivning, hvilket i visse situationer kan volde vanskeligheder. Afgrænsningens relevans fremkommer ud over i forholdet interpartes tydeligst i forbindelse med insolvenssituationen, idet det i sådanne situationer er centralt at afgøre, hvilken retsstiling indskyderen har, herunder om denne har anmeldelsesret⁴⁶. I samme forbindelse har det betydning at kunne fastslå, hvorvidt en indskyder hæfter over for selskabets medkontrahenter⁴⁷.

Sondringen mellem selskabsdeltagelse og långivning er udslag af den overordnede sondring mellem egenkapital og fremmedkapital. Det ses herved, at civilrettens fokus overvejende er på deltagerens forhold. Fokus rettes alene mod selskabet i det omfang, det skal vurderes, om selskabsrettens kapitalkrav er opfyldt. Sondringen mellem selskabsdeltagelse og lån har ikke nogen betydelig relevans i forbindelse med *aktie- og anpartsselskaber*, idet stiftelsen af disse selskaber og tilvejebringelsen af disses egenkapital er formbunden. Sondringen mellem gæld og egenkapital giver, så vidt ses, ikke anledning til store problemer i forhold til nationale finansieringsdispositioner, idet alt andet end registreret selskabskapital i aktie- og anpartsselskaber er gæld, hvis indskuddet er omfattet af KGL, og ellers udgør et tilskud⁴⁸. Derimod kan grænse-dragningen volde flere vanskeligheder i forbindelse med internationale transaktioner, hvor der eksempelvis kan forekomme afvigelser i definitionerne forskellige lande imellem⁴⁹.

Der opstår tilsvarende usikkerhed, så snart det drejer sig om de mere formløst stiftede og regulerede selskabsformer som interessentskaber, kommanditselskaber og det såkaldte stille selskab, der principielt stiftes ved en formløs aftale mellem deltagerne, der i fællesskab træffer beslutning om virksomhedens udførelse⁵⁰.

46. Jf. *Jesper Berning*: Finansieringsret, 1977, s. 43.

47. Jf. eksempelvis *Søren Friis Hansen* i SpO 2003, s. 10.

48. Dette gælder også, hvis indskyder i forvejen er selskabsdeltager, jf. TfS 1984, 189 Ø *Allan Jørgen Rosenvinge*.

49. Jf. herom infra § 5.

50. Jf. herom *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 203.

3.2. Egenkapital og fremmedkapital i skatteretten

3.2.1. Generelt

Begreberne egenkapital og fremmedkapital indgår ikke generelt i den skatteretlige terminologi. Dette betyder dog ikke, at sondringen mellem indskudsformerne og dennes afledte konsekvenser er uinteressante i skatteretlig henseende. Ligeledes gælder det, at gældsbegrebet indtager en central plads i den skatteretlige terminologi. Indledningsvis er det nødvendigt at foretage en vis begrebsafklaring, idet der ikke på skatterettens område, ses at være en ensartet begrebsanvendelse. Uden nærmere grænsedragning anvendes således i flæng begreberne indskud, kapitalindskud, og tilskud, ligesom det varierer, hvilke af disse indskud, der antages at udgøre egenkapital i modtagerselskabet. Den formentlig mest hensigtsmæssige begrebsafgrænsning ligger deri, at indskud benyttes som overbegreb. Indskud omfatter herefter såvel egenkapitalindskud i form af kapitalindskud med vederlæggelse ved aktieudstedelse eller anden medejendomsret og tilskud uden vederlæggelse⁵¹ samt endelig fremmedkapitalindskud⁵².

Modsat egenkapitalbegrebet indgår fremmedkapitalbegrebet i form af et *gældsbegreb* i skattelovgivningen⁵³. Traditionelt forudsætter definitionen: (1) en retlig forpligtelse, (2) der er reel og, (3) hvorpå der hviler en tilbagebetalingsforpligtelse samt (4) udveksling af løfter og ydelser mellem parterne⁵⁴. Ud over de særlige kriterier, som praksis har udviklet i skatteretten, stemmer skatterettens gældsbegreb overens med

51. Det kan dog diskuteres, om tilskud skal henføres til det modtagende selskabs egenkapital eller ej. Således behandler *Bent Ramskov* i *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, eksempelvis s. 356, tilskud som en selvstændig kapitaltilførselskategori. Herimod behandler *Jens Wittendorff* i *Armslængdeprincippet & Transfer pricing*, 2001, s. 193 f, tilskud som udtryk for egenkapital for den modtagende virksomhed.

52. En sådan inddeling svarer til begrebsanvendelsen i LL § 15, stk. 4 om underskudsbe-grænsning som følge af gældseftergivelse efter kapitalindskud (maskerede gældsefter-givelser). Begrebet »kapitalindskud« i denne bestemmelse skal fortolkes bredt, således at det omfatter ethvert kapitalindskud til skyldneren, uanset om dette sker i forbindelse med tegning af aktier, ved ydelse af tilskud eller lignende, jf. herom *Jane Bolander*: *Skat ved gældseftergivelse*, 1999, s. 240 og *Bent Ramskov*: *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 368 f. Også *Erik Werlauff* anvender i *Skatteretlig respons*, 2001, s. 15 ff, og samme i *Selskabsskatteret*, 2004/05, s. 309 ff en inddeling, hvorefter kapitalindskud udgør den overordnede begrebsramme, mens forfatteren foretager en underinddeling i kapitalforhøjelser, tilskud og lån.

53. Kursgevinstloven normerer den skatteretlige behandling af gevinst og tab på gæld.

54. Se for den mest omfattende analyse af det skatteretlige gældsbegreb *Bent Ramskov*: *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 333 ff.

den civilretlige gældsdefinition⁵⁵. Da regnskabsrettens gældsbegreb imidlertid, som påvist ovenfor, på visse punkter afviger herfra, er der anledning til at udvise en vis forsigtighed med hensyn til at benytte balancens gældsoplysninger uanfægtet i skatteretlig henseende⁵⁶. Oplysninger fra selskabets balance kan derfor kun som udgangspunkt benyttes ved undersøgelsen af skatteretlige gældsspørgsmål, herunder i henhold til kursgevinstloven og i forbindelse med renteberegning mv.⁵⁷.

3.2.2. Hvor har sontringen skatteretlig relevans?

Det er generelt antaget, at sontringen mellem egenkapital og fremmedkapital har skatteretlig relevans⁵⁸. I specifik dansk skatteretlig sammenhæng er det blevet anført, at sontringen mellem egenkapital og fremmedkapital har betydning i en række sammenhænge⁵⁹.

For det første er det blevet anført, at sontringen har relevans for

-
55. Det antages uden videre hos *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 109, at spørgsmålet om, hvilke fordringer og hvilken gæld, der er omfattet af kursgevinstloven antages at være styret af det obligationsretlige fordringsbegreb og videre s. 117, at den civilretlige styring af skatteretten på dette retsområde er særdeles stringent. Forfatteren anfører, at grunden hertil skal findes i den entydige civilret på området, hvilket betyder at pladsen til skatteretlige fravigelser er indskrænket. Det konstateres derfor, at skatteretten ikke kan afvige fra civilretten, medmindre der decideret sker en omkvalifikation ud fra en omgælsesbetragtning.
56. En sådan anvendelse vil dog langt hen ad vejen være tilfældet i den praktiske virkelighed.
57. Også *Bent Ramskov* forkaster i *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 334, regnskabs gældsbegreb som generelt anvendeligt i skatteretlig henseende.
58. Jf. herom eksempelvis *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 235 ff, samme i J 1960, s. 649 ff, *Aage Michelsen* i R&R 1991 SM, s. 143, *Svend Høgsberg Kristensen*: Beskatning af koncerner, 1981, s. 52, *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004 s. 455 ff, samt *Stephen A. Lind* et al.: Fundamentals of Corporate Taxation, 1997, s. 102 ff, *Cheryl D. Block*: Corporate Taxation, 1998, s. 29 ff, samt *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg*: Federal Corporate Taxation, 1998, s. 68 ff. Det er blevet anført, at sontringen mellem egen- og fremmedkapital i praksis udgør et uløseligt problem. Således anfører *Olli Ryyänänen* i *Fortäckt dividend i beskattningen* (doktorafhandling), s. 536 f, at »... Kanske kan detta ses som ett uttryck för att enkeltbeskattning av bolagsresultatet i källstaten, varefter utdelning ytterligare kan vara belagd med källskatt, samtidigt som räntor är avdragsgilla vid beräkning av bolagets inkomst och ofta beskattas endast i borgenärens hemstat, utgör en sådan fundamental brist i likebehandlingen av olika investeringsformer, som helt enkelt saknar en tillfredsstillande lösning. Om källstaten avstod från det andre ledet i dubbelbesskattningen på utdelning samtidigt som ränteinkomster i högre grad opptogs till beskattning i källstaten, skulle dette kunna minska skillnaderne i skattebehandling ...«.
59. Fremhævet af *Aage Michelsen* i R&R 1991 SM, s. 143 ff. Se også *Jan Pedersen* i Skatteretten 2, 2004, s. 455 ff, og samme i *Transfer pricing – i international skatteretlig belysning*, 1998, s. 249 ff, der anvender sontringen men dog materielt fokuserer på den snævrere problemstilling om afgrænsningen af renter og udbytter.

Del IV – Konfrontation

beskatningen af andelsselskaber og andelshavere. Således gælder det, at andelsselskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 3a og 4, beskattes af en fiktivt opgjort indkomst på grundlag af formuen, jf. SEL § 14 og § 15. Ved opgørelsen af foreningsformuen bortses der i denne forbindelse fra den del af indkomstårets overskud, der udloddes for det pågældende indkomstår som dividende eller efterbetaling⁶⁰. Formuen opgøres som foreningens aktiver med fradrag af dens passiver⁶¹. Udbetalte beløb beskattes hos andelshaverne på udbetalingstidspunktet. Der knytter sig derimod problemer til *hensættelser* på forskellige former for andelshaverkonti. Praxis på dette område er, at andelshaverne beskattes ved tilskrivningen, hvis de har kreditorstatus (driftslån), og der dermed er tale om fremmedkapital⁶². Dette sker uanset om der er mange år til udbetaling. Er der derimod tale om hensættelse til selskabets egenkapital (andelskontoordning), sker beskatningen først ved udbetalingen⁶³. Tilsvarende er det afgørende kriterium for om et beløb, der er indestående på en andelshaverkonto, skal medregnes ved formueopgørelsen eller ej, om beløbet indestår som egenkapital eller fremmedkapital. Kun hvis beløbet indestår som egenkapital, skal det medregnes ved formueopgørelsen⁶⁴. Et passiv fratrækkes jo netop ved formueopgørelsen. Det er altså et spørgsmål om, hvad der er et passiv, og hvad der er aktiv i henseende til formueopgørelsen for andelsselskaber. Dermed er hovedtemaet ikke, hvad der udgør egenkapital, og hvad der udgør fremmedkapital.

For det andet er det blevet fremført, at sontringen har betydning ved fastlæggelse af stille selskabsdeltageres retsstilling⁶⁵. Således lægges der i disse tilfælde vægt på, om skatteyderen er medejendomsberettiget, jf. navnlig TfS 1990, 21 H, hvor dette var medvirkende til at en stille

60. Jf. SEL § 14, stk. 2, 3. pkt., og herom LV 2005 S.C.5. og pkt. 59, i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988.

61. Det synes herved at være tale om en uhensigtsmæssig sprogbrug, idet en sådan eksercits i regnskabsmæssig henseende per definition vil udgøre nul. Dog fortolkes bestemmelsen i praksis sådan, at andelshavernes indestående behandles som et aktiv, jf. LSRM 1951, nr. 4, 117 og 118. En tilsvarende fortolkning antages at gælde selskabskapital i henhold til § 11 a i opkrævningsloven, jf. *Henrik Dam & Søren Friis Hansen* i UfR 2000 B, s. 354.

62. Jf. *Erik Hørlyck*: Dansk andelsret, 2000, s. 184.

63. Jf. *Erik Hørlyck*: op.cit.

64. Jf. LV 2005 S.C.5., og *Aage Michelsen* op.cit. Se hertil TfS 1989, 308 LSR, hvor et andelsselskab ønskede et indestående på en driftsfondskonto for anset gæld og ikke egenkapital. Landsskatte retten tog udgangspunkt i vedtægterne og posteringen i foreningens regnskab som gæld.

65. Jf. *Aage Michelsen* i R&R 1991 SM 143, med henvisninger og samme i NTS 1999, s. 94.

deltagers tab ved indskud i en virksomhed ikke blev anset for fradragsberettiget.

Også som udslag af sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital er blevet fremhævet sagen i TfS 1985, 321 LSR, om kvalifikationen af et indskud i Arbejdersbevægelsens Kooperative Finansieringsfond som enten andelsret eller et kreditorkrav⁶⁶. Sagen drejede sig om fradrag for tab på indskuddet i henhold til dagældende lov om særlig indkomstskat § 2, nr. 6. Landsskatteretten fandt ikke, der var tale om et værdiparpir, der kunne sidestilles med de af LSI § 2, nr. 6 omfattede værdipapirer, allerede fordi ydede tilskud alene kunne tilbagebetales med højst det indskudte beløb, og således ikke kunne anses som udtryk for indehavernes ejendomsret til en andel i hele fondes formue. Indskuddet kunne herefter ikke kvalificeres som en andelsret, men som et kreditorkrav, hvorfor tabet ikke kunne anses som et fradragsberettiget formuetab. Som det ses, kan sagen skæres yderligere til, således at der er tale om et spørgsmål om selskabsdeltagelse eller långivning eller endda blot et spørgsmål om fortolkningen af hvilke værdipapirer, der var omfattet af lov om særlig indkomstskat. Det er rigtigt, at afgrænsningen mellem selskabsdeltagelse og långivning er udslag af sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital. Men spørgsmålet er, om det ikke er mere hensigtsmæssigt at bibeholde den nævnte problemstilling som et spørgsmål om netop afgrænsningen af selskabsdeltagelse og långivning, når der nu ikke opnås særlige skatteretlige fordele ved at rubricere forholdet som udslag af den overordnede sontring mellem egenkapital og fremmedkapital.

For det tredje er det påpeget, at sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital har betydning for interessenters skattemæssige retsstilling⁶⁷. Det er flere gange fastslået, at forrentning af kapitalindestående i personselskaber betragtes som et led i overskudsfordelingen og dermed ikke som en rente⁶⁸.

Sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital kan få betydning ved, at der skal opgøres erhvervsindkomst for et I/S med fast driftssted efter bestemmelsen herom i KSL § 2, stk. 1, litra d), hvis en interessent

66. Jf. herved Lene Hjerminde i TfS 2001, 342.

67. Jf. Aage Michelsen op.cit., og Liselotte Hedetoft Madsen: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 206 ff.

68. Jf. LSRM 1955, 101, og TfS 1996, 256 LSR. Se om denne praksis Liselotte Hedetoft Madsen: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 207 ff.

Del IV – Konfrontation

er bosiddende i udlandet. I sådanne tilfælde vil interessenten formentlig være skattepligtig af »renten«, idet det kan findes, at der er tale om indskud af egenkapital, i det omfang en skatteyder er medejer af interessentskabet⁶⁹. Idet begrebet egenkapital ikke næves i denne praksis, kan der argumenteres for, at man ikke nødvendigvis skal forsøge at klassificere problemstillingen som en del af en overordnet problemstilling, når der netop ikke findes holdbare pejlemærker vedrørende den overordnede sondring mellem egenkapital og fremmedkapital.

For det fjerde er det blevet anført, at sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital har relevans ved kapitaltilførsel fra et hovedkontor til en filial i et andet land, idet der som udgangspunkt anses for at være tale om egenkapitaltilførsler med den virkning, at filialen ikke kan fradrage eventuelle fikserede renteudgifter⁷⁰. Idet det kan være misvisende at anvende egenkapitalbegrebet for filialer, synes det ikke hensigtsmæssigt at overføre sondringen til at omfatte de særlige spørgsmål om kapitaltilførsel fra hovedkontor til filial⁷¹.

Yderligere for det femte er det blevet anført, at sondringen har betydning i forbindelse med spørgsmålet om tynd kapitalisering. Dette er helt korrekt, men der gælder på dette område et særligt egenkapitalbegreb, jf. SEL § 11, stk. 2. Ligeledes er der givet et fast gældsbegreb. Herved er der ikke tale om et udslag af en generel afgrænsning mellem egenkapital og fremmedkapital.

Endelig for det sjette er fremhævet muligheden for, at der i selskaber kan ske omkvalifikation af egenkapital til fremmedkapital i selskaber. Dette kan særligt komme på tale, når en skatteyder hjemmehørende i Danmark oppebærer afkast af kapital i et selskab, der er hjemmehørende i udlandet⁷². Heller ikke denne praksis bidrager med overordnede overvejelser om grænsedragningen mellem egenkapital og fremmedkapital.

69. Der henvises i denne forbindelse til LSR 1983, 121. Lader en interessent eller en kommanditist en overskudsandel indestå i et interessentskab eller i et kommanditselskab, uden at det er opført i regnskaberne som ansvarlig indskudskapital, må dette anses som et lån til interessentskabet eller kommanditselskabet, jf. TfS 1990, 276 LSR. Selvom ansvarlig indskudskapital udgør egenkapital nævnes begrebet egenkapital ikke.

70. Jf. *Aage Michelsen*: op.cit.

71. Jf. herom *Niels Winther-Sørensen*: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 409 ff, der i stedet med inspiration fra tysk ret anvender begrebet dotationskapital.

72. Der henvises i denne forbindelse til R&R 1991 SM 151 (TfS 1991, 240 LSR) og TfS 1985, 324 LR, jf. herom infra § 5. Begge afgørelser er kommenteret af *Aage Michelsen* i R&R 1991 SM 143.

Det samlede billede, der tegner sig på ovenstående baggrund, viser, at de konkrete tilfældegrupper ikke direkte vedrører sondringen mellem gæld og egenkapital. I stedet er der typisk tale om afgrænsningsspørgsmål, der kan henføres til en mere specificeret underkategori, hvorom gælder, at der findes visse retningslinier uafhængig af en overordnet sontring mellem gæld og egenkapital. Dette giver støtte for at antage, at der ikke i de omtalte situationer er behov for at tale overordnet om sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital. På den anden siden står det dog også klart, at terminologien er uskadelig så længe man ikke forledes til at tro, der er særlige retsvirkninger forbundet med klassifikationen som det ene eller det andet. Ærindet har blot været at påpege, at sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital ikke som udgangspunkt ikke har selvstændig værdi. Derimod kan sondringen og terminologien have værdi derved, at den henholder sig til indarbejdet og velkendt erhvervs- og regnskabsterminologi.

Som det ses, afhænger de skatteretlige konsekvenser i de nævnte sammenhæng næppe direkte af sondringen mellem gæld og egenkapital, men kan henføres til andre særlige kategorier i det skatteretlige regelunivers. Den nævnte artikel af *Aage Michelsen* omhandler sondringens relevans, men ikke spørgsmålet om selve sondringens bestanddele, herunder spørgsmålet om, hvorvidt disse udspringer af regnskabsretten eller af skatteretten.

Typisk er den skatteretlige konsekvens af kvalifikationen *ikke* direkte et udslag af en henførelse af indskuddet til egen- eller fremmedkapitalen. Derimod er det afgørende, hvorvidt afkastet af investeringen skal behandles som udbytter og aktieavancer, eller om der i stedet er tale om renter og kursgevinster. Problemstillingen er således snarere et spørgsmål om de relevante retskildemæssige findested. Det ses således, at den praktiske skatteretlige konsekvens udledes på et lavere trin end den overordnede inddeling i egen- og fremmedkapital. Det er klart, at en afgrænsning af afkast vedrørende virksomhedsindskud som udgangspunkt også hermed berører sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital. Dermed afhænger afgrænsningen rente- og udbyttebegreberne af sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital og bider dermed sig selv i halen⁷³. Dette forekommer bemærkelsesværdigt, idet

73. Det må da også antages, at afgrænsningen mellem rente og udbytter er en del af den overordnede sontring mellem egenkapital og fremmedkapital, jf. herved overskriften hos *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 235.

Del IV – Konfrontation

man jo herved definerer skatteretlige begreber under henvisning til andre begreber, herunder egenkapitalbegrebet, som netop ikke er klart defineret nogetsteds i skatteretten.

Der knytter sig ofte forskellige skatteretlige retsvirkninger til de forskellige finansieringsformer, herunder navnlig til disses afkast til investor. Hvad enten der er tale om det ene eller det andet, opnår indskyderen en fordring på den juridiske person svarende til sit indskud. En kvalifikation som egenkapital medfører den retsfølge i kapitalelskaber, at udlodninger som udgangspunkt må anses som udbytte, uanset om udlodningen hidrører fra selskabets forrentning af egenkapitalen eller en nedbringelse heraf⁷⁴. En forrentning af egenkapitalen kan således ikke komme i betragtning som fradrag, idet sådanne beløb må sidestilles med udbyttebetalinger⁷⁵. I tilfælde hvor det må antages, at der er tale om indskud af fremmedkapital (långivning), må udbetalinger til indskyderen kvalificeres som afdrag eller forrentning. Afkast vedrørende egenkapital udgør udbytter og aktieavancer, mens afkast vedrørende fremmedkapital udgør renter og kursgevinster. Definitionerne på udbytter, aktieavancer, renter og kursgevinster må derfor henholde sig til eksisterende definitioner på det afkastgivende indskud.

Den indarbejde brug af begreberne støtter sig også i skatteretlig henseende sig til den almindelige regnskabsmæssige forståelse af begreberne, herunder navnlig egenkapitalbegrebet. Som nævnt spiller det i flere relationer en rolle i skatteretten, hvorvidt der er tale om egenkapital eller fremmedkapital. Det er dog vigtigt herved at holde fast, at det ikke ved denne konstatering er afklaret, hvad der forstås ved egenkapital eller fremmedkapital i de sammenhænge, hvori sondringen indgår. Der synes herved at være indbygget en anomali i denne del af skattesystemet, som måske kan siges at være begrundet i det forhold, at skatterettens praktikere har en klar fornemmelse af, hvad egenkapital er. Er denne formodning rigtig, er der en formodning for, at den skatteretlige begrebsanvendelse svarer til den almindelige forståelse af egenkapitalbegrebet. På denne baggrund skal den skatteretlige anvendelse af egenkapital og fremmedkapitalbegreberne som udgangspunkt ikke tages for bogstavligt, idet der ikke findes nogen etableret skatteretlig begrebsdannelse vedrørende begreberne egenkapital og fremmedkapi-

74. Jf. *Jan Pedersen* i *Skatteretten* 2, 2004, s. 455, og *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning* I, 1965, s. 235.

75. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1960, s. 649 ff.

tal. Det giver derfor ingen mening at gennemføre alt for store bestræbelser på at gennemføre en sådan sontring samt at give retningslinier for samme⁷⁶.

3.2.3. Behov for generelle skatteretlige begreber?

Da det almindeligvis antages, at sontringen mellem gæld og egenkapital og fremmedkapital har stor skatteretlig betydning, synes det samtidig nærliggende at antage, at der er behov for eksistensen af generelle eller relationsafhængige skatteretlige definitioner på egenkapital og gæld.

En sådant generelt egenkapitalbegreb findes dog som udgangspunkt ikke⁷⁷. Enkeltstående undtagelser hertil er begrebet i SEL § 11, stk. 3, jf. ovenfor, samt anvendelsen af begrebet ved andelsselskabers formueopgørelse i de tilfælde, hvor der heri skal indregnes aktiebesiddelser i visse andre selskaber, jf. SEL § 14, stk. 7⁷⁸. Hertil kommer, at det regnskabsretlige egenkapitalbegreb ikke forudsættes anvendt i skatte-lovgivningen. Der knytter sig således ikke et samlet beskatningsregime til egenkapitaldispositioner.

Bent Ramskov har forsøgt at opstille et generelt skatteretligt egenkapi-

76. Det må antages at den direkte sontring mellem gæld og egenkapital har større umiddelbar betydning i en række lande. Dette gælder eksempelvis i tysk ret, hvor også kapitalselskaber skal opgøre deres skattepligtige indkomst til beregning af Einkommensteuer i henhold til § 4 EstG I 1. Heraf følger, at »Gewinn ist der Unterscheidsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluß des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs, vermehrt um dem Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen«. Ved »Betriebsvermögen« forstås egenkapital. Reglen gælder også for kapitalselskaber, selvom EstG som udgangspunkt alene finder anvendelse for fysiske personer, jf. § 1 EstG. Sontringen er tillige relevant i andre lande, hvor der findes en mere differentieret finansieringsstruktur end i Danmark, herunder eksempelvis i USA.

77. Jf. Betænkning nr. 1050/1985 om kursgevinster og kurstab, s. 97. I Betænkning nr. 1048, 2001: Rapport fra Kulbrintebeskatningsudvalget, overvejes egenkapitalbegrebet s. 107 ff, i forhold til kulbrintevirksomheder. Udvalget konkluderer, at man i denne skatteretlige henseende ikke bør lade begrebet afhænge af regnskabsrettens begreb.

78. I denne forbindelse skal aktier, der ikke er frit omsættelige og aktier i selskaber, i hvilke mindst 2/3 af samtlige aktier ejes af en enkelt forening medregnes med 80% af handelsværdien. Dette fortolkes således, at kursen i 100%-ejede datterselskaber skal opgøres så den svarer til datterselskabets *egenkapital*. Der er herved tale om en opgørelse af datterselskabets skattemæssige egenkapital. Denne opgøres efter de nu ophævede regler for opgørelse af den skattepligtige formue, jf. herom LV 2005 S.C.5.2., og TfS 1999, 498 LSR, samt *Kim Wind Andersen & Allan Fornæs* i TfS 2003, 171 og generelt om de ophævede formuebeskatningsregler, *C. Helkett*: Opgørelse af den skattepligtige formue, 1983, s. 76, og *Erna Christensen m.fl.*: Selskabsbeskatning, 1995, s. 519 ff. Et selskabs skattemæssige egenkapital er synonym med selskabets formue, hvorfor egenkapitalen skal opgøres efter de almindelige regler herom.

Del IV – Konfrontation

*talbegreb*⁷⁹. Baggrunden er, at forfatteren forkaster regnskabsrettens begreb og begrebet i SEL § 11, som generelt anvendelige og forudsætter herved, at der er behov for et generelt skatteretligt egenkapitalbegreb⁸⁰. Det må formodes, at der allerede ville have eksisteret et generelt skatteretligt egenkapitalbegreb, hvis et sådant havde særlig skatteretlig relevans. Forfatterens forsøg indebærer, at egenkapital herefter i skatteretten opfattes som *»en fordring mod selskabet i form af værdipapirer omfattet af LL § 16 B, stk. 1 eller aktieavancebeskatningsloven og med vilkår om, at tilbagebetalingen står tilbage for almindelige kreditorer og med forvaltningsbeføjelser og aktionærpligter i forhold til selskabet samt ret til kapitalafkast, hvis selskabets forhold tillader dette«*. Udledningen af denne definition synes at forudsætte en allerede eksisterende definition af egenkapital i skatteretlig henseende, der svarer til den regnskabsmæssigt anvendte definition, selvom denne netop af forfatteren forkastes som uanvendelig i skatteretlig henseende. Herved antager eksercitsen nærmest cirkelslutningens karakter. Forfatteren afdækker egenkapitalbegrebet ved at inddrage de enkelte elementer i begrebet. En sådan omvendt definitionsmetodik synes også logisk angribelig. Når en del af definitionen anføres som værdipapirer omfattet af ABL fokuseres på indskyderens forhold, fremfor selskabets som netop er regnskabsrettens udgangspunkt. I skatteretten er der behov for en korrekt kvalifikation af indskuddets afkast såvel hos det udbetalende selskab i forhold til opkrævning af eventuel kildeskat som hos indskyderen. Efter *Ramskovs* definition omfattes endvidere ikke egenkapital i personselskaber og enkeltmandsvirksomheder mv.

Det giver næppe mening generelt at definere egenkapital i skatteretlig henseende, idet begrebet ikke anvendes generelt og ikke i sig selv udgør retsfaktum i skatteretlige lovregler⁸¹. Det svarer med andre ord til at gå over åen efter vand eller at opstille en ligning, hvori resultatet indgår.

Sammenfattende må det konstateres, at der ikke synes at være behov for en generel skatteretlig egenkapitaldefinition. Derimod er der behov for at kunne foretage en afgrænsning mellem egenkapitalafkast og frem-

79. Jf. ph.d.-afhandlingen *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 318 ff.

80. Endelig forkaster forfatteren OECD's betragtninger i kommentarerne til OECD MDBO art. 10, idet disse betragtninger ikke harmonerer med forfatterens egen definition.

81. Forfatteren anfører dog også s. 321, at der forud for SEL § 11 ikke har været tradition for at definere egenkapital i skatteretlig henseende.

medkapitalafkast. Til brug herfor må der nødvendigvis indgå overvejelser om indskuddets karakteristika, hvilket tillige kan indicere tilstedeværelsen af henholdsvis gæld og egenkapital.

3.3. Enkelte egenkapitalposter og -dispositioner – Indskud i skatteretlig belysning

3.3.1. Indledning

Ovenstående kan sammenfattes i det synspunkt, at begreberne egenkapital og fremmedkapital ikke har selvstændig værdi på skatterettens område. Til brug brug for det følgende inddeles problemstillingen i stedet i en række underkategorier. Først behandles udvalgte egenkapitalposter og egenkapitaldispositioner, herunder aktionærbegrebet og overkurs ved stiftelse og emission. Herefter behandles sondringen mellem långivning og selskabsdeltagelse, sondringen mellem tilskud og långivning og endelig perspektiveres over retstilstanden vedrørende hybrid finansiering.

3.3.2. Deltagelse i kapitalsselskaber – aktionærbegrebet

3.3.2.1. Indledning

En problemstilling, der i stigende omfang tiltager sig skatteretlig opmærksomhed, er spørgsmålet om, hvad der ligger i aktionærbegrebet som udtryk for deltagelse i kapitalsselskaber.

Afgrænsningen af aktionærbegrebet er et hidtil upåagtet emne i dansk selskabs- og skatteretlig litteratur, og er tillige stedmoderligt behandlet i praksis. I det følgende skal der gives et bud på aktionærbegrebets indhold i såvel selskabsretlig- som skatteretlig henseende. Analysen af samspil mellem skatteret og civilret bliver naturligvis mere usikker, når selve fastlæggelsen af retstilstanden de lege lata i sig selv er behæftet med usikkerhed.

Problemstillingens stigende praktiske betydning og generelle skatteretlige interesse skyldes særligt, at det i adskillige skatteretlige lovbestemmelser forudsættes, at en aktionær/anpartshaver kan identificeres. En aktionær kan da indgå såvel som rettighedssubjekt i henhold til skatteretlig fordelslovgivning og som pligtsubjekt i henhold til den skatteretlige pligtlovgivning. Internationalt opstår afklaringsbehovet særligt på grund af almindeligt forekommende skatteplanlægningsteknikker og forskellige måder at strukturere aktiebesiddelser mv. i udenlandsk ret. Det er herved velkendt, at aktionærrettigheder i andre lande

ofte deles mellem flere personer. En sådan opsplitning forekommer ofte i forbindelse med finansieringsstrukturer⁸². Endelig kan det nævnes, at aktionærbegrebet aktualiseres i forbindelse med ejerskifter.

3.3.2.2. *Det civilretlige aktionærbegreb*

A) Generelt

Aktionærbegrebet har utvivlsomt stor skatteretlig relevans. Kapitalselskaber udgør en juridisk fiktion, der ikke kan bestå uden den retlige normering heraf. Af denne årsag er det af central betydning at kende til den civilretlige betydning af aktionærbegrebet.

I det følgende analyseres begrebets indhold på selskabsrettens område. Det er værd at forudskikke, at aktionærbegrebet i dansk selskabsret ikke har haft nævneværdig bevågenhed. Aktionærbegrebet har dog relevans i civilretlig henseende i forbindelse med: (1) spørgsmålet om, hvorvidt aktionærrettighederne kan udspaltes eller splittes samt (2) i forbindelse med ejerskifte⁸³.

Begrebet »aktie« anvendes i aktieselskabsloven i flere forskellige betydninger. En aktie er udtryk for, at indehaveren ejer en ideel andel af selskabets egenkapital⁸⁴. Aktieselskabsloven benytter begrebet »aktionær« men indeholder ikke nogen definition heraf⁸⁵. Reguleringen er i stedet koncentreret om forskellige rettigheder og pligter i selskabet – aktionærbeføjelserne⁸⁶. En aktionærs rettigheder og pligter fremgår dels

82. Jf. eksempelvis konstateringen hos *Rasmus Kristian Feldthusen*: Trusts, 2002, s. 267.

83. Jf. *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 59 ff.

84. Jf. herom *Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krechel*: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 92.

85. Tilsvarende benyttes begrebet »anpartshaver« i anpartsselskabsloven, tillige uden nærmere afklaring heraf. I det følgende omtales alene aktionærbegrebet, men udredningerne antages tillige at have gyldighed for anpartshaverbegrebet. I regnskabsmæssig henseende er aktionærforholdet en del af begrebet *virksomhedsdeltager*, jf. ÅRL bilag 1, A. 6. Udtrykket betyder medejer af virksomheden, uanset hvorledes den pågældendes forhold til virksomheden og til eventuelle andre medejere er struktureret. Den pågældende skal eje kapitalandele i virksomheden. Et sådant ejerskab indebærer principielt, at man har del i virksomhedens egenkapital. Det er ikke i regnskabsmæssig henseende tilstrækkeligt blot at besidde aktier til sikkerhed (pant). Panthavere eller personer, der som følge af særlig aftale er tildelt nogle, men ikke alle aktionærbeføjelser, f.eks. stemmeretten, hører principielt ikke under begrebet.

86. Jf. herom *Hugo P. Matre* i NTS 2001. s. 395, hvor det i note 2 anføres, at forfatterens betragtninger trods udgangspunktet i norsk ret tillige har betydning for retstilstanden i de øvrige nordiske lande, herunder Danmark. Se tilsvarende *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 59 ff.

af selskabslovene, dels af selskabets vedtægter samt en eventuel aktionæroverenskomst⁸⁷.

Et aktionærforhold etableres gennem de selskabsretlige regler om stiftelse og kapitalforhøjelse. Så længe rettighederne ikke overføres til andre retssubjekter, opstår der ingen konkurrence mellem forskellige retssubjekter om, hvem der er ejer af aktierne⁸⁸.

Der sondres typisk mellem forvaltningsmæssige (organisatoriske) og økonomiske aktionærrettigheder/beføjelser ved beskrivelsen af indholdet i en aktionærposition. Sondringen er ikke klar, idet der kan ligge en betydelig økonomisk værdi i de forvaltningsmæssige beføjelser, ligesom de økonomiske beføjelser har forvaltningsmæssige aspekter⁸⁹. Sondringen er ikke direkte lovfæstet, men kan udledes af ASL § 27⁹⁰.

Forvaltningsmæssige beføjelser drejer sig om aktionærens indflydelse på forvaltningen (administrationen) af selskabet. Eftersom aktionærer grundlæggende kun udøver deres indflydelse via generalforsamlingen, jf. ASL § 65, stk. 1, angår forvaltningsbeføjelserne alle spørgsmål om, hvordan aktionærerne vil anvende deres stemmeret på generalforsamlingsniveau i selskabet⁹¹. En akties forvaltningsmæssig beføjelser udgør retten til at møde på generalforsamlingen, jf. ASL § 65, taleretten på generalforsamlingen, jf. ASL § 65, stk. 2, retten til at afgive stemmer ved denne generalforsamling jf. ASL § 67, retten til at møde ved fuldmægtig eller rådgiver, jf. ASL § 66, stk. 1, retten til at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, jf. ASL § 70, retten til at få et bestemt emne med på generalforsamlingen, jf. ASL § 71, retten til at anfægte en truffet generalforsamlingsbeslutning i henhold til ASL § 81, retten til granskning, jf. ASL § 86⁹², retten til opløsning af selskabet, jf. ASL §

87. Jf. Bent Ramskov: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 75.

88. Jf. Hugo P. Martre i NTS 2001, s. 400.

89. Jf. Magnus Aarbakke i TfR 1993, s. 60.

90. Se om sondringen mellem forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser: Betænkning nr. 540, 1969, s. 78, Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 1995, s. 52 ff, Bent Ramskov: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 76 ff, Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 96, og Magnus Aarbakke i TfR 1993, s. 60 ff. Se generelt om aktionærers rettigheder Åse Koll Lunde m.fl. i Revisjon og Regnskap 2003/5, s. 24 ff.

91. Jf. Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 1995, s. 52.

92. Netop denne aktionærbeføjelse, og særligt herved selve aktionærbegrebet har været genstand for en norsk Høyesteretts-dom, jf. Rt. 2000, s. 1792 (Montell-sagen) og det er netop denne dom der har foranlediget den konkrete interesse for problemstillingen hos Hugo P. Matre i NTS 2001, s. 395 ff. Sagen omhandlede i korthed spørgsmålet om

119, samt retten til søgsmål mod ledelsen på grund af erstatningsansvar, jf. ASL § 144, stk. 3.

Ved siden af de forvaltningsmæssige beføjelser er der til den enkelte aktie knyttet en række *økonomiske beføjelser*. Også de økonomiske beføjelser kan defineres med udgangspunkt i ASL § 27, der angiver eksempler på sådanne økonomiske beføjelser. En aktionærs økonomiske beføjelser kan defineres som retten til at eje eller modtage en efter aktiernes størrelse forholdsmæssig del af selskabsformuen⁹³. Herefter omfatter de økonomiske rettigheder alle de måder, hvorpå selskabets midler kan udloddes, jf. ASL § 109, herunder retten til at modtage udbytte på en aktie, retten til at modtage provenu ved selskabets likvidation eller ved en kapitalnedsættelse, retten til at modtage fondsaktier ved en fondsemission, jf. ASL § 29, samt den fortegningsret, der som udgangspunkt tilkommer samtlige aktionærer ved en kapitalforhøjelse, jf. ASL § 30, stk. 1. Det er det selskabsretlige udgangspunkt, at alle aktionærer har lige adgang til de økonomiske beføjelser, jf. lighedsgrundsætningen i ASL § 17. Som en økonomisk beføjelse må tillige ses maskeret udbytte, uanset de skatteretlige konsekvenser⁹⁴.

Endelig kan nævnes adgangen til at disponere over selve aktien – *dispositionsbeføjelserne*. Disse beføjelser følger af selve ejendomsretten til aktien⁹⁵. Der er herved begrebsmæssigt ikke tale om udøvelse af en ret i selskabet. Udgangspunktet er i denne henseende, at aktionæren har ret til at sælge, pantsætte, overlade brugsretten til, indgå udbytteaftaler og stemmeretsaftaler vedrørende aktien, jf. ASL § 18⁹⁶. Særligt vedrørende

hvorvidt en aktionær der havde fået sine aktier bortskrevet ved nedskrivning af aktiekapitalen, og som dermed principielt ikke længere er aktionær kan kræve granskning. Høyesteretts flertal kom frem til, at granskning kunne kræves i en sådan situation. Baggrunden for dommens resultat findes i hensynet til minoritetsaktionærerne, idet domstolen fandt, at disse ud fra reale grunde måtte beskyttes. Teknisk set blev der herved foretaget en udvidende fortolkning af aktionærbegrebet, idet granskningsbestemmelsen i norsk ret direkte foreskriver, at kun aktionærer har dette ret. Se i detaljer om dommen *Hugo P. Matre* i NTS 2001, s. 396 ff, hvor det anføres, at udfaldet i sagen udelukkende havde betydning i forhold til granskningsinstituttet, og ligestillelsen med en aktionær ikke kunne udstrække til at omfatte andre aktionærbeføjelser i selskabet.

93. Jf. Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 1995, s. 53.

94. Jf. Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 1995, s. 54.

95. Jf. Magnus Aarbakke i TfR 1993, s. 61 ff. Denne forfatter anser ejendomsretten som en økonomisk beføjelse.

96. Jf. Erik Werlauff & Jørgen Nørgaard: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 1995, s. 54.

pantsætning kan bemærkes, at de forvaltningsmæssige rettigheder, der er knyttet til aktien, forbliver hos pantsætteren, med mindre andet er aftalt⁹⁷. Der kan gyldigt træffes aftale om, at panthaver kan udnytte stemmeretten på de pantsatte aktier, indtil panthaver er fyldestgjort⁹⁸.

Indholdet af det civilretlige aktionærbegreb fremkommer derved indirekte, idet en aktionær kan siges at være den, som udøver de rettigheder og pligter, som er knyttet til en eller flere aktier. Idet råderetten over aktionærbeføjelserne som udgangspunkt ligger hos ejeren af aktierne, kan beskrivelsen forenkles⁹⁹. *Således er en aktionær den, der har ejendomsretten til en eller flere aktier.*¹⁰⁰ *Imidlertid forholder det sig sådan, at det ikke altid er ejeren af en aktie, der kan udnytte en aktionærbeføjelse.* Det er en vigtig erkendelse, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem ejerskabet til en aktie og udøvelsen af en aktionærbeføjelse¹⁰¹.

97. Se hertil UfR 1968, 766 H, vedrørende stemmeretten.

98. Jf. herom Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II, s. 96.

99. Jf. Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II, 2000, s. 96.

100. Jf. Hugo P. Martre i NTS 2001, s. 396.

101. Jf. Hugo P. Martre op.cit., men modsat Magnus Aarbakke i TfR 1993, s. 59 ff (s. 61), der i stedet anser ejendomsretten til aktien som en af de økonomiske rettigheder som knytter sig til en aktie. På linie med førstnævnte forfatter findes det tilsvarende mere hensigtsmæssigt at anvende ejendomsret som samlebegreb for rådigheden over alle rettigheder og pligter knyttet til en aktie og som ikke er overført til andre eller begrænset på anden måde. Resultatet nås tillige ud fra en fortolkning af den til ASL § 27 svarende regel i norsk ASL. Det konstateres herom, at bestemmelsen trods sin formulering ikke giver anledning til en generel begrebsopfattelse i henseende til aktionærbegrebet, jf. Hugo P. Martre i NTS 2001, s. 402, der dog herved tilsyneladende vender sig mod udlægningen hos Magnus Aarbakke m.fl.: Aksjeloven og allmennaksjeloven, 2000, s. 864. Forfatteren finder, at bestemmelsen på den ene side kan udlægges sådan, at de forvaltningsmæssige rettigheder er de afgørende ved afgørelsen af hvem der er aktionær. På den anden siden kan bestemmelsen udlægges sådan, at de økonomiske beføjelser er afgørende. Denne antagelse støttes på en inddragelse af praksis fra Norges Høyesterett. I skattesager har domstolen således ved vurderingen af om ejendomsretten har nogen realitet for den passive aktionær, ikke lagt vægt på de forvaltningsmæssige rettigheder, men derimod lagt vægt på håndteringen af udbytte ved vurderingen af om ejerskabet har været pro forma, jf. Rt 1998, s. 1771, og hertil Hugo P. Martre i Revisjon og Regnskap 1999/5, s. 38. På denne baggrund slutter Martre, at Høyesteretts brug af aktionærbegrebet rejser det spørgsmål, om placeringen af de forvaltningsmæssige beføjelser kan anses som et egnet kriterium ved en generel selskabsretlig begrebsfastlæggelse. Uanset dette finder forfatteren, op.cit., s. 403, at det følger af aksjelovens struktur, at begrebet ikke uden videre kan fastlægges på baggrund af en enkelt bestemmelse. Idet der ikke er tale om nogen legaldefinition må begrebet efter forfatterens opfattelse fastlægges konkret fra situation til situation. Synspunktet kan sammenfattes således, at det må vurderes konkret, hvem der har de enkelte rettigheder og pligter. Rettighedshaveren efter denne vurdering vil være aktionær i den aktuelle bestemmelses forstand, i det omfang begrebet benyttes heri. Alternativt kan personen blive ligestillet med en aktionær, uden selv at være aktionær.

Hermed adskiller det anvendte aktionærbegreb sig fra den forståelse, som *Hugo P. Martre* lægger til grund¹⁰². Denne forfatter har således argumenteret for, at selskabslovgivningens særskilte regulering af de forskellige aktionærbeføjelser må indebære, at aktionærbegrebet i civilretlig henseende antager en *funktionel karakter*. Principielt kan det siges, at vilkårene, for at kunne udøve aktionærbeføjelserne, må kunne fastlægges på grundlag af reguleringen af det aktuelle spørgsmål. Aktionærbegrebet kan herved siges at have et forskelligt indhold i forskellige relationer.

En aktionær er ikke nødvendigvis, den som kan udøve en aktionærbeføjelse. Som nævnt kan aktionærbeføjelser i vidt omfang splittes fra en aktie, og det kan være relevant at sondre mellem de rettigheder, der er knyttet til den enkelte aktie, og de rettigheder, som faktisk kan udøves af den aktionær, der ejer aktien¹⁰³. Tilsvarende er ejerskabet i visse henseender ikke uden videre tilstrækkeligt til at udløse en konkret aktionærbeføjelse, jf. eksempelvis kupreglen i ASL § 67, stk. 2. Aktionæren må være ejeren af aktien, og denne ejer vil typisk være i besiddelse af en række centrale forvaltningsmæssige beføjelser¹⁰⁴. Det må også have formodningen mod sig, at et fuldstændigt sprogligt identisk begreb intradisciplinært i selskabsretten må tillægges forskelligt indhold.

B) Opsplitning af aktionærbeføjelser

Såvel civilretligt som skatteretligt er det af stor betydning, om aktionærbeføjelser kan deles mellem flere parter. Der kan ligge legitime behov bag et sådant ønske¹⁰⁵. I tilfælde af splitning af aktionærrettig-

102. Jf. NTS 2001, s. 395 ff.

103. Det kan således forekomme, at en aktionær er afskåret fra at udøve en eller flere af de rettigheder, som er knyttet til vedkommendes aktier. Dette gælder eksempelvis, hvis der er aftalt regler om stemmeloft i vedtægterne. Dette medfører imidlertid ikke, at ejeren i sådanne konkrete situationer må fratages aktionærbenævnelsen.

104. Man kan hertil stille det spørgsmål, om en aktieerhverver der ikke er noteret i aktiebogen, jf. ASL § 27 og følgelig ikke kan udnytte de forvaltningsmæssige beføjelser, men dog kan udnytte de økonomiske beføjelser, ikke da må anses som en aktionær førend de forvaltningsmæssige rettigheder kan udøves. Jeg er principielt enig i, at der her klart må være tale om en aktionærposition forud for adgangen til at udnytte de forvaltningsmæssige rettigheder. Dette støtter efter min opfattelse blot ikke synspunktet om aktionærbegrebets relativitet. Derimod er der blot atter tale om det forhold, at betingelserne for at udnytte beføjelserne varierer.

105. Norsk ret indeholdt tidligere et egentligt forbud mod splitning af rettigheder. Forbuddet gled ud af lovgivningen i 1976, jf. *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 64.

heder bliver problemstillingen, hvem der efterfølgende skal anses for at være aktionær og formentlig dermed rettighedssubjektet i forhold til den konkrete aktionærbeføjelse.

I dansk ret er det almindeligt anerkendt, at aktionærbeføjelserne i en vis udstrækning kan splittes eller fordeles mellem flere rettighedshavere¹⁰⁶. Det antages, at såvel selskabet som den enkelte aktionær kan splitte rettighederne. Hermed ophører aktionærpositionen ikke, men i stedet antages det, at der er sket afståelse af begrænsede rettigheder over aktien¹⁰⁷. Aktieselskabsloven indeholder dog ingen almen regel om adgangen til at adskille de enkelte rettigheder fra aktien. I hvilken udstrækning dette herefter kan finde sted, må bero på en konkret fortolkning af den bestemmelse, der hjemler den aktuelle beføjelse¹⁰⁸. De generelle hensyn til minoritetsbeskyttelse, ønsker om aktionærernes interesse i selskabet gennem aktivt ejerskab, værn mod misbrug mv. har ledt til en række selskabsretlige begrænsninger i adgangen til at splitte rettighederne fra aktien¹⁰⁹.

Så længe opsplitningen af aktionærbeføjelser sker i overensstemmelse med de juridiske rammer som opstilles i aktieselskabsloven, vil der i almindelighed ikke være anledning til at anse en begrænset rettighedshaver som aktionær. Derimod kan det være aktuelt at anse den begrænsede rettighedshaver som selvstændigt berettiget efter de bestemmelser, der som udgangspunkt alene gælder for aktionærer¹¹⁰.

Et aktieselskab kan dog ikke splitte de *forvaltningsmæssige beføjelser* fra aktierne. Et selskab kan for eksempel ikke oprette en særlig ret for en ikke-aktionær til at kræve sager behandlet på selskabets generalforsamling, og kan heller ikke oprette en særlig ret for en ikke aktionær til at stemme på generalforsamlingen¹¹¹. Tilsvarende kan en aktionær som udgangspunkt ikke overlade en anden person sine forvaltningsmæssige beføjelser i selskabet uden at overdrage selve aktien¹¹². Det nævnte

106. Jf. *Hugo P. Martre* i NTS 2001, s. 400, og *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 59 ff (s. 63 ff). Eksempelvis kan stemmeret og andre rettigheder på generalforsamlingen udskilles, men dog kun i form af en fuldmagt som til enhver tid kan tilbagekaldes, jf. ASL § 66.

107. Jf. *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 108.

108. Når et selskab har givet andre end aktionærer økonomiske beføjelser overfor selskabet, kan disse rettigheder som udgangspunkt overdrages efter almindelige regler om formuerettigheder.

109. Jf. eksempelvis *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 59 ff.

110. Jf. *Hugo P. Martre* i NTS 2001, s. 401.

111. Jf. *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 65.

112. Jf. *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 67.

udtrykker på det principielle plan en retssætning om aktiens enhed eller udelelighed¹¹³.

Dog kan stemmeretten adskilles fra ejendomsretten¹¹⁴. Særlige omstændigheder kan således medføre, at den, der afgiver stemme på generalforsamlingen, ikke er identisk med den, der ejer den pågældende aktiepost. Midlertidig udøvelse af en andens stemmeret hjemles af fuldmagsreglerne i ASL § 66¹¹⁵. Mere permanent adskillelse af aktieret og stemmeret accepteres, hvis denne er rimeligt begrundet¹¹⁶.

Derimod kan et aktieselskab i betydelig udstrækning gøre de *økonomiske beføjelser* til selvstændige rettigheder eller knytte dem til andre positioner end aktionærpositionen¹¹⁷. Tilsvarende kan en aktionær overdrage de økonomiske rettigheder særskilt. Denne adgang synes at bero på en udvidende fortolkning af de relevante selskabsretlige regler, idet disse ofte foreskriver at have virkning for aktionærer, jf. eksempelvis ASL § 109 om udbytte.

ASL § 27 synes da også at forudsætte, at de økonomiske beføjelser kan splittes fra en aktie. Af bestemmelsen fremgår, at erhververen af en *navneaktie* ikke kan udøve de rettigheder, som tilkommer en aktionær, medmindre denne er noteret i aktiebogen, eller har anmeldt og dokumenteret (evt. ved fremsendelse af købsnota eller depotudskrift) sin anmeldelse. Dette gælder dog ikke retten til udbytte og andre udbetalinger og retten til nye aktier ved kapitalforhøjelse. Med andre ord fratages erhververens forvaltningsmæssige beføjelser, hvis ikke overdragelsen noteres i aktiebogen. Ønsker erhververen at udøve disse beføjelser, skal der ske notering i aktiebogen, idet erhververen hermed bliver legitimeret over for selskabet til at udøve de forvaltningsmæssige beføjelser, som er knyttet til aktien. Derimod fremgår det, at de økonomiske beføjelser bevares intakt, på trods af den manglende notering.

For *ihændehaberaktier* antages det, at aktionærens legitimation over for selskabet følger de almindelige regler om legitimation for negotiable

113. Jf. Erik Werlauff: Generalforsamling og beslutning, 1983, s. 369. Se om princippet i svensk ret Jesper Prytz & Mart Tamm: Tilskott utan aktieteckning, 1995, s. 156 ff.

114. Jf. Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 175, og UfR 1963, 111 H, samt forudsat ved UfR 1991, 133 H Louis Poulsen.

115. En fuldmægtig skal ikke nødvendigvis benytte fuldmagten i aktionærens interesse, hvorfor en fuldmagt i praksis kan bruges som supplement til overdragelse af økonomiske rettigheder i selskabet.

116. Jf. den detaljerede analyse hos Erik Werlauff: Generalforsamling og beslutning, 1983, s. 368 ff.

117. Jf. Magnus Aarbakke i TtR 1993, s. 66.

dokumenter. Dette indebærer, at aktionærbeføjelserne tilkommer den, som fysisk har aktiebrevet i hænde (eller foreviser depotudskrift el. lign.). Civilretligt kan selskabet betale udbytte med frigørende virkning til den, der har et aktiebrev i hænde, medmindre selskabet vidste, at vedkommende ikke længere var berettiget til at modtage udbytte, jf. GBL § 19 analogt¹¹⁸. Det følger endvidere af GBL § 20, stk. 1, at selskabet med frigørende virkning kan udbetale udbytte til den hidtidige aktionær, uanset om vedkommende har overdraget aktien, såfremt selskabet ikke vidste eller burde vide, at aktien var overdraget¹¹⁹.

C) Om registrering af aktionærforhold herunder aktiebogens betydning

I skatteretlig praksis baseres nogen rådgivning på en fejlagtig opfattelse af registrering over aktionærpositioner. Det er derfor vigtigt at forstå det aktieretlige registreringssystem.

Generelt kan ejerforholdet til en aktie afhængigt af de konkrete omstændigheder være registreret fem forskellige steder: et kontoførende institut, Værdipapircentralen, aktiebogen, storaktionærfortegnelsen samt købs- og salgsbogen¹²⁰. Da registreringerne tjener forskellige formål, er der ikke nødvendigvis overensstemmelse mellem disse. Tavs-hedsforskrifter samt regler om registrenes tilgængelighed indebærer, at der kun er begrænset mulighed for at sammenholde de registrerede oplysninger¹²¹.

Aktiebogen indeholder oplysninger om aktionærerne, men er ikke nødvendigvis en fuldstændig og ajourført fortegnelse over aktionærerne i selskabet¹²². Herved kan man ikke uden videre fæste lid til et selskabs aktiebog¹²³. Ihændeleveraktiernes ejermænd kender selskabet kun, hvis aktionæren har ladet alle sine aktier notere på navn, jf. ASL § 24,

118. Se herom *Bernhard Gomard*: Obligationsret, 3. del, 1993, s. 138 f, og *Erik Werlauff*: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 172.

119. Se også VPHL § 71, hvorefter en værdipapircentral kan betale med frigørende virkning til den der er registreret som berettiget som modtager af betalingen.

120. Jf. Betænkning nr. 1230, 1992, s. 88.

121. Loc.cit.

122. Jf. *Bernhard Gomard*: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 159.

123. Rådgivning i forbindelse med udbetaling af udbytter mv. til storaktionærer, jf. ASL § 28 a, burde som udgangspunkt ikke volde vanskeligheder. I praksis viser det sig imidlertid, at en sådan overholdelse af selskabslovgivningen ikke ukritisk kan forudsættes. Således ses det i vidt omfang, at eksempelvis udenlandske nominees med formelle »aktiebesid-delser«, der overstiger 5%-grænsen står noteret i selskabernes aktiebog som aktionærer.

stk. 1. Aktieselskabsloven kræver kun, at der oprettes en aktiebog ved selskabets stiftelse, og at der for navneaktier sker indførelse af aktionærernes navne i aktiebogen, jf. ASL § 25, stk. 1, men loven kræver ikke, at køberen af navneaktier lader sine aktier notere på navn i aktiebogen, som betingelse for at kunne udøve sine rettigheder som aktionær. Det er tilstrækkeligt, at aktionæren melder sig og dokumenter sin ret til aktierne, jf. ASL §§ 27 og 67, stk. 2.

Et selskab kan have brug for at kende alle sine aktionærers identitet, for at kunne administrere bestemmelser i vedtægterne. I tilfælde, hvor kontrol med at vedtægterne er overholdt, kræver kendskab til ejernes identitet, har selskabet formentlig krav på oplysning om de virkelige aktionærers navne¹²⁴.

Bort set fra sådanne tilfælde, og reglen i ASL § 25 a (om aktiebogen) kan aktionæren forblive anonym overfor selskabet, medmindre aktionæren er storaktionær omfattet af ASL §§ 28a-b og VPHL § 29.

D) Eksempler på opsplitting af aktionærbeføjelser – nominees og depositary receipts

De retlige aspekter af den såkaldte nominee-ordning illustrerer på bedste vis problemstillingen vedrørende opsplitting af aktionærbeføjelser. Anvendelsen af nominees er inspireret af det britiske aktieretssystem, hvor der alene kan udstedes navneaktier. Nominee-ordningen opstod på grund af behovet for en vis anonymitet, og nominees er en måde at opnå dette på¹²⁵. En »nominee shareholder« er »... a person, partnership or corporation who holds the legal interest in shares in the capital of a corporation on behalf of the beneficial owner ...«¹²⁶.

Nominee-ordningen indebærer, at selskabet har kendskab til en person, som eksempelvis kan modtage udbytte og anden betaling samt aktionæroplysninger på vegne af den egentlige aktionær. I alle tilfælde medfører nominee-ordningen et yderligere lag af anonymitet, og omverdenen ved ikke nødvendigvis, at den optrædende er nominee og ikke

124. Jf. *Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 2000, s. 160.

125. Jf. *I. A. Tokley: Company Securities – Disclosure of Interests*, 1995, s. 1 ff, og Betænkning nr. 1230, 1992, s. 87. Det forsøges i betænkningen at afgrænse en nominee overfor en stråmand. Ved en nominee forstås en person, der i eget navn indskrifter aktier, der tilhører en anden person, uden herved (direkte) at skjule, at han ikke er ejer i juridisk forstand. En stråmand er karakteriseret ved, at stråmanden juridisk set fremstår som ejer over for omverdenen, men at der mellem stråmanden og den rette ejer er en hemmelig aftale om ejerskabet, op.cit.

126. Jf. *I. A. Tokley: Company Securities – Disclosure of Interests*, 1995, s. 1.

den virkelige ejer. Det er således accepteret, at nominees anvendes til repræsentation i økonomisk henseende¹²⁷.

Såfremt den virkelige ejer ønsker forvaltningsmæssige rettigheder, og selskabet har kendskab til nominee-forholdet, vil selskabet – hvis der er tale om navneaktier – kunne kræve, at den egentlige ejer enten er noteret i aktiebogen, eller har givet en fuldmagt til den nominee, der er anført i aktiebogen, jf. ASL § 27 hhv. ASL § 66. Har selskabet derimod ikke kendskab til nominee-forholdet, er det i praksis muligt for nomineeen at optræde som ejer og således også udøve de forvaltningsmæssige rettigheder uden at være i besiddelse af en fuldmagt¹²⁸. Retsstillingen i det interne forhold afhænger af den indgåede aftale mellem parterne.

Nominee-ordningen accepteres som lovlig i dansk værdipapirhandelsret, selskabsret og obligationsret¹²⁹. Således forudsættes det i VPHL § 72, stk. 2, at en kontohaver i en værdipapircentral kan føre en konto på vegne af en eller flere ejere. En tilsvarende forudsætning fremgår af § 31, stk. 2 i bekendtgørelse om registrering af fondsaktiver i en værdipapircentral¹³⁰. Forudsætningen for denne anerkendelse er blot, at forholdet registreres på kontoen, jf. VPHL § 72, stk. 2¹³¹. En nominee-ordning er således lovlig og almindeligt anerkendt i dansk ret¹³². Den registrerede kontoindehaver er således ikke nødvendigvis ejeren af kon-

127. Jf. Betænkning nr. 1230, 1992, s. 89, og Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 173. Hermed er anvendelsesområdet i dansk ret indskrænket i forhold til anvendelsen i andre lande, jf. herom I. A. Tokley: Company Securities – Disclosure of Interests, 1995, s. 1 ff.

128. Jf. Betænkning nr. 1230, 1992, s. 90. I den omtalte betænkning erkendes det, at det i praksis ikke altid vil være muligt for selskabet at skelne en nominee fra den reelle ejer – i særdeleshed ikke, hvis nomineeen i aktiebogen fremstår som ejer. Nominee vil derfor, hvis selskabet ikke har kendskab til aftalen, blive betragtet som den rette ejer. På samme måde anføres det, at en stråmand vil fremstå som rette ejer og vil også af selskabet blive betragtet som den rette ejer.

129. Ordningen blev senest vurderet i Betænkning nr. 1230, 1992, s. 87 ff (s. 92 ff). Udvalget fandt, at ordningen skulle besvares således, at notering i aktiebogen fortsat baseres på et frivillighedsprincip.

130. Jf. Bekg. nr. 925 af 17.10. 1996.

131. Der skal også ske registrering, hvis kontoen føres på vegne af flere ejere, hvilket er tilfældet ved såkaldte samledepoter, som føres af en værdipapirhandler, og som indeholder flere kunders værdipapirer, jf. VPHL § 6, stk. 3. Værdipapirhandleren skal i disse tilfælde føre et register, hvoraf de enkeltes ejerforhold til de registrerede værdipapirer klart fremgår.

132. Jf. Nis Jøl Clausen: Sikkerhed i fordringer, 2003, s. 124, og Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber, 2000, s. 159.

Del IV – Konfrontation

toens fondsaktiver, men der gives oplysning herom¹³³. Nomineeforhold vil dog ofte ikke være kendt af selskabet eller af offentligheden¹³⁴. En tilsvarende oplysning gives ikke ved notering i selskabets aktiebog, idet aktionærerne ikke heri er forpligtet til at angive, hvorvidt den angivne person er den reelle ejer eller en nominee.

Aktieselskabsloven indeholder ikke et krav om, at nomineeforholdet skal fremgå af aktiebogen. Dette udgangspunkt fraviges, hvis derimod aktionæren har en aktiebesiddelse, der medfører at denne må opfattes som storaktionær (dvs. mindst 5% af stemmerettighederne eller 5% af aktiekapitalen.), jf. ASL § 28 a¹³⁵. Herefter gælder der i henhold til ASL § 28 b, et krav om, at den *reelle ejer* skal noteres i selskabets aktiebog¹³⁶, med angivelse af navn, bopæl eller hjemsted¹³⁷. Nogen automatik ligger der ikke heri, og selskabet vil efter omstændighederne kunne kræve den fornødne dokumentation for den anmeldte aktiebesiddelse¹³⁸. Undlader

133. Jf. *Nis Jul Clausen: Sikkerhed i fordringer*, 2003, s. 124, og *Lars Hedegaard Kristensen: Studier i erhvervsfinansieringsret*, 2003, s. 344, samt *Bernhard Gomard: Aktieselskaber & anpartsselskaber*, 2000, s. 160.

134. Jf. Betænkning nr. 1230, 1992, s. 88.

135. Tilsvarende gælder for aktionærer, der er bestyrelses- eller direktionsmedlem eller ledende medarbejder i et børsnoteret selskab, idet disse personers aktiebesiddelser skal noteres på vedkommende eget navn i selskabets aktiebog, jf. ASL § 53, stk. 2.

136. ÅRL § 74 foreskriver tillige noteoplysning vedrørende storaktionærernes aktiebesiddelser.

137. Jf. Betænkning nr. 1230, 1992, s. 88 og *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen: Ekspertundersøgelse vedrørende åbenhed om aktiebesiddelser*, 2000, s. 21, hvor det anføres, at storaktionærer hverken i forbindelse med flagningsreglerne i VPHL eller ASL's oplysningspligter kan anvende nominee-ordningen. At spørgsmålet næppe er endeligt afklaret ses hos *Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov*, 2002, s. 178, hvor det anføres, at det gennem ordet »enhver» er understreget, at status som ejer eller pantthaver ikke er afgørende for anmeldelsespligten, men alene at man »besidder» aktierne, herunder eksempelvis gennem stemmeoverførselsaftale. For regler med det hovedformål at sikre, at selskabet har en person, som det kan kommunikere med eller som der kan udbetales udbytte til med frigørende virkning, er det ikke afgørende, om den anførte person er den reelle ejer eller en nominee, jf. *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen: Ekspertundersøgelse vedrørende åbenhed om aktiebesiddelser*, 2000, s. 21. Anderledes forholder det sig, såfremt der er tale om overvejelser om, hvorvidt selskabets aktionærer og offentligheden skal have kendskab til, hvem der er aktionærer i et bestemt selskab. Her er den reelle ejers identitet afgørende. Det samme gælder i forhold til opnåelse af omsætnings- og kreditorbeskyttelse gennem registrering i værdipapircentralen, hvor det er væsentligt at vide, om den registrerede kontohaver er den reelle ejer, jf. *Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen: Ekspertundersøgelse vedrørende åbenhed om aktiebesiddelser*, 2000, s. 21.

138. Se tilsvarende VPHL § 29, vedrørende børsnoterede selskaber (de såkaldte flagningsregler), som udgør en implementering af transparensdirektivet (dir. 88/627/EØF), og i detaljer hertil bekendtgørelse nr. 328 af 22.4. 1996.

man at efterkomme oplysningskravene, er dette bødebelagt, jf. ASL § 161.

Beslægtet med nominee-ordningen er de såkaldte *Depositary Reciepts*. Disse findes i hvert tilfælde i følgende varianter: American Depositary Receipts (ADR), Global Depositary Receipts (GDR), New York Shares og EURO Depositary Receipts. De to førstnævnte benyttes synonymt.

En ADR/GDR er udtryk for et bevis for en ejerandel i et selskab, som ikke er beliggende i USA. En typisk definition lyder: »... a U.S. dollar denominated form of equity ownership in a non-U.S. company. It represents the foreign shares of the company held on deposit by a custodian bank in the company's home country and carries the corporate and economic rights of the foreign shares, subject to the terms specified on the ADR certificate.«¹³⁹. Eller »... Depositary Receipts are negotiable certificates that represent a non-U.S. company's publicly traded equity or debt. Depositary Receipts are legal U.S. securities that trade freely on a major exchange or in the over-the-counter (OTC) market in U.S. dollars, pay dividends or interests in dollars, and settle, clear, and transfer according to standard U.S. practices. The Depositary Receipt evidences the home market security which trades in a foreign contry and is custodized with a local bank, called the custodian ...«¹⁴⁰. Synonymt hermed benyttes begrebet American Depositary Shares (ADS).

ADR's udstedes ved, at de faktiske aktier, som en ADR repræsenterer, opkøbes af en bank (Depositary Bank) og deponeres hos en custodian i samme land¹⁴¹. Samtidig hermed udsteder Depositary Bank, Depositary Receipts som gennem mægler leveres til de enkelte investorer.

Fra en selskabsvinkel er formålet med disse instrumenter overvejende at stimulere investorinteressen for aktierne i et selskab beliggende uden for USA. Samtidig benyttes ADR's til at udvide aktionærkredsen, forøge likviditeten og selskabets synlighed. Fra investorside er formålet at nedbringe omkostninger, at sikre afkast i USD, at muliggøre udenlandske investeringer for visse investorer som ellers er afskåret herfra, at sikre simplicitet samt at nedbringe risiko. Helt overordnet er forde-

139. Jf. eksempelvis JP Morgans hjemmeside herom: www.adr.com og den tilsvarende hos Bank of New York: www.adrbny.com.

140. Jf. The Global Equity Investment Guide – The Case for Investing in Depositary Receipts, Bank of New York, 2003, s. 5.

141. En Custodian er en agent, der opbevarer værdipapirer for sine kunder og modtager udbytter og renter. I relation til Depositary Receipts besidder custodian de underliggende aktier.

len ved Depositary Receipts, at ikke amerikanske aktier så at sige »amerikaniseres« for at blive tilpasset det amerikanske marked. I amerikansk ret anses ADR's for at udgøre U.S. Securities i henhold til 1933 Securities Act. Hermed afskæres ingen fra et eje Depositary Receipts.

Der er næppe tvivl om, at indehaveren af en ADR tillige er ejer af den underliggende aktie. Således gælder det om de økonomiske aktionærbeføjelser i henhold til en standardaftale på området, at disse udøves af Depositary, men at denne videreudlodder udbytter til ejeren med fradrag af omkostninger og eventuelle skatter. Depositary skal samtidig sørge for at modtagne beløb veksles til USD. For så vidt angår stemmeretten gælder det, at udøvelsen af denne er dikteres af Depositary-indehaveren.

Depositary Receipts optræder også i det praktiske retsliv i Danmark, hvorfor også en skatteretlig kvalifikation er nødvendig. Dette er særligt tilfældet, hvor danske selskaber benytter sig af instrumentet (Novo, Novozymes, Lundbeck), eller hvor sådanne indgår i internationale strukturer, eksempelvis hvor der indgår et dansk holdingselskab i internationale koncernstrukturer, mellem US investorer og ADR-udstedende selskaber.

3.3.2.3. Aktionærbegrebet ved ejerskifte

Placeringen af aktionærbeføjelser har stor betydning i forbindelse med ejerskifte. Således må det vurderes, om rettighederne i en overgangsperiode ligger hos den sælgende aktionær, den erhvervende aktionær eller så at sige ligger »døde« for en periode¹⁴². Afgørelsen af dette spørgsmål må ske for hver rettighedstype for sig. Aktieselskabsloven indeholder ikke kriterier for en sådan bedømmelse. Udgangspunktet må være, at de *forvaltningsmæssige beføjelser* ophører, når ejendomsretten ophører¹⁴³. Det kan tænkes, at et ejerskifte ikke er meldt til selskabet, således at sælger fortsat står registreret som aktionær i aktiebogen, sådan at han på dette grundlag kan deltage i generalforsamlingen. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt aktionærbogen giver sælger legitimation med hensyn til forvaltningsmæssige beføjelser. Spørgsmålet må besvares afkræftende, idet deltagelse på det nævnte grundlag må anses som en fejl ved generalforsamlingens sagsbehandling¹⁴⁴. Som følge af

142. Jf. *Magnus Aarbakke* i TfR 1993, s. 59 ff.

143. Op.cit., s. 71.

144. Loc.cit.

det nævnte er det en nærliggende tanke, at ophøret af sælgers ret til at udøve de forvaltningsmæssige beføjelser samtidig må medføre indtræden af sælgers tilsvarende ret, sådan at rettigheden altid er hos enten den ene eller den anden. Men sådan forholder det sig ikke. Rettighederne kan blive lagt døde i en vis periode. Indtræden af den nye ejers adgang afhænger af grundlaget for erhvervelsen og situationen. I almindelighed indtræder erhververens beføjelser, når der foreligger et grundlag for, at han umiddelbart kan træde ind i ejerbeføjelserne og, at hans erhvervelse desuden er meddelt selskabet og eventuelt dokumenteret overfor dette. Eventuelle vilkår i selskabets vedtægter kan ændre dette¹⁴⁵.

For så vidt angår de *økonomiske beføjelser*, er retsstillingen en noget anden end ved de forvaltningsmæssige rettigheder. Hensynet til de øvrige aktionærer træder i baggrunden, mens hensynet til aktionærens handlefrihed står mere centralt. Løsningen er derfor også en anden. Købelovens § 19 regulerer som udgangspunkt sælgers ret til udbytte. Bestemmelsen medfører, at køb af en aktie omfatter det udbytte, som ikke var *forfaldent* på tidspunktet for aftalens indgåelse. Optjening er ikke nok, der skal foreligge beslutning om udlodning, og kravet skal være forfaldent. Når sælger i forhold til køber har et krav på udbytte, kan han gøre kravet gældende mod selskabet, selv om hans ret til aktien er ophørt. Selvom sælger har mistet retten til at oppebære udbytte, kan han være legitimeret til at modtage udbytte med frigørende virkning for selskabet, jf. ASL § 24.

KBL § 19 foreskriver endvidere, at køberen nyder godt af, hvis der til aktien er knyttet en ret til at tegne nye aktier. Dermed har sælgeren adgang til at tegne nye aktier, såfremt adgangen er indtrådt før købet, hvilket formentlig vil sige, at kapitalforhøjelsesbeslutningen skal være truffet før købet.

3.3.2.4. *Aktionærbegrebets skatteretlige relevans*

Tilstedeværelsen af en aktionær i skatteretlig henseende er påkrævet i henhold til adskillige skatteretlige lovbestemmelser. Dette gælder navnlig aktieavancebeskatningslovens regelsæt, de særlige regler om skattemeutral omstruktureringer i fusionsskatteloven, udbyttebeskatningsregler osv.

145. Op.cit., s. 72. Forfatteren analyserer specifikt stemmeretten, s. 73 f, anfølgelsesretten, s. 76 ff, retten til at kræve granskning, s. 78 ff.

Som nævnt findes der ikke noget generelt eller specifikt skatteretligt aktionærbegreb, og der findes ikke i forarbejder til de relevante skatteretlige bestemmelser en nærmere afklaring heraf. Analysen af skatterettens aktionærbegreb må derfor tage udgangspunkt i den praksis, der har udformet sig i forbindelse med løsningen af konkrete problemstillinger, idet det ikke uden videre kan lægges til grund, at den skatteretlige praksis har udviklet sig i absolut samhörighed med begrebets civilretlige udgangspunkt. På denne baggrund skal det forsøges at udlede generelle træk af skatterettens aktionærbegreb med henblik på at vurdere, om der findes en særlig praksisskabt aktionærdefinition, der eventuelt afviger fra civilrettens aktionærbegreb.

Hvem der er aktionær, er ofte også et spørgsmål om at udpege rette indkomstmodtager. Hvor skattelovgivningen forudsætter tilstedeværelsen af en aktionærposition, kan forholdet i flere henseender formuleres sådan, at rette indkomstmodtager til en indtægt er aktionæren.

3.3.2.5. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

På baggrund af ovenstående er det muligt at redegøre for, hvilke eventuelle samspil mellem skatteretten og civilretten der kan forekomme i forbindelse med selve aktionærbegrebet. (1) Der kan først og fremmest tænkes at være tale om en direkte skatteretlig overtagelse af og anvendelse af civilretlig terminologi. Dette skyldes den omstændighed, at aktionærbegrebet knytter sig direkte til aktieselskabsformen, som atter direkte kan siges at skyldes sin eksistens til selve den civilretlige retsorden. Der er hermed tale om et eksempel på, at civilretten kan udgøre såvel faktum som retsfaktum. (2) Der opstår i denne forbindelse den mulighed, at den skatteretlige begrebsanvendelse udvikler sig forskelligt i forhold til det civilretlige udgangspunkt, hvormed der kan opstå en selvstændig skatteretlig civilret.

3.3.2.6. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Der findes ikke nogen skatteretlig definition af en aktionær. Når der imidlertid henses til, at aktieselskaber er en juridisk fiktion, som skatteretten nødvendigvis må forholde sig til, kan en aktionær i skatteretlig henseende ikke uden videre adskille sig fra den civilretlige afgrænsning af samme, jf. Del IV, kapitel 18, afsnit 7.4. Man kunne derfor på linie med udledningerne på det anførte sted argumentere for, at der som udgangspunkt må gælde et *stærkt retskildebestemt kongruenskrav* samt

tillige et stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov. Disse krav/behov gælder for skatteretten i almindelighed, idet der ej heller kan tillades en varierende intradisciplinær begrebsanvendelse.

Aktionærbegrebet må herefter fortolkes i overensstemmelse med civilrettens aktionærbegreb¹⁴⁶. Ud over ovenstående kan en sådan konstatering baseres på det forhold, at der ikke findes en skatteretlig aktionærdefinition. I overensstemmelse med den almindelige fortolkningsregel, som er præsenteret i Del II, kapitel 7, § 2, må en sådant begreb fortolkes i overensstemmelse med den almindelige forståelse heraf, såfremt der findes en sådan. For så vidt angår aktionærbegrebet, er der næppe tvivl om, at den almindelige juridiske forståelse af begrebet aktionær er identisk med den civilretlige (selskabsretlige) forståelse heraf.

3.3.2.7. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3

A) Ophør og indtræden af aktionærforholdet

Som nævnt findes der ikke nogen direkte skatteretlig aktionærdefinition. I visse situationer bliver det i sidste ende et *bevisspørgsmål*, om der foreligger den fornødne aktionærstatus¹⁴⁷.

146. I specifik sammenhæng se tilsvarende I. A. Strobel: Maskeret udbytte, SkatteOrientering, S.4., 1998, s. 7 f.

147. I TfS 2003, 409 V Nicolai Stærdal, blev der ikke tilladt fradrag for tab på aktier, idet ejerskab til disse ikke var godtgjort. I TfS 1993, 416 H Holdingselskabet Ebbe Petersen, Sønderø A/S, blev der ikke givet tilladelse til sambeskatning, idet der ikke fandtes at foreligge bevis for en aftale om overdragelse af aktier med henblik på opfyldelse af det nødvendige ejerskabskrav. Derimod fandtes et anpartshaverforhold at bestå i TfS 2003, 743 H Henrik Uhrenholt. Sagen drejede sig om, hvorvidt et ejendomsprovenu som skatteyderen havde fået tiltransporteret fra selskabet, skulle anses som maskeret udbytte, jf. LL § 16 A. Skatteyderen var direktør i selskabet og eneste ansatte og tegningsberettigede i selskabet. Skatteyderen påstod, at anparterne var solgt til en udlandsdanske og senere til et I/S og, at der var sket en afregning af provenuet overfor disse. Skatteyderen havde i forbindelse med selskabets tvangsopløsning for Sø- og Handelsrettens skifteafdeling forklaret, at han var ejer af anparterne, men trak senere i land. I selskabets anpartshaverfortegnelse stod udlandsdanskere oplyst som ejer af anparterne. Højesteret lagde til grund, at skatteyderen var direktør og eneste ansatte og tegningsberettigede i selskabet, at han foretog alle væsentlige dispositioner vedrørende selskabet, herunder salg af selskabets eneste aktiv (en fast ejendom), at han på selskabets vegne underskrev transporterklæringen, hvorefter provenuet ved salget af ejendommen skulle udbetales til ham, at skatteyderens forklaring om baggrunden for transporten ikke nærmere var bestyrket og, at der ikke for Højesteret var fremlagt dokumentation for pengeoverførsler, regnskabsmateriale eller andet, der kunne bestyrke forklaringerne om udlandsdanskernes og senere I/S'ets erhvervelse af anparterne. En-

Aktiebegrebet i aktieavancebeskatningsloven omfatter både aktier i danske aktieselskaber og aktier i udenlandske selskaber, der svarer til danske aktie- og anpartsselskaber¹⁴⁸. Den præcise afgrænsning af aktiebegrebet er ikke så væsentlig, da loven også finder anvendelse på lignende værdipapirer¹⁴⁹. Dog er det under alle omstændigheder nødvendigt at fastslå, hvad der skal forstås ved en aktionær mv. samt at fastslå, hvornår en sådan position ophører henholdsvis indtræder. Ved tegning af danske aktier er en registrering af kapitalforhøjelsen hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en nødvendighed for at anerkende aktiebesiddelsen såvel i selskabsretlig som i skatteretlig henseende¹⁵⁰.

Det forudsættes i aktieavancebeskatningsloven, at skattepligten ved aktieafståelser påhviler en aktionær eller anpartshaver mv.¹⁵¹ Det ligger implicit i samtlige lovens regler, at der er tale om et aktionærforhold. Selve aktionærbegrebet er imidlertid ikke afklaret i loven, dennes forarbejder eller andre fortolkningsbidrag. Der findes som nævnt ikke meget vejledning til forståelsen af selve aktionærbegrebet¹⁵². Dog må det af sammenhængen udledes, at en aktionær er »ejereren« af en aktie. Dette fremgår også af ABL § 2, stk. 1, og § 4, stk. 1, hvorefter der tales om »erhvervede« korttids- og langtidsaktier. Det fastslås endvidere i ABL § 1, stk. 4, in fine, at skattepligten i henhold til loven tillige påhviler SEL § 1, stk. 1, nr. 6-foreninger i det omfang de »besidder« aktier, der er omfattet af deres erhvervsmæssige virksomhed og ABL § 5, stk. 2, »... hvis en aktionær ejer aktier ...«.

delig blev der lagt vægt på, at forklaringerne om videregivelse af provenuet af ejendomssalget ikke var søgt dokumenteret. Herved fandt Højesteret heller ikke grundlag for at betvivle rigtigheden af de oplysninger, der var tilført skifterettens retsbog, hvorefter skatteyderens havde forklaret, at anparterne ejedes af ham. På denne baggrund tiltrådte Højesteret, at anparterne reelt ejedes af skatteyderen og, at provenuet blev anset som en udlodning til ham.

148. Jf. eksempelvis LSRM 1967.11, og LSRM 1968.94.

149. Jf. *Henrik Peytz*: Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, 2003, s. 37.

150. Jf. sagsforløbet i TfS 1996, 603 V *Advokat A*, og TfS 1984, 189 Ø *Allan Jørgen Rosenvinge*, hvor der ikke anerkendtes tabsfradrag for aktier erhvervet på baggrund af en kapitalforhøjelse, som ikke var blevet registreret. Tabet ansås i stedet som et formuetab, jf. SL § 5a. Som det ses holdes den formelle fane højt. Tilsvarende må det antages, at formalia vedrørende aktionærpositioner er afgørende når dette kan være til skatteyderens gunst.

151. Herved bortses fra, at loven tillige finder anvendelse på andelsbeviser, konvertible obligationer, omsættelige investeringsforeningsbeviser mv., jf. ABL § 1, stk. 1, samt tegningsretter (warrants), jf. ABL § 1, stk. 2.

152. Denne konstatering skal dog ikke forstås som en kritik, idet det hører til de absolutte undtagelsestilfælde, at der opstår tvivl om, hvem der er aktionær, anpartshaver mv. i lovens forstand.

Det må lægges til grund, at ABL som udgangspunkt opererer med et civilretligt aktionærbegreb og herunder tillige med et civilretligt ejendomsretskriterium. Det antages til tider, at skatteretten har udviklet sit eget ejendomsretskriterium. En sådan konstatering udspringer blandt andet af Højesterets dom i TfS 2000, 1011 H *Simon Bent Sørensen*. Dommens resultatet tages af *Leif Sundby*¹⁵³, *Erik Werlauff*¹⁵⁴ og *Aage Michelsen*¹⁵⁵ til indtægt for eksistensen af et selvstændigt skatteretligt ejendomsbegreb, der kan medføre en afvigelse fra det civilretlige ejerskab, som parterne har aftalt¹⁵⁶. Hvori forskellen nærmere består, er ikke analyseret, idet forfatterne så vidt ses alene når deres resultat med henvisning til den foretagne konkrete realitetsbedømmelse. En sådan er vel næppe alene karakteristisk for ejendomsretsbegrebet. Dog er der enighed om, at ejendomsretsbegrebet i almindelighed er et relationsbegreb, hvorfor der så vidt ses, ikke er noget til hinder for en forskellig begrebsanvendelse på tværs af juridiske discipliner.

For denne kontekst er det centralt at afdække, hvornår en aktionærposition i henhold til ABL opstår henholdsvis ophører, herunder ved afståelse. Spørgsmålene hænger naturligvis sammen, idet opgivelsen af aktionærpositionen for den ene part rent logisk må medføre etableringen af en tilsvarende aktionærposition for en anden part. Om afståelsesbegrebet i ABL kan det vel generelt siges, at en aktionærposition ophører samtidig med ejerskabet¹⁵⁷.

I TfS 1998, 397 H *Kurt Hall Jørgensen*, var sagens problem, på hvilket tidspunkt en afståelse af aktier skulle anses for at have fundet sted i relation til den dagældende aktieavancebeskatningslovs tre-års

153. I SpO 2001, s. 62 ff.

154. I UfR 2001, B, 421.

155. I Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, s. 231.

156. Modsat denne opfattelse anfører *Kurt Siggaard* imidlertid i TfS 2003, 435 med note 6, at Højesterets præmisser ikke nødvendigvis synes at føre til en sådan konklusion. Derimod antager forfatteren, at Højesteret har taget stilling til, at skatteyder ikke var ejer i civilretlig henseende, hvorfor han ej heller i skattemæssig henseende har været medejer.

157. Jf. TfS 1998, 397 H *Kurt Hall Jørgensen*, samt *Henrik Peytz*: Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, 2003, s. 58, og *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 136. Sidstnævnte finder s. 160, at skatteretten må antages tilnærmelsesvis at følge den civilretlige regulering fuldt ud ved en vurdering af, om der foreligger afståelse.

frist for fradrag af tab ved afståelse af aktier¹⁵⁸. Skattemyndighederne havde gennem en årrække opretholdt en praksis, hvorefter tab på aktier skulle fratrækkes i det indkomstår, hvor det med fornøden sikkerhed kunne sandsynliggøres, at selskabets kapital var tabt. I den konkrete sag fandt skattemyndighederne, at kapitalen var tabt før det tidspunkt, hvor skatteyderen havde været ejer af aktierne i 3 år. På linie med Landsrettens mindretal bemærkede Højesteret, at den af skatteministeriets hævdede fortolkning af aktieavancebeskatningslovens § 1, stk. 2, hverken havde hjemmel i lovens § 1, stk. 2, eller i andre bestemmelser i loven eller lovens forarbejder. Videre fandt Højesteret, at den af skattemyndighederne fremførte fortolkning var i strid med grundprincippet i SL § 5 a. Endelig anførte Højesteret, at det forhold, at aktierne som følge af selskabets endelige opløsning ikke længere eksisterer, nødvendigvis anses for omfattet af begrebet afståelse. ABL § 1, stk. 2, måtte herefter efter Højesterets vurdering forstås således, at *afståelsestidspunktet er tidspunktet for ejendomsrettens ophør* ved overdragelse eller på anden måde, herunder ved selskabets endelige opløsning¹⁵⁹. Højesteret bemærkede herefter, at skattemyndighederne ikke havde haft hjemmel til at nægte Kurt Hall Jørgensen – der indtil selskabets endelige opløsning fortsat var ejer af aktierne – det omtvistede tabsfradrag. TfS 1998, 397 H er efter min vurdering udtryk for rendyrket lovforklaring på skatterettens område¹⁶⁰. Resultatet indebærer en civilretskonform fortolkning, idet Højesteret lægger vægt på ejendomsrettens ophør som udslagsgivende ved den skatteretlige vurdering. Et sådant udfald er baseret på den omstændighed, at det civilretlige ejendomsretsbegreb er lagt til grund ved vedtagelsen af aktieavancebeskatningsloven¹⁶¹. På dette grundlag kan der siges at bestå et retskildebestemt kongruenskrav. Højesteret lagde sig med dommen tæt op ad en ordlydsfortolkning af skattelovgivningen, hvilket resulterer i en

158. Se om sagen *Ole Bjørn* i SR-Skat 1988, s. 134, *I. A. Strobel* i SpO 1998, s. 134 ff, *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 136 ff (s. 138 ff), *Erik Werlauff* i TfS 1999, 237, og *Tommy V. Christiansen* i JUS 1998/22.

159. Det præcise tidspunkt for ophøret er selskabets afmelding i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. TfS 2005, 45 LSR. Denne kendelse er analyseret hos *Inge Langhøve Jeppesen* i TfS 2005, 554, der finder praksis acceptabel.

160. Se også *Aage Michelsen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 98, og *Jacob Graff Nielsen*: Legalitetskravet ved beskatning, 2003, s. 326.

161. Jf. bemærkningerne til § 2, nr. 6-8, i lov om særlig indkomstskat (lov nr. 256 af 11.6.1960) i FT 1959-60, tillæg A, spalte 1069 ff. Disse bestemmelser videreførtes af § 1, stk. 2 og 3, i aktieavancebeskatningsloven, jf. FT 1980-81, tillæg A, spalte 3323 ff.

civilretskonform retstilstand, idet det civilretlige afståelsesbegreb ej heller omfatter den omhandlede situation¹⁶². Hele sagsforløbet synes at være et eksempel på, at skatteretten forsøger at løsrive sig fra civilretten, endda i en sådan situation, hvor der består et retskildebestemt kongruenskrav.

I det følgende undersøges skatteretlig rets- og administrativ praksis med henblik på at vurdere, om udgangspunktet fraviges.

En aktionær kan efter omstændighederne have *bibeholdt så vidtgående beføjelser i forbindelse med en overdragelse*, at der ikke anes for at være etableret en ny aktionærposition. En overdragelse må som hovedregel medføre, at overdrageren uigenkaldeligt har fraskrevet sig rådigheden over aktierne.

Forbeholder sælger sig *retten til udbytte* på de overdragne aktier, herunder ret til fremtidige friaktier, udelukker dette ikke, at afhændelse har fundet sted. Begrundelsen er formentlig, at en udbyttebegrænsning ikke medfører nogen begrænsning i rådighedsadgangen over aktierne.

Af større betydning er derimod et *stemmeforbehold*, der fratager køberen den reelle indflydelse og rådighed over aktien.

Dette forhold belyses i TfS 1989, 110 Ø *Hans Ludvigsen*¹⁶³. Sagen omhandlede en skatteyder, der inden ABL's ikrafttræden i 1981 ejede aktiemajoriteten i et selskab. Da ABL blev indført, medførte dette, at tab fremover kun kunne modregnes i anden tilsvarende gevinst (reglen er senere ændret). For ikke at miste muligheden for tabsfradrag overdrog skatteyderen først en del af sine aktier til sine mindreårige børn og siden den resterende del af aktierne til sin bror. Begge overdragelser fandt sted til en meget lav kurs. I forbindelse med overdragelsen forbeholdt skatteyderen sig uden tidsbegrænsning den fulde stemmeret over de overdragne aktier. Da endvidere aktierne ifølge selskabets vedtægter ikke kunne omsættes frit uden godkendelse fra den samlede bestyrelse, hvortil skatteyderen i kraft af sin stemmeret reelt havde hele indflydelsen, fandt Landsretten, at overdragelsen var betinget på en sådan måde, at den ikke kunne tillægges skatteretlig betydning som en

162. Højesteret har tillige konstateret, at aktieavancebeskatningslovens regler om *erhvervelsестidspunkt* for aktier og anparter mv. må forstås i overensstemmelse med obligationsrettens regler herom. Dette vil sige, at der sker erhvervelse ved ejendomsrettens overgang eller på anden måde, jf. TfS 2001, 235 H *Brødrene Karlborg*. Også dette resultat må antages at være et direkte udslag af almindelig lovfortolkning.

163. Se hertil *Flemming Heden Knudsen* i R&R 1989 SM 104 ff, og *Ulrik Gorm Møller*: Skatterådgivning – metode og teknik, 1996, s. 134 f.

afhændelse. Landsrettens væsentligste begrundelse var således det tidsubegrænsede stemmeretsforbehold. Implicit anerkendes dog tidsbegrænsede stemmeretsforbehold. Der blev endvidere lagt vægt på skatteyderens reelle mulighed for at nedlægge veto mod alle fremkomne forslag i selskabets bestyrelse, idet en sådan ret ikke fandtes for de øvrige bestyrelsesmedlemmer.

Trods Landsrettens noget kategoriske afvisning af, at der forelå en afståelse, kan det dog ikke heraf udledes, at ethvert tidsubegrænset stemmeretsforbehold automatisk vil medføre, at overdragelsen ikke anerkendes i skatteretlig henseende¹⁶⁴.

Sælger havde også bibeholdt væsentlige beføjelser i TfS 1996, 66 Ø *Flemming Johansen*. I sagen blev der nægtet fradrag for skatteyderens aftægtsydelser til dennes fader. Baggrunden var, at sønnen havde erhvervet faderens aktier i to selskaber, og købesummen berigtigedes som en løbende ydelse. Til sikkerhed for købesummen blev aktieposten inklusive stemmeretten håndpantset hos faderen. Fradraget blev nægtet med henvisning til, at der ikke forelå en modydelse og dermed, at der ikke forelå en gensidigt bebyrdende aftale, idet der ikke forelå en reel overdragelse af de omhandlede aktier. Landsskatteretten fandt fradragsbegrænsningen berettiget, idet retten ikke fandt, at der var tale om en reel afhændelse. Der blev herved henset til, at såvel aktierne som stemmeretten hertil ville forblive hos faderen indtil dennes død. Østre Landsret fastholdt resultatet, men begrundede dette med, at faderen havde bibeholdt så vidtgående beføjelser, at aftalen ikke kunne anses for at være en gensidigt bebyrdende aftale. Det afgørende i denne sag blev således en håndpantsetning kombineret med en stemmeretsoverdragelse.

Det må også civilretligt antages, at en kombination af disse forhold i visse tilfælde kan medføre, at der ikke anses at foreligge en afståelse. Af denne årsag kan det ikke uden videre lægges til grund, at TfS 1996, 66 Ø er udtryk for en skatteretlig fravigelse fra civilretten.

Der kunne endvidere stilles det spørgsmål, om hidtidigt eksisterende aktionærpositioner i retspraksis tillige er blevet opretholdt trods det forhold, at der var sket en overdragelse til en interesseforbunden part. Spørgsmålet er nærliggende for retspraksis vedrørende *koncerninterne*

164. Jf. *Flemming Heden Knudsen* op.cit.

*aktietab*¹⁶⁵. Det må herom anføres, at det i disse sager ikke er aktionærpositionen der opretholdes, men derimod at konstatering af et reelt tab er en forudsætning for tabsfradragets ret, idet koncernen som helhed fortsat råder over de samme værdier¹⁶⁶. Der er således efter min vurdering ikke megen vejledning af hente i denne praksis vedrørende det skatteretlige aktionærbegreb.

Praksis om *salg og genkøb* af aktier i interessefællesskaber har dog fokuseret på, hvorvidt der foreligger et reelt salg eller ej¹⁶⁷. Heraf kan udledes, at det er afgørende for bedømmelsen, at der foreligger en reel mulighed i ændringer i aktiekursen i perioden fra salg til genkøb¹⁶⁸. Det er dog en forudsætning herfor, at der i civilretlig henseende foreligger en overdragelse. Implicit kan det således konstateres, at der i skatteretlig henseende ikke foreligger ophør af en aktionærposition, hvis der sker overdragelse for en kortere periode med begrænset risiko for æn-

165. Se om denne praksis *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse, s. 288, s. 358 f, og s. 414 ff, og samme i Skatteretten 1, 2004, s. 444, og samme i Transfer pricing – i international skatteretlig belysning, 1998, s. 45 f, *Hanne Søgaard-Hansen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 513 f, samt LV 2005 S.G.4.5., om konstruerede tab. Også i norsk ret har spørgsmålet om fradrag for tab ved koncerninterne aktieoverdragelse påkaldt sig en vis interesse, jf. Rt 2002, s. 456 HD *Hydro*. I valget mellem lovfortolkning eller anvendelse af den ulovfæstede omgængelsesklausul, blev sidstnævnte fremgangsmåde anvendt, selvom denne konkret ikke fandt anvendelse.

166. Jf. UfR 1973, 408 Ø *Industriaktieselskabet John Meyer*, UfR 1965, 802 Ø, TfS 1986, 125 H *A/S Handels Kompaniet Theokruma* (U 1986, 295 H). Det er dog tillige blevet anført, at denne praksis vedrørende underkendelse af koncerninterne aktietab forudsætter, at de overdragne aktier så at sige »bliver i systemet«, således at der alene er tale om et formelt, men ikke reelt ejerskifte – altså en forklaring af praksis efter realitetsgrund-sætningen. Civilretligt må det antages, at der har foreligget reelle ejerskifter. Hertil må det dog bemærkes, at der intet er i præmisserne, der indikerer, at selve ejerskiftet underkendes.

167. I TfS 1992, 156 Ø *Jens Amtoft*, ønskede en skatteyder at undgå konsekvenserne af ABL's ikrafttræden. Da der imidlertid forelå egentlige pro forma overdragelser tilsidesatte Landsretten de foretagne aktiehandler. Der blev i denne forbindelse særligt henset til følgende forhold, der blev anset som værende så usædvanlige, at der måtte påhvile skatteyderen en dokumentationspligt: at der ikke var udstedt aktiebreve, at handlen skete på kredit uden angivelse af anden betalingstid, end at den indtrådte ved sælgers påkrav, og at sælger havde tilbagekøbspligt. Også i TfS 1986, 604 Ø *Ebbe Petersen*, var der tale om en overdragelse fra skatteyderen til et af denne helejet selskab umiddelbart inden ABL's ikrafttræden med henblik på at konstatere et tab. Skatteyderen tilbagekøbte aktierne det følgende år for 0 kr. Landsretten fandt, at skatteyderen ikke havde godtgjort, at der var sket en endelig overdragelse af aktierne, hvorfor der ikke kunne tillades tabsfradrag. Der blev herved henset til den omstændighed, at der var sket salg og genkøb.

168. Jf. det ledende præjudikat i TfS 1999, 289 H *Bygge & Finans A/S*, der dog anerkendte tabsfradragets ret.

dringer i børskursen. Hermed opstår ej heller en ny aktionærposition for modparten under de tilsvarende omstændigheder. Bedømmelsen af disse forhold må være konkret.

Det kan også forekomme, at en aktionær *påtager sig så vidtgående indskrænkninger i eller aftaler ændringer af ejerbeføjelserne*, at dette efter omstændighederne kan medføre, at aktien anses for afstået.

Det ledende præjudikat i denne forbindelse er TfS 1999, 214 H *Allan Andersen*, der netop omhandler afståelsesbegrebet i aktieavancebeskatningsloven. I sagen havde en aktionær udstedt en køberet på sine aktier i et selskab, idet han samtidig havde solgt en del af aktierne og optaget et lån hos køber. De resterende aktier i selskabet blev håndpantset hos kreditor (køber). Det fremgik af pantehæftelsen, at panthaver havde stemmeretten over de pantsatte aktier. Endvidere var der særskilt aftalt, at kreditor kunne udnytte stemmeretten til at stemme for en fusion med kreditorselskabet. Endelig var tegningsretten i tilfælde af kapitalforhøjelse tildelt kreditor. Udbytte af aktierne tilkom debitor. Der blev indgået en aktionæroverenskomst, der begrænsede den årlige udbytteudlodning, på de aktier hvor køberselskabet havde køberet til, hvad der svarede til lånets forrentning.

Sagen er interessant, idet skattemyndighederne gjorde gældende, at de økonomiske realiteter var, at aktionæren ved køberetten havde fralagt sig den fulde ejerbeføjelse over aktierne. Told- og skattestyrelsen gjorde gældende, at der ikke nødvendigvis er parallelitet i den civilretlige og den skatteretlige bedømmelse. Styrelsen henviste endvidere til, at det er usædvanligt, at stemmeretten afgives ved pantsætning¹⁶⁹. Ejerbeføjelsens overgang ved pantsætningen illustreres efter skattemyndigheders opfattelse ved, at restkøbesummen for aktierne betales straks gennem det optagne lån. Arrangementet var ubestrideligt til dels gennemført af skattemæssige årsager, idet aftalen skulle sikre, at aktierne kunne sælges skattefrit efter 7 års ejertid.

Under proceduren blev det anført, at afståelse var sket, idet skatteyderen reelt var stillet, som om han havde afhændet hele sin aktiepost. Således modtog han reelt betaling for aktierne gennem låneoptagelsen samtidig med at han – bortset fra udbytteretten – afgav sine ejerbeføjelser gennem afgivelse af stemmeretten og tegningsretten. Da der sam-

169. Retstilstanden er vel imidlertid den, at stemmeretten i mangel af aftale forbliver hos pantsætter. Se *Erik Werlauff*: Generalforsamling og beslutning, 1983, s. 374, der konstaterer, at det er ganske sædvanligt at panthaver betinger sig stemmeretten.

tidig som følge af udbytteaftalen ikke var tale om nogen likviditetsbelastning for skatteyderen, medførte en samlet bedømmelse, efter skattemyndighedernes opfattelse, at der ikke var nogen reel risiko og, at begge parter reelt blev stillet, som om der var sket en overdragelse af aktierne, hvorfor arrangementet, uanset de civilretlige forhold, måtte tilsidesættes i skattemæssig henseende.

Højesterets flertal (3) fandt, at det var usandsynligt, at køberetten ikke ville blive udnyttet, hvorfor der i skattemæssig henseende forelå en afståelse af aktierne i medfør af ABL § 2, stk. 1¹⁷⁰. Højesterets mindretal (2) fandt imidlertid, at der på aftaletidspunktet var en *sådan usikkerhed om det videre kontraktsforløb*, at der ikke fandtes grundlag for at anse ejendomsretten til aktieposten for afstået på tidspunktet for køberettens meddelelse og gældsaftalens indgåelse¹⁷¹.

Det er ikke muligt af Højesterets præmisser at se, hvilken vægt opgivelsen af aktionærbeføjelserne blev tillagt, idet resultatet er baseret på en helhedsbedømmelse af handlen. Overdragelsen af stemmeret og tegningsrettighederne indgik imidlertid i Vestre Landsrets samlede bedømmelse. Hvad der just er anført om Højesterets præmisser, må også siges om Vestre Landsrets præmisser, idet der også her var tale om en helhedsbedømmelse, hvor også andre momenter inddrages. Det skal dog bemærkes, at en stemmeretsoverdragelse kombineret med en pantsætning også civilretligt kan medføre, at erhververen konkret anses for tildelt så vidtgående beføjelser, at forholdet i realiteten må sidestilles med en aktieoverdragelse, jf. forudsætningen i UfR 1960, 304 H¹⁷². Som det ses, kan det således også i civilretlig henseende forekomme, at en overdragelse af ejerbeføjelser medfører, at der faktisk er sket en overdragelse af ejendomsretten. Udfaldet af en tvist om aftalens civilretlige konsekvenser kan ikke forudsiges, men der synes tillige at være risiko for en civilretlig tilsidesættelse. Det er derfor ikke givet, at dom-

170. Dommen er kommenteret af *Jan Pedersen* i R&R 1999 SM 166 ff, *Ole Bjørn* i SR-Skat 1999, s. 214 f, og *Jan Gulmand Hansen* i SR-Skat 1999, s. 250 ff.

171. En tilsvarende formulering er anvendt i TfS 1996, 469 H *Peter Charles Andreasen*, hvor et ejertidsnedslag vedrørende fast ejendom blev mindske, idet der trods en samtidig køberet og købepligt i 1979 fandtes at være en sådan grad af usikkerhed om det videre kontraktsforløb, at ejendommen først kunne anses for erhvervet ved købet i 1984.

172. Sagen drejede sig som nævnt ovenfor om, hvorvidt en forkøbsret til aktier bestod og hvorvidt denne var blevet aktuel. Højesteret bemærkede at: »... *De indgåede aftaler som helhed indebar en sådan råden over Svend Nielsens aktier og rettigheder, at de i forhold til de indstævnte ganske må sidestilles med en fuldbyrdet overdragelse af aktierne ...*«. Se hertil *Erik Werlauff*: Generalforsamling og beslutning, 1983, s. 370.

men er udtryk for en skatteretlig fravigelse fra civilretten, og dommen undsiger dermed ikke per se synspunktet om, at ABL også i praksis baseres på et civilretligt ejendomsretskriterium¹⁷³. Det må dog holdes for øje, at der med formuleringen »stillet som om aktierne da blev solgt«, er nærliggende at antage, at Højesteret ikke har ment, at der også i civilretlig henseende har været tale om et salg allerede på det oprindelige aftaletidspunkt¹⁷⁴.

Som udgangspunkt fokuserer skattemyndighederne på den civilretlige aftale og anerkender, at afståelse af aktier og andre aktiver først sker, når der foreligger en endelig accepteres aftale herom. Dette vil typisk sige på det tidspunkt, hvor købe- eller salgsretten udnyttes. Aftaleretligt er der indtil denne accept tale om et tilnød. Selve udstedelsen af en købe- eller salgsret medfører som udgangspunkt ingen skattemæssige konsekvenser. Indgåelsen af modgående købe- og salgsretter kan imidlertid indebære en betydelige indskrænkning i aktionærbeføjelserne eller stille parterne som om handlen allerede er gennemført på tidspunktet for indgåelsen af købe- og salgsretsaftalen.

En direkte stillingtagen til problemstillingen vedrørende indgåelsen af modgående købe- og salgsretter er nu fremkommet ved Højesterets dom af 11.11. 2005, jf. TfS 2005, 933 *Newpond ApS*. Sagen drejede sig om afståelsestidspunktet for en aktiepost, hvortil der i maj 1999 blev indgået en køberet. I sagen havde selskabet afstået aktier i et andet selskab. Ved købet af ca. 75% af kapitalen opnåede køber en køberet til de resterende aktier for ca 92 mio. kr. Køberetten kunne gøres gældende fra 1.8.2001 og bortfaldt, hvis den ikke var gjort gældende senest 30.4.2002. Såfremt køber ikke udnyttede køberetten, havde selskabet

173. Ole Bjørn forudsætter dog i SR-Skat 1999, s. 214 f, at der i sagen var tale om et civilretligt gyldigt aftalekompleks. Endda antages det at være ubestrideligt, at der i civilretlig henseende ikke kunne anses for at have fundet en overdragelse sted. Forfatteren tager dommen til indtægt for, at der er sket en skatteretlig bedømmelse, der afviger fra den civilretlige og, at resultatet dermed er nået ud fra en skatteretlig realitetsbedømmelse. Jan Pedersen antager tillige i R&R 1999 SM 116, at der var tale om en gyldigt civilretligt aftale. Denne forfatter antager, at dommen ud fra en umiddelbar betragtning er vidtgående, men dog efter nærmere analyse ikke overraskende, idet aftalen efter forfatterens opfattelse kan sammenlignes med en resolutivt betinget aftale med en beskeden risiko for betingelsens indtræden. De facto opnås derfor fuld ejendomsret til aktierne allerede ved aftalens indgåelse. Set i dette lys finder forfatteren som nævnt ikke resultatet overraskende. Om forfatteren herved faktisk også mener, at der er sket civilretlig afståelse er ikke helt tydeligt.

174. Jf. Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 99. Se dog den nævnte UfR 1960, 304 H.

(og de øvrige aktionærer) en ret til at sælge aktieposten for ca. 121 mio. kr. Landsskatteretten fandt, at der forelå afståelse af aktierne ved køberettens udstedelse ud fra en omgængelsesbetragtning af 3-års reglen i ABL. Således som aftalekomplekset var udformet fandt Østre Landsret og Højesteret, at det i maj 1999 måtte have *stået som sandsynligt for parterne*, at køberetten til aktierne ikke som forudsat ville blive udnyttet af køber. Der blev herved lagt vægt på, at køberetten var kombineret med en salgsret, samt på den meget betydelige prisforskel på de to rettigheder. Der blev endvidere lagt vægt på, at selskabet var afskåret fra at disponere over aktierne i strid med køberetten, idet en overdragelse blandt andet krævede bestyrelsens samtykke. Det blev ikke tillagt betydning, at stemmeretten og udbytteretten til aktierne ikke blev overdraget til køber, idet køber ejede 75% af kapitalen. Såvel Østre Landsret som Højesteret fandt derfor, at aktierne i skattemæssig henseende måtte anses for afstået på tidspunktet for aftalens indgåelse i maj 1999. Da aktierne havde været ejet i mindre end 3 år, var avancen skattepligtig.

Dommen må ses som udslag af en konkret vurdering, hvorved det bedømmes, om det efter en bevisvurdering må stå parterne klart, at der vil ske en overdragelse og, at der dermed ikke er en sådan grad af usikkerhed om, hvorvidt en afståelse vil ske.

*Pantsætning af aktier med tilhørende stemmeret og faktisk udnyttelse heraf i kombination med salgsfuldmagt har i praksis ikke indebåret en afståelse af aktierne*¹⁷⁵.

Ophør af en bestående aktionærposition er tillige nærliggende ved såkaldte *aktielåneordninger*¹⁷⁶. Dansk skatteretspraksis på dette område kan vel sammenfattes sådan, at udlånet ikke udgør en afståelse af ak-

175. Jf. TfS 2002, 890 V *Per Dahl Knudsen*.

176. En aktielåneordning kan udformes i mange varianter, men indebærer typisk, at långiver udlåner aktier til låntager på aftaletidspunktet. Formålet kan variere, men vil ofte være såkaldt baisse-spekulation eller i forbindelse med aktie-emissioner. I løbetiden har långiver ret til at opsiges aftalen. Eventuelle fondsaktieemissioner tilfalder långiver ved tilbageleveringen af aktierne, ligesom denne skal kompenseres for nytegninger. Låntager har derimod samtlige aktionærbeføjelser, og kan således i løbetiden disponere over aktierne, modtage udbytte, dog mod afregning heraf til långiver, uanset ejerskabet og råde over stemmeretten til aktierne. På forfaldtidspunktet tilbageleveres tilsvarende aktier (samme mængde og type), men ikke nødvendigvis de samme aktier. Det anføres direkte i Finansrådets og Børsmæglerforeningens standardvilkår for lån af aktier, at ejendomsretten til de lånte aktier overgår fra långiver til låntager. Se om disse vilkår *Niels Neergaard & Helle Soby Thygesen* i R&R 1999/8, s. 35 ff.

tierne for långiver¹⁷⁷. Dette gælder dog kun, såfremt låntager ikke misligholder låneaftalen, hvorved långiver må foretage dækningskøb, idet der i disse situationer vil være tale om afståelse på udlånstidspunktet. Samtidig er det fastslået, at låntagers eventuelle gevinster og tab i låneperioden skal beskattes i henhold til SL § 4¹⁷⁸. På dette område synes praksis således nu logisk konsistent, og formentlig erhvervspolitisk begrundet¹⁷⁹. Det synes dog ud fra en teoretisk synsvinkel tvivlsomt at anerkende, at en de facto opgivelse af en aktionærposition ikke behandles som sådan. Det afgørende synspunkt bag praksis har tilsyneladende været, at der er tale om lån til eje. Lån til eje kendetegnes ved, at der sker en overførsel af ejendomsretten, således at modtageren skal tilbagelevere en ydelse af samme art og beskaffenhed som den modtagne. Synspunktet er formentlig, at aktier, ligesom penge kan være af så generisk karakter, at långiver må være indifferent over for, hvilke aktier der tilbageleveres¹⁸⁰. Det ses af oplysningerne i aktielånesagerne, at samtlige aktionærbeføjelser overgår til låntagere, at ejendomsretten anses for overgået til låntager, og at tilbageleveringen ikke skal ske med den samme aktie. Det er da også svært at forestille sig, at låntagers kreditor ikke skulle kunne støtte ret på, at ejendomsretten ligger hos låntager.

Ophør af bestående aktionærpositioner gennem afståelse har i dansk ret haft ganske stor bevågenhed i forbindelse med *vedtægtsændringer i selskaber*. Spørgsmålet, der indtil til videre alene har været til prøvelse i administrativ praksis, har nærmere været, om ændringer i bestående vedtægter kan medføre, at aktierne anses for at være afstået¹⁸¹. Det

177. Jf. TfS 1999, 408 LR, TfS 2002, 755 LR og TfS 2004, 152 LSR. Se om denne praksis LV 2005 S.G.2.3.3., *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 145 ff, og *Henrik Peytz*: Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, 2003, s. 100 ff. Tidligere blev der med TfS 1989, 471 LR, anset at foreligge afståelse i tilfælde af aktieudlån til baissespekulation. Derimod blev der i TfS 1998, 357 LR, vedrørende en såkaldt »greenshoe« ikke anset at være sket afståelse. Begrundelsen fremgik dog ikke af afgørelsen.

178. Jf. TfS 2002, 755 LR. Tidligere var praksis, at låntagers eventuelle gevinster og tab skulle beskattes i henhold til ABL, jf. TfS 2001, 146 LR. Denne praksis er nu – med rette – forladt. Det synes ikke holdbart på den ene side at konstatere, at aktielån ikke medfører ophør af en aktionærposition og på den anden side samtidig medfører etablering af en ny aktionærposition. Beskatning udløses, selvom dette ikke ser i henhold til ABL, som netop forudsætter tilstedeværelsen af en aktionærposition.

179. Se også *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 56, der anser praksis for at tilpasse sig erhvervslivets behov.

180. Sml. *Bent Ramskov*: op.cit., og SpO 1999, s. 185.

181. Litteraturen herom er ganske omfattende. For en civilretlig behandling af emnet hen-

klare udgangspunkt må være, at vedtægtsændringer ikke medfører afståelse af aktier. Efter en konkret vurdering antages det dog til tider, at aktien qua vedtægtsændringen har ændret identitet, hvorfor dette må sidestilles med en afståelse af den oprindelige aktie. Efter praksis er dette dog kun tilfældet, når vedtægtsændringen medfører en formueforskydning mellem selskabets aktionærer. Den konkrete vurdering støtter sig op ad en række momenter¹⁸². Praksis vedrørende ændringer i stemmerettigheder kan sammenfattes således, at sådanne kun undtagelsesvis fører til, at der anses at foreligge afståelse¹⁸³. Derimod medfører vedtægtsændringer, der går ud på at ændre aktiernes udbytteret, at aktierne som udgangspunkt anses for afståede¹⁸⁴. Er formålet, at en del af aktiekapitalen fastfryses på det hidtidige kursniveau indebærer dette ligeledes en afståelse¹⁸⁵.

Spørgsmålet er, om domstolene ved en eventuel pådømmelse af spørgsmålet vil anlægge en ordlydsfortolkning af ABL § 1, stk. 2, eller foretage en samlet bedømmelse af dispositionerne. Særligt under hensynstagen til TfS 1998, 397 H *Kurt Hall Jørgensen* synes det rimeligt at antage, at den skitserede administrative praksis går længere end ABL § 1, stk. 2 umiddelbart indeholder hjemmel til¹⁸⁶.

vises til *Jørgen Nørgaard & Erik Werlauff: Vedtægter og aktionæroverenskomst*, 1995, og *Bent Ramskov: Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 177 ff. Den skatteretlige litteratur omfatter Skatteministeriets redegørelse om retssikkerhed, 1992, s. 138 ff, Skattepolitisk Redegørelse, 1994, s. 126 ff, Betænkning nr. 1392/2000 om aktieavancebeskatning, *Jørgen Nørgaard & Erik Werlauff: Op.cit.*, s. 149 ff, *Søren Rasmussen & Preben Underberg Poulsen: Aktieavancebeskatning*, 1995, s. 150 f, *Bent Ramskov: Op.cit.*, s. 185 ff, LV 2005 S.G.2.3.1.2., *Henrik Peytz: Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer*, 2003, s. 91 ff, *Eivind Christiansen: Beskatning af aktionærer*, 1998, s. 45 ff, *Susanne Nørgaard* i SR-Skat 1991, s. 79 ff, *Ole Bjørn* i SR-Skat 1992, s. 80 f, samme i SR-Skat 1992, s. 184 f, og samme i SR-Skat 1993, s. 320 f, *Svend Erik Holm* i R&R 1992 SM 175, samme i TfS 1993, 419, og *Niels Kristensen & Knud Tarnø* i RBL 1989/8, s. 33 ff, samt senest *Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 285.

182. Jf. LV 2005 S.G.2.3.1.2. Momenterne indebærer først og fremmest en identitetsvurdering af aktien, ved at undersøge indholdet af vedtægtsændringerne. Desuden indgår aktionærkredsens sammensætning sammenholdt med bevæggrundene for vedtægtsændringerne, samt hvad der skattemæssigt og økonomisk i øvrigt opnås herved. Disse momenter kritiseres af *Bent Ramskov: Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 185 ff.

183. Jf. R&R 1981 SM 187 SD, TfS 1988, 705 LR, TfS 1992, 130 LR, TfS 1992, 345 LR, TfS 1993, 285 LSR og TfS 1985, 170 LSR.

184. Jf. TfS 1989, 7 LR, TfS 1989, 536 LR og TfS 1994, 133 LSR.

185. Jf. TfS 1989, 78 LR.

186. Sml. *Henrik Peytz: Aktieavancebeskatningslovens med kommentarer*, 2003, s. 93, og *Hanne Søgaard Hansen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 508. *Bent Ramskov* kritiserer i *Intern selskabsomstrukturering*, 2001, s. 185, grundlæggende den skitserede praksis og betegner dele heraf som fejlagtig. Forfatteren anfører, at vedtægtsændringer

Del IV – Konfrontation

Det for konteksten relevante, er imidlertid blot, at en aktionærposition kan anses for at være ophørt, hvis der sker en formueforskydning mellem de eksisterende aktionærer gennem en ændring af de til aktien knyttede økonomiske rettigheder. Modsat dette har ændringer i de forvaltningsmæssige beføjelser ikke en tilsvarende skatteretlig virkning.

I visse situationer må det *formelt bestående aktionærforhold opretholdes*, selvom der er sket en massiv overdragelse af aktionærbeføjelser. Dette gælder særligt, hvis der ikke er anledning til at underkende aktionærpositionens eksistens efter en konkret realitetsbedømmelse.

I SKM 2003, 184 LR, påberåbte skatteyderen sig en realitetsbetragtning vedrørende ejerskab til aktier. Sagens faktum var, at AA/S sammen med to andre selskaber B og C ejede det udenlandske selskab D. AA/S ønskede at overdrage sin aktiebesiddelse til C. Der var indgået en gensidig købe- og salgsret. Således havde C en køberet (call option) på aktierne, mens AA/S havde en salgsret (put option) på aktierne. Aftalen herom løb imidlertid først fra 2.1. 2003, og forespørgslen fandt sted i 2001. AA/S ønskede straks at afhænde sin aktiebesiddelse, men C ønskede at vente indtil ikrafttrædelsen af den gensidige købe- og salgsret. Man valgte derfor den strategi, at AA/S og B overdrog deres aktieposter til et SPV (Special Purpose Vehicle), som var oprettet og ejet af uafhængige parter, mens AA/S og B dog ville stille garanti for selskabets betydelige fremmedkapital. Samtidig hermed skulle aktionæroverenskomsten, hvori nævnte købe- og salgsretter var aftalt, ændres således, at SPV nu indgik som aktionær. Samtidig påtænkte det, at C skulle have en køberet mod SPV til at købe samtlige aktier i D. Samtidig skulle SPV pantsætte samtlige aktier i D til C, når købe- eller salgsretten udløstes. Tillige skulle aktionæroverenskomsten ændres sådan, at C ville blive tillagt kontrol over bestyrelse og direktion. SPV var i alt

i civilretlig henseende ikke kan antages at indebære en ændring i ejerforholdet til aktien, idet dette fortsat består hos den hidtidige aktionær. Derimod antages det, at der kan være tale om afståelse af begrænsede rettigheder, hvilke dog efter forfatterens opfattelse ikke kan beskattes i medfør af ABL. Modsat dette anfører *Erik Werlauff* i UfR 2001 B, s. 421, at væsentlige og indgribende vedtægtsændringer efter en konkret bedømmelse kan sidestilles med afståelse, hvis de reelt har medført en identitetsændring for de berørte aktier. Tilsvarende ses *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 285 ff, at antage, at afståelsesbegrebet i ABL § 1, stk. 2, hjemler mulighed for, at en vedtægtsændring, der fører til en formueoverflytning, medfører at aktierne anses for afstået. Samme forfatter konkluderer, s. 273, at civilrettens styring inden for dette område må erkendes at være svag, idet hensynet til fiscus' tredjemandsposition gør, at det er berettiget at fortolke det skatteretlige afståelsesbegreb under hensynstagen hertil. At dette skulle være baggrunden for praksis ses der ikke at være holdepunkter for.

væsentligt afskåret fra at sælge og pantsætte aktierne. Ved køb af 1% yderligere af aktiekapitalen i D ville C kunne opnå fuld rådighed over generalforsamlingerne i D. Den daglige ledelse ville tillige tilkomme C's repræsentanter. Det var planlagt, at SPV i januar 2003 skulle overdrage sine aktier i D til C.

Som nævnt påstod A A/S, at der i realiteten var sket et direkte aktiesalg til C, og at hele salgssummen følgelig skulle anses som betaling for aktier og ikke som betaling for en salgsret, jf. KGL § 29. Det blev således anført, at det var parternes fælles hensigt, at C allerede ved overdragelsen til SPV ville opnå en ejers retsstilling og, at SPV ikke ville kunne udnytte nogen ejerbeføjelser i mellemprioroden. Med andre ord var spørgsmålet, om man som skatteyder så at sige kan fremdiskontere et aktieejerskab uden iagttagelse af civilretlige formalia.

Told- og Skattestyrelsen og Ligningsrådet fastslog imidlertid, at ejendomsretten ved overdragelsen ville overgå fra A A/S til SPV og ikke fra A A/S til C. Det forhold, at SPV's ejerbeføjelser i henhold til aftalegrundlaget mellem C og SPV i vidt omfang skulle indskrænkes, og at der var parterne hensigt, at SPV skulle overdrage aktierne til C, kunne ikke føre til, at SPV i skatteretlig henseende skulle anses for at have opgivet sin ejendomsret til aktierne. Ligningsrådet fastholdt derfor ejerskabet til aktierne hos den formelle erhverver heraf. Derfor fandtes der konkret at være tale om dels en aktieoverdragelse, dels en overdragelse af en salgsret.

Sagen viser således konkret, at aktionærstatus må bevares selv i situationer, hvor der sker en væsentlig overdragelse af aktionærbeføjelser. Det skal således ganske meget til for at ændre det formelle ejerskab¹⁸⁷. I modsætning til ovenstående praksis, hvorefter en frasigelse af vidtgående aktionærbeføjelser kan medføre afståelse, foreligger der i denne sag inddragelse af en tredje part. Det var således ikke et spørgsmål om konstatering af aktionærforholdet hos handelens parter, men derimod om man kan overføre aktieejerskabet til en tredje part efter en realitetsbedømmelse.

187. Afgørelsen støtter synspunktet om, at en realitetsbedømmelse ikke tilkommer skatteyderne, herunder ikke hvor der ikke foreligger den fornødne forudsætning om skatteudnyttelse.

B) Aktionærforholdet som forudsætning for udbytteudlodninger

Udbyttebegrebet i LL § 16 A, stk. 1 fastlægger, at der ved udbytte forstås alt, hvad der af selskabet udloddes til aktionærer eller andels-havere. Tilsvarende gælder for SL § 4 e. LL § 16 B om tilbagesalg af aktier til det udstedende selskab, angiver direkte, at reglen sigter mod aktionærers tilbagesalg ved afståelse. Også KSL § 2, stk. 1, litra f (om begrænset skattepligt af udbyttebetalinger) forudsætter, at den fysiske person der modtager udbytte eller afståelsessummer ved tilbagesalg til udstedende selskab er en aktionær. Det tilsvarende er tilfældet for sel-skaber, jf. reglen i SEL § 2, stk. 1, litra c. Særligt interessant for sel-skaber er også den koncernskattefrihedsregel, der findes i samme be-stemmelses 2. pkt. Tilsvarende fremgår det af SEL § 13, stk. 1, nr. 2, at ejerskabet til aktiekapitalen er en forudsætning for skattefritagelse hos danske moderselskaber af udbytter fra danske og udenlandske datter-selskaber.

Udgangspunktet må også på dette område være, at der er overens-stemmelse mellem det skatteretlige og det civilretlige aktionærbegreb. Alene en aktionær i civilretlig forstand vil derfor kunne behandles efter de nævnte udbytteforskrifter.

Aktionærbegrebet har betydning i to henseender. Dels bevirker be-grebet, at den betaling en aktieejers modtager som udlodning fra sel-skabet, nødvendigvis må klassificeres som udbytte. Dels kan udeluk-kende aktionærer modtage udbytte fra selskabet¹⁸⁸. Aktionærforholdet er således en forudsætning for udbytteudlodningen¹⁸⁹. I praksis ses sammenhængen at have betydning i en række tilfælde.

Aktionærbegrebet aktualiseres ved betingede afhændelser, hvor ak-tier er overdraget, mens *retten til udbytte er forbeholdt* overdrageren eller tredjemand. Man taler herved om forbeholdt udbytte¹⁹⁰. I hidtidig praksis har førstkommande udbytteudlodning efter en overdragelse væ-ret anerkendt som udbytte for modtageren, som herved må antages at

188. En sjælden undtagelse hertil er fremkommet på skattestrafretten område, jf. TfS 1994, 20 Ø (straffesag), hvor tiltalte blev anset for at have modtaget en udlodning fra et anpartsselskab trods den omstændighed, at vedkommende ikke var anpartshaver i selskabet. Landsretten nåede resultatet ud fra den betragtning, at tiltalte havde dispo-neret over selskabets midler som sine egne og at tiltalte havde haft en faktisk eneråden over selskabet svarende til dispositionsretten i et enkeltmandsfirma.

189. Sml. i internationalt perspektiv *Marjaana Helminen: The Dividend Concept in Inter-national Tax Law*, 1999, s. 145. Noget tilsvarende gør sig gældende i forhold til moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF), jf. art. 3.

190. Jf. LV 2005 S.G.2.4.3.

blive opfattet som aktionær, trods ejerforholdets forudgående ophør¹⁹¹. Dette var eksempelvis tilfældet i TfS 1992, 588 LSR¹⁹². Praxis om forbeholdt udbytte må antages at være praktisk begrundet, idet det i en overdragelsessituation kan være praktisk, at parterne har mulighed for at træffe aftale om, at et udbytte, der udloddes i relativ nær tilknytning til overdragelsestidspunktet, skal tilfalde sælger med den konsekvens, at udbytte fortsat skattemæssigt behandles som udbytte. Hermed opretholdes en fiktion om, at sælger i relation til det forbeholdte udbytte skattemæssigt anses for aktionær¹⁹³. I TfS 2001, 712 LR, nægtede Lig-

191. Købelovens § 19 regulerer som nævnt sælgers ret til udbytte. Bestemmelsen medfører, at køb af en aktie omfatter det udbytte, som ikke var *forfaldent* på tidspunktet for aftalens indgåelse. Optjening er ikke nok, der skal foreligge beslutning om udlodning og kravet skal være forfaldent. Når sælger i forhold til køber har retten til et krav på udbytte, kan han gøre kravet gældende mod selskabet, selv om hans ret til aktien er ophørt. Selvom overdrageren har mistet retten til at oppebære udbytte, kan han være legitimeret til at modtage udbytte med frigørende virkning, jf. ASL § 24.

192. Der var her tale om, at en tidligere hovedaktionær i forbindelse med et generations-skifte solgte sin resterende aktiepost til et andet selskab. Salget fandt sted i januar 1984. Ved salget betingede hovedaktionæren sig udbyttet for regnskabsåret 1983, som blev deklareret i august 1984. Landsskatteretten fandt, at skatteyderen med rette ved opgørelsen af sin skattepligtige indkomst havde medregnet såvel udbyttet som skattegodtgørelse heraf. Med hensyn til udbyttet måtte hovedaktionæren nemlig anses som udbyttmodtager, jf. SEL § 17 A, (nu ophævet). TfS 1992, 540 TSS, vedrørte et tilfælde, hvor en række aktionærer benyttede et købstilbud fra en storaktionær til at sælge deres aktieposter. Aktionærerne havde forbeholdt sig 1 års udbytte af aktierne. Udbyttet blev vedtaget af generalforsamlingen en uge efter aktiesalgene. Told- og Skattestyrelsen udtalte, at det udbetalte udbytte også skattemæssigt skulle behandles som udbytte for de aktionærer, der havde benyttet sig af købstilbudet. Styrelsen lagde herved vægt på den ovenfor refererede landsskatteretsafgørelse. Afgørelsen er kommenteret af Ole Bjørn i SR-Skat 1992, s. 401 f. Forfatteren finder, at resultatet overraskende og i strid med hidtidig opfattelse, idet afgørelsen tilsyneladende indebærer, at udbytte i skatteretlig henseende kan adskilles fra ejendomsretten til de aktier, der betinger udbyttet. Afgørelsen er tillige kommenteret af N. Mou Jakobsen i R&R 1993 SM 4. Landsskatteretten har ikke nærmere uddybet rationalet bag afgørelsen. Told- og Skattestyrelsen havde i sagen argumenteret for, at sælger i sagen civilretligt ikke kunne forbeholde sig til udbytte, idet de selskabsretlige udbytteregler i ASL § 109, og § 110, forudsætter, at udbytte alene kan uddeles til aktionærerne. Trods dette udsagn er det vel almindeligt antaget, at de økonomiske rettigheder kan overdragelse særskilt. Resultatet er da også i strid med den civilretlige retstilstand i.h.t. KBL § 19, idet køber herefter har retten til vedhængende udbytte, der endnu ikke er forfaldent med mindre andet er aftalt. Resultatet kan dog måske tilskrives en ordlydsfortolkning af den ophævede bestemmelse i SEL § 17 A, hvorved skatteyderen måtte anses for at være »udbyttmodtager« i overensstemmelse hermed. Det er dog uklart, hvordan en betaling i almindelighed kan kvalificeres som udbytte, hvis ikke modtageren er aktionær. LL § 16 A foreskriver jo netop, at udbytte i skatteretlig henseende er alt hvad et selskab udlodder til dets aktionærer. På nævnte baggrund kunne det tænkes at kendelsen var en enlig svale.

193. Jf. herom N. Mou Jakobsen i R&R 2003 SM 238.

Del IV – Konfrontation

ningsrådet dog skattefrihed for udbytter fra et datter- til et moderselskab ved en udlodning, som skulle finde sted efter overdragelsen. Ud fra en ordlydsfortolkning af SEL § 13, stk. 1, nr. 2, er afgørelsen utvivlsomt korrekt¹⁹⁴. Den refererede praksis er siden tilsidesat med TfS 2003, 616 LSR¹⁹⁵. Sagen vedrørte til dels spørgsmålet om, hvorvidt et selskab, som modtog udbytte fra et udenlandsk selskab, var skattepligtig heraf som tilskud, jf. SL § 4. Udbytteudlodningen skete efter overdragelsen af datterselskabsaktierne til det ultimative moderselskab. Landsskatteretten fandt det vigtigt at undersøge, hvornår en endelig og bindende aftale om overdragelsen måtte antages at foreligge. Da en sådan fandtes at foreligge forud for udbyttebetalingstidspunktet, fandtes beløbet ikke at kunne udgøre udbytte, men måtte derimod antages at udgøre en del af selskabets vederlag for aktierne. Fra det tidspunkt, hvor en aktiepost skattemæssigt anses for afstået, kan sælger herefter ikke i relation til efterfølgende udbytteudlodninger anses for aktionær og dermed ikke skattemæssigt oppebære provenuet fra sådanne efterfølgende udlodninger som udbytte. En kvalifikation som udbytte må herefter forudsætte, at generalforsamlingen har truffet beslutning om udbytteudlodningen, inden der indgås aftale om overdragelse af aktierne.

Om et afkast er udbytte, har tillige betydning i forbindelse med kvalifikationen af visse *hybride finansieringsinstrumenter*, jf. herom nedenfor under § 5.

Aktionærbegrebet får betydning, når der skal vurderes, om *økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder kan adskilles med skatteretlig virkning således, at indehaveren af økonomiske rettigheder kan anses som værende rette indkomstmodtager af udbytte*.

Dette spørgsmål har kun implicit været til prøvelse i dansk ret, jf. Ligningsrådets bindende forhåndsbesked af 24.10 2000, journalnr. 99/00-4339-218 og 219. Der blev her taget stilling til, hvorvidt der udløses CFC-beskatning som følge af en påtænkt europæisk koncern-ejerskabsstruktur, hvorefter de økonomiske beføjelser besiddes af to holdingselskaber, mens de forvaltningsmæssige rettigheder besiddes af en såkaldt

194. Jf. også N. Mou Jakobsen i R&R 2003 SM 238.

195. Sagen er kommenteret af Ole Bjørn i SR-Skat 2003, s. 332 ff.

stichting¹⁹⁶. Nærmere præciseret var forholdet, at betingelsen i SEL § 32, om lav beskatning ville være opfyldt, hvis holdingselskaberne ikke kunne anses som rette indkomstmodtager af udbytterne fra de underliggende driftsselskaber. Hvis dette ikke var tilfældet, ville holdingselskaberne efter dansk skatteret blive anset for at have modtaget skattefri udbytter fra Stichtingen, hvilke ikke ville være skattefri i henhold til dansk skatteret. Ligningsrådet udtalte, at Stichtingen måtte anses for at være den egentlige ejer af aktierne i de underliggende selskaber, men at de økonomiske rettigheder vedrørende disse aktier dog var videreoverdraget. Dette medførte blandt andet, at det modtagne udbytte straks skulle videreudloddet til indehaveren af de økonomiske rettigheder. I Holland og Luxemburg anses de modtagne udbyttebetalinger for direkte at være sket fra de underliggende selskaber, hvorfor skattefrihed kunne komme på tale. Ligningsrådet bemærkede imidlertid, at sådanne betalinger efter dansk skatteret ikke kan betragtes som udbytte, da det efter Rådets opfattelse gjaldt, at Stichtingen ikke kunne fraskrive sig sin status som aktionær ved at overdrage retten til at modtage udbytte til andre. Der blev herved henvist til ordlyden af LL § 16 A, stk. 1. På denne baggrund måtte Stichtingen anses som rette indkomstmodtager af udbytte fra de underliggende selskaber.

I hvert tilfælde, for så vidt angår økonomiske rettigheder, er afgørelsen klar. Der kan ikke med skatteretlig virkning foretages en adskillelse af økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder til en aktie¹⁹⁷. Baggrunden for dette resultat kan tiltrædes. Forholdet er jo netop, at skatterettens udbytteregler forudsætter, at udbytte udbetales til en aktionær. Idet indehaveren af de økonomiske rettigheder ikke er aktionær, dvs. ejer, af aktierne kan udbetalingerne til denne indehaver ikke behandles som udbyttebetalinger til en aktionær.

Udbytte fra *udlånte aktier i aktielåneordninger* beskattes som udbytte hos låntager og som almindelig indkomst hos långiver, hvis der sker

196. En stichting er særskilt reguleret i hollandsk ret og har væsentlige lighedstræk med en fond. En stichting vil ofte have det som sit eneste formål at råde over forvaltningsmæssige rettigheder vedrørende aktier.

197. Problemstillingen har tillige aktualitet ved udbyttebetalinger fra udenlandske selskaber som følge af præferenceaktier, hvor de økonomiske rettigheder overstiger den formelle aktiebesiddelse og de forvaltningsmæssige rettigheder. Også i disse situationer vil udbytteretten ikke udtrykke ejerandelen i selskabet og dermed have betydning ved vurderingen af om kriteriet i SEL § 13, stk. 1, nr. 2, er opfyldt.

refusion af beløbet til denne¹⁹⁸. Heri synes dog at ligge en mærkværdig konstruktion. Det antages, at långivers aktionærposition ikke ophører ved aktielån, jf. ovenfor. Samtidig antages det, at der ikke tilsvarende skabes en aktionærposition for låntager i forhold til eventuel aktieavancebeskatning hos denne. Samtidig antages det, at der faktisk skabes en aktionærposition hos låntager i forhold til udbyttebetalinger. Om dette forhold anføres i LV 2005 S.G.2.3.3., at udbyttebeskatning følger den civilretlige ejer af aktien. Udsagnet kan tiltrædes. Det er dog ikke rigtigt, når det samme sted i tilslutning hertil anføres, at udbyttebetalinger fra selskabet beskattes hos den person, der civilretligt er berettiget til at modtage udbytte fra selskabet. Som påvist ovenfor, er der ikke nødvendigvis sammenfald mellem ejeren af en aktie, og den der er berettiget til at modtage udbytte.

Uanset hvilket hjemmelsgrundlag, der påberåbes til støtte for dette resultat, synes der at være hjemmelsmæssige problemer forbundet med udfaldet. Udbytte i henhold til LL § 16 A, forudsætter tilstedeværelsen af en aktionærposition. Tilsvarende gælder i forhold til SL § 4 e. Der er således ikke tale om udbytte, med mindre udbetalingen sker til en aktionær. Da dette ikke er tilfældet, idet det jo fremgår, at långiver fortsat skal anses som aktionær, er praksis vanskelig at begrunde. Det synes rimeligt at forudsætte, at en aktionær i henseende til ABL tillige er aktionær i henseende til LL § 16 A og SL § 4 e. Endda er det rimeligt at forudsætte, at aktionærbegrebet i disse henseender følger den civilretlige begrebsfastslæggelse. Den omtalte praksis vedrørende aktielåneordninger kan ikke bidrage nævneværdigt til den generelle afdækning af aktionærbegrebet, idet der har gjort sig særlige forhold gældende vedrørende lån til eje af generiske aktiver, ligesom der er i udbyttesituationen foretages en afvigelse fra civilretten.

Det er en nærliggende tanke, at der i begrebet »*beneficial owner*» kan hentes inspiration til afgrænsningen af et generelt skatteretligt aktionærbegreb. Begrebet indgår i dobbeltbeskatningsoverenskomsternes udbytte-, rente-, og royaltybestemmelser, typisk art. 10, 11 og 12, jf. OECD MDBO. I henhold til OECD MDBO art. 10, stk. 2, er det en forudsætning for skattenedsættelsen, at »*beneficial owner*» (på dansk den »retmæssige ejer«) er hjemmehørende modtagerstaten¹⁹⁹. Den retmæssige ejer til udbytte må antages ofte at være aktionæren i et sel-

198. Jf. TfS 2001, 146 LR.

199. Bestemmelsen sigter mod skatteudnyttelse.

skab²⁰⁰. I henhold til OECD modellen og flertallet af dobbeltbeskatningsoverenskomster er det dog ikke et krav, at modtageren ud over at være retmæssig ejer af udbytte tillige skal være retmæssig ejer af de underliggende aktier²⁰¹.

OECD's kommentarer indeholder ikke fyldestgørende forklaring af begrebet, idet det i pkt. 12 til art. 10, alene fremgår, at udtrykket ikke er anvendt i en snæver teknisk betydning, men skal ses i sammenhængen og i lyset af overenskomstens hensigt og formål, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forbinde skatteunddragelse og skatteundgåelse²⁰². Således foreligger dobbeltbeskatning ikke, hvis indkomstmodtageren ikke er ejer af indkomsten i skattemæssig henseende. Som eksempler nævnes, at en agent eller en nominee ikke er beneficial owner. Tilsvarende anføres om gennemstrømningsenheder (»conduit«). Der lægges herved op til en realitetsbetragtning, hvorefter et gennemstrømningselskab normalt ikke kan anses for at være beneficial owner, selv dette er den formelle ejer, hvis dette reelt har meget snævre beføjelser, som i realiteten gør selskabet til en nullitet eller administrator, der handler på vegne af andre parter.

Man erfarer hurtigt, at begrebet er overtaget fra common law retstraditioner²⁰³. Af denne årsag har begrebet kun en klar betydning i få lande (herunder UK og USA), mens mange andre lande ikke kan genkende begrebsdannelsen²⁰⁴. Common law retstraditionen opererer i sin ejendomsret typisk med en sondring mellem økonomiske og juridisk ejerskab. Det kan sættes lighedstegn mellem økonomisk ejerskab og beneficial ownership²⁰⁵. Begreberne »nominee«, »legal owner« og »be-

200. Jf. pkt. 1 og 15, i OECD's kommentarer til art. 10. Dog kan der argumenteres for, at det ikke er et krav, at en aktionær skal modtage udbyttet, det er tilstrækkeligt, at der er tale om indkomst fra aktier. En indehaver af en udbytteret kan således modtage betalinger herfra som udbytte og nyde overenskomstbeskyttelse, idet betalingen jo sker i kraft af aktionærens aktionærstatus, men at beneficial owner til udbyttet er indehaveren af udbytteretten, jf. *Marjaana Helminen: The Dividend Concept in International Tax Law*, 1999, s. 160. Der kan også argumenteres for, at klassifikation som udbytte forudsætter, at indkomstmodtageren i det mindste på et eller andet tidspunkt har været aktionær, jf. *Klaus Vogel: On Double Taxation Conventions*, 1997, og samme Dobbeltbesteuerungsabkommen, 2003, art. 10-12, margin nr. 192.

201. Jf. *Marjaana Helminen* i ET 2002, s. 454.

202. 2002-ændringerne af kommentarerne er kommenteret af *H. Pijl* i *Intertax*, 2003, s. 353 ff.

203. Se kort herom *I. A. Tokley: Company Securities – Disclosure of Interests*, 1995, s. 25 f.

204. Jf. *Charl P. du Toit: Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, 1999, s. 99 ff.

205. Jf. *International Bureau of Fiscal Documentation* i ET 1981, s. 141 og 143.

Del IV – Konfrontation

neficial owner« indgår ikke i dansk ejendomsretsterminologi, men er udtryk for det forhold, at ejendomsretsbegrebets forskellige funktioner i angelsaksisk ret typisk er fordelt på flere personer. I flere civil law lande (herunder Danmark om end tilhørende skandinavisk retstradition) anvendes ikke en tilsvarende tilgang, idet man i stedet overvejende fokuserer på juridisk ejerskab. Den retmæssige ejer vil herefter være den part, der har det juridiske ejerskab til udbyttet, med mindre ejerskabet ud fra en konkret realitetsbedømmelse må tilsættes som værende uden reelt indhold i skatteretlig henseende²⁰⁶.

I mangel af en international skatteretlig betydning af begrebet »beneficial owner« kan der argumenteres for, at man i overensstemmelse med OECD MDBO art. 3, stk. 2, må henvise forståelsen til intern ret i kildestaten. For dansk rets vedkommende kunne man derved kraftigt nedtone betydningen af begrebet. Imidlertid er det blevet argumenteret for, at der trods ovenstående kan identificeres en international skatteretlig betydning af begrebet »beneficial owner«²⁰⁷. Der argumenteres for, at betydningen i de common law lande, hvorfra definitionen har sin oprindelse, skal anvendes som udgangspunkt. I kort form sammenfattes analysen på dette punkt til følgende: »... *The beneficial owner is the person whose ownership attributes outweigh that of another person ...*«²⁰⁸. Ved denne bedømmelse skal realiteten tillægges betydning frem for alene formaliteten²⁰⁹.

Det kan således ikke afvises, at begrebet beneficial owner kan opnå

206. Se for dansk ret Nikolaj Bjørnholm & Anders Oreby Hansen: Lempelse af dobbeltbeskatning, 2002, s. 449 f.

207. Jf. Charl P. du Toit: Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 1999, s. 145 ff, Marjaana Helminen i ET 2002, s. 456, og Klaus Vogel: On Double Taxation Conventions, 1997, samme Doppelbesteuerungsabkommen, 2003, art. 10-12, margin nr. 8 ff, om end med en anden begrundelse.

208. Jf. Charl P. du Toit: Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 1999, s. 201, s. 244 og s. 249. Af sådanne attributes nævnes: »... *the right to possess, use, manage, the income, the capital ... plus the risk of depreciation and the hope of appreciation ...*«. For så vidt angår civil law lande foreslås det, at man kan tillempe begrebet ved at anse konstruktionen som en ejendomsret, der undergives visse begrænsninger i forhold til andre personer, frem for som en deling af ejendomsretten. Fra et traktatsynspunkt er det opgaven at identificere den person, der har den største ret til udbyttet.

209. Jf. Klaus Vogel: On Double taxation Conventions, 1997, art. 10-12, margin nr. 9. Forfatteren sammenfatter bedømmelsen således: »... *Hence, the »beneficial owner« is he who is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how the yields therefrom should be used or (3) both ...*«. Se samme sted i Doppelbesteuerungsabkommen, 2003.

en vis betydning også i dansk ret²¹⁰. Anvendelse af begrebet synes med ovenstående in mente ikke at være i modstrid med hidtidig dansk intern skatteretspraksis. I mangel af retspraksis om spørgsmålet er det dog indtil videre begrænset hvilken værdi begrebet har i forbindelse med en generel afgrænsning af skatterettens aktionærbegreb.

I international skatteret ses aktionærbegrebet og begrebet beneficial owner at blive aktualiseret i forbindelse med såkaldt *dividend stripping*. Dividend stripping udgør ikke nogen eksakt juridisk begrebsdannelse, men kan løseligt siges at referere til sådanne dispositioner, hvor udbyttebeskatning søges undgået eller, hvor der søges opnået en gunstig udbyttebeskatning, som der ellers ikke var adgang til for investor²¹¹. Der kan konkret være tale om at ville konvertere kildeskattepligtige udbytter til andre betalinger, der ikke udløser kildeskat. Tilsvarende kan der være tale om, at udenlandske investorer ønsker at opnå adgang til interne lempelsesregler vedrørende økonomisk dobbeltbeskatning. Endvidere kan der også være tale om at ville opnå adgang til den gunstige skattemæssige behandling efter moder-/datterselskabsdirektivet eller en DBO²¹². Det er karakteristisk for dividend stripping, at en udenlandsk person overlader sin ret til udbytte til en anden person, som enten fritages for udbyttekildeskat, er berettiget til en godtgørelse i anledning heraf efter nationale regler, eller er berettiget til en lavere beskatning i henhold til en DBO, mens det økonomiske ejerskab til de underliggende aktier bibeholdes. Incitamentet er til at få øje på for eksempelvis en aktionær hjemmehørende i en ikke-overenskomststat²¹³. Der foretages en simpel overførsel af de økonomiske rettigheder

210. Hidtil har det i retslitteraturen været opfattelsen, at begrebet beneficial owner (retmæssig ejer) næppe har nogen større betydning i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster, idet man ved iagttagelse af de nødvendige juridiske formaliteter uden besvær vil kunne opfylde kravet om at være retmæssig ejer, jf. *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 427, og samme med *Steen Askholdt* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 72a, 1987, s. 281 ff, og *Henrik Calum Nielsen* i *R&R* 1986, s. 304, og *Jørn Quiste & John F. Avery Jones* i *R&R* 1985, s. 241. Dog således at sidstnævnte synes at lade spørgsmålet afhænge af de enkelte personers rettigheder og pligter, og henviser til ejendomsretsbegrebets relationsafhængige karakter.

211. Jf. *Maarjana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 143 og samme i *ECTR* 2003, s. 161 ff. Terminologien er ikke klar, og begrebet kan også over følgende: »... A tax avoidance device whereby a company which has reserves of accumulated taxed profits is purchased and the profits are fully distributed as dividends in respect of which tax relief is available ...«, jf. *International Tax Glossary*, s. 96.

212. Jf. *Maarjana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 143.

213. Udbyttebetalinger fra en dansk selskab til en sådan aktionær vil blive pålagt 28% i kildeskat, jf. *KSL* § 2, stk. 1, litra f) og *SEL* § 2, stk. 1, litra c), jf. *KSL* § 65.

til en person eller et selskab, der er hjemmehørende i en overenskomststat, mens man modtager en betaling for udbytteretten²¹⁴.

I mangel af egentlige retskilder synes det vanskeligt at udtale sig i entydige vendinger om den skatteretlige behandling af dividend stripping arrangementer i dansk ret. Under henvisning til den omtalte bindende forhåndsbesked og det heraf udledte tankegods, må meget tale i retning af, at en indehaver af økonomiske rettigheder til aktier ikke kan opnå aktionærstatus i forhold til danske udbytteregler. Tilsvarende kan en egentlig aktionær ikke ved sådanne dispositioner fraskrive sig sin aktionærstatus. Tilsvarende gælder antageligvis vedrørende moder-/datterselskabsdirektivet²¹⁵. Dividend stripping synes derfor ikke umiddelbart anvendeligt som skatteplanlægningsinstrument efter intern dansk ret, trods den bestående selskabsretlige mulighed for at adskille ejerskabet til en aktie og de økonomiske rettigheder hertil²¹⁶.

214. Dividend stripping har tillige foregået i norsk ret. I norsk skatteret er ejeren af aktierne på tidspunktet for generalforsamlingens vedtagelse af udlodningen skattepligtig heraf. Skatten reduceres med den betalte selskabsskat for norske aktionærer men ikke for udenlandske aktionærer. Udenlandske aktionærer har kunnet undgå kildeskat på udbytte ved at sælge aktierne til en indlænding umiddelbart før beslutningen om udbytteudlodning, og kort tid herefter at tilbagekøbe aktierne. I en del tilfælde har de udenlandske aktionærer tillige kontrolleret aktierne i »salgsperioden« gennem finansielle instrumenter. De norske ligningsmyndigheder har i flere tilfælde underkendt sådanne transaktioner, med udgangspunkt i den særlige »gjennemskjærings«-doktrin. Herefter har overførelsen af ejendomsretten været accepteret men tillagt andre skatteretlige effekter end normalt. I enkelte tilfælde har udlændingenes kontraktbaserede rettigheder været så omfattende, at de har været anset som ejeren, selvom den norske indlænding har været registreret som ejer, jf. herom *Hugo P. Martre* i NTS 2001, s. 401 f. Dividend stripping benyttes af *Bettina Banoun* som samlebetegnelse for aktionærdispositioner, hvor der overføres midler fra selskab til deltager uden almindelig udbyttebeskatning qua en udnyttelse af strukturforskelle i skattesystemet, jf. Omgåelse av skattereglene, 2003, s. 195 ff. I 2002 blev der i Holland indført særlige regler til værn mod dividend stripping, jf. kritisk herom *Marjaana Helminen* i ET 2002, s. 454 ff, men modsat *H. Pijl* i Intertax, 2003, s. 353 ff. I tysk ret findes der tillige særlige regler til modvirkning af dividend stripping, jf. EstG § 20(2)(a), hvorefter indkomst fra en aktie tilfalder aktionæren, forstået som ejeren af aktien på tidspunktet for beslutningen om udlodning af udbytte. Tilsvarende beskattes det modtagne vederlag for afståelse af udbytteretten som udbytte, jf. EstG § 20(1)(2)(a).

215. Jf. *Marjaana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 159.

216. Se *Marjaana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 153 f, med en tilsvarende konstatering for US-ret, idet man her efter læren om træet og frugterne (rette indkomstmodtager) vil beskatte udbytterne, hvor de er optjent. Det samme gælder tysk ret, svensk ret og finsk ret, op.cit. Spørgsmålet afhænger dog ikke alene af intern ret, idet en eventuel begrænsning af en gunstig behandling af udbytte ikke må være i strid med indgående dobbeltbeskatningsoverenskomster. En udbytte-

C) Aktionærbegrebet og omstrukturering

Aktionærbegrebet har været genstand for en vis – om end beskednen – bevågenhed i forbindelse med de *skatteretlige omstrukturingsregler*. Reglerne om skatteneutrale aktieombytninger i ABL § 13 (nu ABL § 36), forudsætter, at det selskab, med hvilket der ombyttes aktier, bliver aktionær i det overtagne selskab. Således hedder det i ABL § 13, stk. 2, at selskabet »... erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab ...«. I sammenhæng med den bagvedliggende direktivtekst synes det at fremgå, at der i denne forbindelse er tale om et ejendomsretskriterium, forstået som en erhvervelse af ejendomsretten til aktierne, der giver ejendomsret til de fornødne stemmerettigheder²¹⁷. *Michael Serup* finder dette entydigt og uden plads til fortolkningsusikkerhed. Det antages samtidig at gælde, at dette kriterium er *formelt*. Som følge heraf kan der ikke stilles nærmere krav til kvaliteten af aktieerhvervelsen, og der er følgelig ikke hjemmel til andet end at lade det rent civilretlige ejendomsretskriterium være afgørende. Af denne årsag må derfor hverken indskrænkninger i dispositions- eller forvaltningsmæssige eller økonomiske beføjelser berøre adgangen til at gennemføre aktieombytninger med skatteretlig succession²¹⁸. Der kan dog argumenteres for, at betingelserne i ABL § 13, stk. 2 ikke er opfyldt, hvis stemmeretten reelt ikke kan udøves eksempelvis grundet bestemmelserne i en aktionæroverenskomst²¹⁹. Imidlertid kan andre begrænsninger i aktionærrettighederne, end så-

modtager kan således ikke efter intern ret begrænses i sin adgang til den gunstigere skattemæssige behandling, hvis modtageren i overensstemmelse med art. 10 i OECD MDBO må anses for at være »beneficial owner» af udbyttet.

217. Jf. *Michael Serup*: Generationsskifte – omstrukturering, 2004, s. 565 ff, og samme *Fusionsskatteloven med kommentarer*, 2003, s. 464 ff og samme i TfS 2000, 551. Se generelt om forståelse af fusionsdirektivet (90/434) på dette punkt *Otmar Thömmes m.fl.*: EC Corporate Tax Law, ad. art. 2, pkt. 57 ff.

218. Jf. *Michael Serup* i *Fusionsskatteloven med kommentarer*, 2003, s. 470 ff.

219. Jf. LV 2005 S.G. 18.3., og *Susanne Kjær* i SR-Skat 2000, s. 133. Derimod er det næppe rigtigt, når det i LV 2005 S.G. 18.3., og TfS 2001, 590 LR, antages, at aktieombytning tillige kan nægtes, hvis en sådan indskrænkning ligger på bestyrelses- og direktionsplan. Som anført af *Michael Serup*: *Fusionsskatteloven med kommentarer*, 2003, s. 469 ff og samme i TfS 2000, 551, savner denne praksis retligt grundlag. Det anføres, at stemmeretskravet må forstås i overensstemmelse med den underliggende selskabsret, hvorefter det er stemmeretten på generalforsamlingsniveau, der er afgørende for adgangen til aktieombytning. Dermed kan der ikke stilles krav om en kvalificeret mulighed for udnyttelse af stemmeretten, herunder om en bestemmende indflydelse på det erhvervede selskab. I TfS 2005, 132 LSR, blev anmodning om aktieombytning afslået, idet en samarbejdsaftale og aktionæroverenskomst bevirkede, at den formelle majoritet ikke tillige var reel.

danne der vedrører stemmeretten, ikke være afgørende for adgangen til at foretage aktieombytning, med mindre indskrænkningerne er så betydelige, at selve aktionærpositionen må anfægtes.

I praksis har problemstillingen særligt været, om en midlertidig aktionærposition (ejendomsret til aktierne) skal opretholdes, således at aktieombytning kan tillades²²⁰.

Der blev kastet lys over aktionærbegrebet i ABL § 13, med dommen i TfS 2003, 355 Ø *Hans-Carl Bøgh-Sørensen*²²¹. Situationen var den, at en fysisk aktionær for at opfylde kravet i ABL § 13, om erhvervelse af stemmeflertal købte en aktie på nominelt 1.000 kr. af medaktionæren i selskabet (MD-koncernen), hvorefter hovedaktionæren formelt rådede over 50,02% af stemmerne i selskabet. Der var aftalt visse indskrænkninger i stemmeretten på de sidst erhvervede aktier. Efter sagens oplysninger var der med transaktionen tale om en »salgsmodning« af de omtalte aktier, idet disse efterfølgende kunne afstås skattefrit. Mindre end tre uger efter dette køb af aktier og den efterfølgende aktieombytning solgte det nyopståede holdingselskab nu hele sin aktiebesiddelse i det fællesejede selskab til moderselskabet i MD-koncernen. Østre Landsret fandt det bevist, at der på aftaletidspunktet forelå en fælles indforståelse om tilbagesalg til MD-koncernen, at skatteyderen ikke havde reel ejerrådighed eller ejerrisiko vedrørende aktien. Begrundelsen herfor var, at det oprindelige aktiesalg efter Landsrettens opfattelse var sket for at sikre den fysiske aktionærs tilslutning til en senere fusion af selskabet, at der var tale om et meget snævert tidsmæssigt forløb og, at der ikke var forhandling om salgskursen ved den endelige overdragelse af samtlige aktierne. Af disse årsager fandt Østre Landsret, at skatteyderen hverken reelt eller i skattemæssig henseende kunne anses for at være blevet ejer af aktien. Den omstændighed, at der med lov nr. 312 af 17.5. 1995 blev indført regler, der har til formål at hindre aktieombytninger efterfulgt af hurtige salg med henblik på at omgå eller udskyde aktieavancebeskatning, medførte efter Landsrettens opfattelse

220. I tidligere administrativ blev anmodninger om aktieombytning afslået, hvis 50/50 aktionærer midlertidigt overdrog minimale aktiebesiddelser til hinanden for at muliggøre holdingstiftelser for begge parter. Det antages nu at være fast praksis, at der gives aktieombytningstilladelse også i sådanne situationer, med mindre der konkret foreligger dispositioner uden realitet. Se *Ane Sandager* i TfS 1999, 528, og *Michael Serup: Fusionskatteloven med kommentarer*, 2003, s. 466 f.

221. Sagen vedrørte tiden før der i 1995 tillige blev indført en tilladelsespraksis vedrørende aktieombytninger.

ikke indskrænkninger i adgangen til ud fra en realitetsbedømmelse at tilsidesætte formelle overdragelser i skattemæssig henseende.

Selvom udgangspunktet på dette område tillige er, at der er kongruens mellem civilret og skatteret, kan dette udgangspunkt således fraviges efter en konkret realitetsbedømmelse²²². Man kan vel ikke med sikkerhed sige, at overdragelsen i den omtalte sag ville blive opretholdt i civilretlig henseende. Det skal netop holdes for øje, at anvendelsen af det civilretlige ejendomsretsbegreb også indebærer, at retten til aktieombytning ikke kan basere sig på en stemmeretsbesiddelse, der er løst revet fra ejendomsretten til de underliggende aktier, herunder eksempelvis gennem en panterets- eller stemmeoverførselsaftale²²³.

Konklusionen synes derfor at være, at der er kongruens mellem skatte- og civilretten ved anvendelsen af aktionærbegrebet. Eneste fravigelse ligger i den konkrete realitetsbedømmelse, der efter omstændighederne kan være anledning til at anlægge, dog uden at det med sikkerhed kan siges, at der herved er tale om en fravigelse fra civilretten.

D) Øvrige situationer

I visse situationer anerkendes det, at der ses bort fra formelle ejerforhold. Dette var eksempelvis tilfældet i TfS 1997, 225 Ø (forlig), hvor der blev givet tilladelse til sambeskatning mellem et dansk holdingselskab og dets engelske datterselskab. Engelsk ret anerkendte ikke enkeltmandsselskaber (plc.) som juridiske personer i hæftelsesmæssig henseende, hvorfor datterselskabets direktør tegnede en aktiepost på 1 GBP, ud af en samlet kapital på 1000 GBP. Direktøren fraskrev sig samtlige aktionærrettigheder. Landsretten udtalte i sin tilkendegivelse, at sambeskatningsbetingelserne i SEL § 31 måtte anses for at være opfyldt, idet direktørens aktiepost alene udgjorde et formelt ejerskab, og at holdingselskabet måtte anses som værende den reelle ejer heraf. Herefter tog skatteministeriet bekræftende til genmæle, jf. kommentaren i TfS 1997, 231 DEP.

222. Denne mulighed og muligheden for at tilsidesætte proformaoverdragelser noteres tillige af *Michael Serup* i TfS 2000, 551.

223. Jf. *Michael Serup* i TfS 2000, 551, og samme Fusionsskatteoven med kommentarer, 2003, s. 468, LV 2005 S.G. 18.3., og TfS 1998, 678 LR.

3.3.2.8. Sammenfatning og vurdering – evalueringsprocessens trin 3-4

Dette afsnit har bibragt en indsigt i det civilretlige og skatteretlige aktionærbegreb. Om det civilretlige aktionærbegreb er det konstateret, at dette ikke har haft den store bevågenhed, men at det har særlig betydning i forbindelse med spørgsmålet om opsplitning af aktionærbeføjelser og ejerskifter. Der findes ikke nogen egentlig civilretlig aktionærdefinition, men typisk kan aktionærpositioner beskrives ved hjælp af de eksisterende aktionærbeføjelser, herunder økonomiske, forvaltningsmæssige og dispositions mæssige aktionærbeføjelser. Disse beføjelser ligger typisk hos aktionæren, men kan efter omstændighederne tilkomme andre. Fremstillingen har lagt til grund, at en aktionær *er den der har ejendomsretten til en eller flere aktier. Imidlertid forholder det sig sådan, at det ikke altid er ejeren af en aktie, der kan udnytte en aktionærbeføjelse.* Det er en vigtig erkendelse, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem ejerskabet til en aktie og udøvelsen af en aktionærbeføjelse. Det afvises i denne forbindelse, at aktionærbegrebet af denne årsag antager karakteren af et funktionsbestemt begreb.

Det konstateres, at opsplitning af aktionærbeføjelser kan lade sig gøre også i dansk selskabsret. Der bliver i denne forbindelse tale om afståelse af begrænsede rettigheder over aktien. Dog gælder der begrænsninger i adgangen til at overdrage forvaltningsmæssige rettigheder.

Endvidere konstateredes det, at det aktieretlige registreringssystem ikke i alle tilfælde giver troværdig information om, hvem der er selskabets aktionærer.

Endelig omtales ejerskiftesituationen, hvor der konstateres, at forvaltningsmæssige rettigheder ophører med ejendomsretten. Samtidig findes der visse særregler vedrørende økonomiske rettigheder i ejerskiftesituationen.

På dette grundlag var der anledning til at vurdere samspillet mellem skatteret og civilret. Herom konstateredes det indledningsvis, at aktionærbegrebet utvivlsomt har skatteretlig relevans. De relevante samspil opregnes som følgende: (1) Der kan først og fremmest siges at være tale om en direkte skatteretlig overtagelse af og anvendelse af civilretlig terminologi. (2) Der opstår i denne forbindelse den mulighed, at den skatteretlige begrebsanvendelse udvikler sig forskelligt i forhold til det civilretlige udgangspunkt, hvormed der kan opstå en selvstændig skatteretlig civilret.

Herefter konstateredes tilstedeværelsen af et *stærkt retskildebestemt*

kongruenskrav samt tillige et stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov. Aktionærbegrebet må herefter fortolkes i overensstemmelse med civilrettens aktionærbegreb. Det klare udgangspunkt er herefter, at den formelle aktionærposition skal opretholdes også i skattemæssig henseende, med mindre særlige forhold gør sig gældende.

I mangel af et egentligt skatteretligt aktionærbegreb konsulteres den skatteretlige praksis med henhold på at konfrontere den skatteretlige begrebsanvendelse med det civilretlige udgangspunkt.

Det samlede indtryk, der dannes på baggrund af ovenstående er, at der i vidt udstrækning er overensstemmelse mellem skatte- og civilretten. I grove træk må det således konstateres, at de konstaterede retskildebestemte kongruenskrav og koordinationsbestemte kongruensbehov ikke sættes over styr gennem den skatteretlige praksis. Den overvejende del af de konstaterede fravigelser er enten usikre og/eller baseret på en konkret skatteretlig realitetsbedømmelse. Om sådanne realitetsbedømmelser er det tidligere i afhandlingen konstateret, at de også ud fra en koordinationsstankegang må accepteres. De øvrige konstaterede fravigelser anses for at være ubetydelige, men dog kritisable.

3.3.3. Overkurs ved stiftelse og emission

Der synes tillige at være tale om et samspil mellem skatteretten og civilretten i forbindelse med reguleringen af overkurs ved tegning af aktier.

3.3.3.1. Selskabsretlig begrebsdannelse

Overkurs som fænomen må antages at have selskabsretligt ophav. Definitionen af overkurs fremgik implicit den hidtidige ASL § 111, stk. 2, med følgende definition: »... Beløb, som selskabet ved aktietegning modtager som vederlag for aktierne ud over disses pålydende med fradrag af omkostninger ved selskabets stiftelse eller aktiekapitalens forhøjelse ...«. Samme bestemmelse foreskrev, at sådanne beløb skal henlægges til overkursfonden som bundne resserver²²⁴. Så vidt ses, blev der ikke der i selskabsretlig henseende stillet nærmere krav til størrelsen af overkursen eller formålet med forekomsten heraf. Det må derfor antages, at

224. Et tilsvarende krav gjaldt ikke for anpartsselskaber. Se om overkurs og overkursfond eksempelvis Erik Werlauff: Selskabsret, 2003, s. 177 ff, samme Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 441 f og Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel: Lærebog i selskabsret II – kapitalselskaber, 2000, s. 74.

enhver overkurs var omfattet af overkursreglen i ASL § 111, stk. 2²²⁵. Reglen er ophævet med virkning fra 1.7. 2004, hvorefter overkursbeløb i aktieselskaber er frie reserver. Dette betyder dog ikke, at overkurs som begreb ikke fortsat figurerer i den selskabsretlige terminologi, jf. eksempelvis ASL § 136 b, stk. 3 om spaltning.

3.3.3.2. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

På dette område synes navnlig tre mulige samspil mellem skatteretten og civilretten at kunne opstå. Dette drejer sig (1) om anvendelsen af det civilretlige overkursbegreb i skatteretlig henseende, og (2) om muligheden for at der som følge heraf opstår en særlig skatteretlig civilret. Endelig (3) kunne det overvejes, om der findes en selvstændig skatteretlig begrebsdannelse på området.

3.3.3.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Skatterettens specifikke overkursregel gives i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Reglen lyder: »Til den skattepligtige indkomst medregnes ikke: 1. Overkurs, som et selskabs opnår ved udstedelse af aktier eller ved udvidelse af sin aktiekapital ...«. Som det ses, er der tale om en objektiv regel, hvori der ikke angives andre kriterier for anvendelsen, end at der skal være tale om overkurs som opstår i forbindelse med en kapitaludvidelse²²⁶.

Denne regel blev i nugældende formulering indført med SEL i 1960²²⁷. Forud herfor var overkurssituationen reguleret af SL § 4, sidste stykke med følgende ordlyd: »Overkurs, som et Selskab opnaar ved Udstedelse af Aktier eller ved Udvidelse af sin Aktiekapital, er at betragte som Forøgelse af Aktionærernes kapitalindskud og indgår derfor ikke i det skattepligtige Overskud«²²⁸. Med SEL § 13, stk. 1, nr. 1 var der ikke tænkt

225. Det lader dog til at *Carl Torp*: Den danske selskabsret, 1919, s. 186, tidligt anvendte begrebet overkurs isoleret om den situation, hvor der sker aktietegning mod kapitalindskud, mens forfatteren sideløbende hermed omtaler indskud af genstande eller bestående forretning for mindre end deres virkelige værdi.

226. *Thøger Nielsen* finder i Indkomstbeskatning I, 1965, s. 188, at reglen omfatter såvel officiel overkurs, uanset hvad der måtte have motiveret den, men også indskud af værdier der overstiger tegningsbeløbet. Det anføres, at det ikke skatteretligt kan være afgørende, på hvilken måde overkursen konstateres.

227. Jf. lov nr. 255 af 11.6. 1960.

228. Reglen blev indført i statsskatteloven i 1912, hvor reglen blev foreslået som et ændringsforslag i betænkningen afgivet af Landstingets Udvalg den 26.4. 1912, jf. Rigsdagstidende 1911/12, tillæg B, spalte 2777 ff. Ændringsforslaget blev ledsaget af følgende bemærkninger, jf. Rigsdagstidende 1911/12, tillæg B, spalte 2789: »... Nr. 6 giver

nogen ændring i reglens indhold og udstrækning²²⁹. Baggrunden for reglen fremgår ikke direkte nogetsteds, men er formentlig, at der ikke skal ske beskatning, idet der ikke konstateres nogen indkomst, men i stedet blot en omplacering af formuen. Bestemmelsen har formentlig sin rod i dagældende regler i ASL § 43 om overkursfond²³⁰. Det ses da også, at den almindelige skatteretlige definition af overkurs svarer til den selskabsretlige definition. Således hedder det hos *J.O. Engholm Jacobsen*, at der foreligger overkurs, når vederlaget for aktierne overstiger disses pålydende²³¹.

På baggrund heraf må det konkluderes, at betegnelsen overkurs kun kan forstås i overensstemmelse med den hidtidige selskabsretlige terminologi. Det synes ikke at ændre denne opfattelse, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1 formentlig har et bredere anvendelsesområde end de selskabsretlige regler, idet reglen tillige kan antages at finde anvendelse for andre selskaber med begrænset hæftelse²³². Definitionen ændrer herved ikke sit ophav, og må uanfægtet heraf skulle forstås i overensstemmelse med selskabsrettens definition. Også den i afhandlingen anvendte fortolkningsregel støtter dette resultat. Således må en sproglig anvendelse af overkursbegrebet i skatteretlig kontekst henvise til den almindelige juridiske forståelse heraf, hvilket netop indebærer en henvisning til selskabsrettens univers.

Den skatteretlige begrebsanvendelse er herved koblet til den selskabsretlige forståelse af overkurs via et *stærkt retskildebestemt kongru-*

en hidtil savnet Regel for, hvorledes den skattepligtige Indkomst skal beregnes for Selskaber og Foreninger ...». Forslaget er influeret af dommen i UfR 1912, 212 H. I sagen havde skattemyndighederne forsøgt at beskatte A/S Københavns Låne- og Discontobank af en overkurs ved en kapitalforhøjelse. Se hertil UfR 1912 B, s. 241 ff, og s. 249 ff, s. 252, og s. 256. Dommens præmisser genfindes i formuleringen af SL 1912 § 4, stk. 4.

229. Jf. FT 1959/60 A, sp. 1058, hvori det anføres, at »... Bestemmelsen ... [...] ... svarer til den i nugældende statsskattelovs § 4, sidste stykke, indeholdte regel ...«.

230. Jf. *J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså*: Beskatning af selskaber og aktionærer, 1961, s. 75.

231. Jf. Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 253. Det fremgår da også forudsætningsvis op.cit., med note 4, at der er kongruens mellem den selskabsretlige og den skatteretlige overkurs.

232. Jf. *J.O. Engholm Jacobsen*: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 253. Dette videre anvendelsesområde fremkommer ved en konstatering af, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, er en videreførelse af den nu ophævede SL § 4, sidste stykke, hvori der henvistes til SL § 2, stk. 1, nr. 5, som omtalte aktieselskaber og andre selskaber med begrænset hæftelse. Denne sammenhæng fremgår dog ikke af den gældende formulering af SEL § 13, stk. 1, nr. 1.

*enskrav*²³³. Under særlig hensynstagen til den selskabsretlige begrebsklarhed, må tilsvarende konstateres et stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov.

3.3.3.4. Skatteretlig begrebsanvendelse – evalueringsprocessens trin 3

Det har længe været fast antaget, at overkursreglen omfatter såvel officiel overkurs som uofficiel overkurs²³⁴. Man må derfor stille det spørgsmål, om enhver (selskabsretlig) overkurs kan accepteres i skatteretlig henseende. Dette spørgsmål har stor praktisk betydning, men synes desværre ikke at være endeligt afklaret. Der er ikke tale om nogen ny problemstilling.

I SKDM 1968, 90, blev en overkurs anset som værende skattepligtig efter SL § 4, stk. 1, og SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kunne ikke finde anvendelse, allerede fordi overkursen ikke var udtryk for, hvad en uafhængig køber ville give for aktierne. Overkursen udgjorde 50.000 kr., ud af en kapitalforhøjelse på 648.000 kr. Afgørelsen synes temmelig vidtgående²³⁵. Herefter var det skattemyndighedernes opfattelse, at der kunne gennemføres beskatning hos selskabet, jf. LV 1982 S.C.1.2.1., med følgende formulering: »... Hvis overkursen i forbindelse med en kapitaludvidelse overstiger, hvad en uafhængig køber på grundlag af de bestående værdier ville betale for aktierne, skal overkursen indkomstbeskattes hos selskabet ...«. Siden har standpunktet atter været til prøvelse og blev forladt med TfS 1984, 45 LR, hvor Ligningsrådet fandt, at en overkurs på 700 i et selskab, der havde tabt mere end halvdeles af aktiekapitalen, var skattefri. Interessant i denne sag var netop, at de stedlige myndigheder indstillede, at beløbet var skattepligtigt, idet tredjemand ikke

233. Det må overvejes om dette krav svækkes fra og med 1.7. 2004. Dog findes begrebet overkurs fortsat i den selskabsretlige terminologi trods ophævelsen af overkursfonden. Se eksempelvis ASL § 136 b, stk. 3 om spaltning. Der vil således næppe være retskildemæssigt belæg for at foretage skatteretlige afvigelser fra det civilretlige overkursbegreb i større udstrækning end tilfældet var det op til ophævelsen af overkursfonden.

234. I pkt. 47 i Cirk. nr. 136 af 7.11. 1988 anføres følgende om overkursreglen: »... Skattefriheden gælder såvel en officiel overkurs, hvor det beløb, som aktionæren indbetaler udover aktiens pålydende værdi, bogføres i selskabet som egenkapital, som uofficiel overkurs, hvor merværdien ikke bogføres som egenkapital, men foreligger som en skjult ressource«.

235. Afgørelsen omtales hos Thøger Nielsen i SpO 1977, s. 61 f., der anfører følgende: »... Bortset herfra nærer jeg undtagelsesvis ingen betænkelighed ved at karakterisere departementets afgørelse som udtryk for manglende fordybelse i emnet. Afgørelsen af, hvad der er kapitalindskud kan under ingen omstændigheder træffes ud fra en bedømmelse af selskabets værdi som investeringsobjekt, og dette forhold viser sig frem for alt i koncernforhold ...«.

kunne antages at ville betale en tilsvarende overkurs. Herefter fik Ligningsvejledningen sin nuværende formulering. I LV 2005 C.1.2.1., hedder det om overkurs, at »... Den omstændighed, at overkursen i forbindelse med en kapitaludvidelse overstiger, hvad en uafhængig køber ville betale for de nytegnede aktier, medfører ikke i sig selv, at overkursen falder uden for skattefritagelsesbestemmelsen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Om et tilfælde, hvor overkursen efter en konkret vurdering ikke blev anset for skattefri for det aktieudstedende selskab, se SKM, 2004, 8 LR ...«.

Problemstillingen er tillige behandlet i den skatteretlige litteratur, hvor der synes at være forskellige holdninger til spørgsmålet.

Det er gjort gældende, at overkurs så godt som undtagelsesfrit er skattefri, og at en eventuel tilsidesættelse kun vil kunne ske, hvis overkurs er eksorbitant og da må ske med udgangspunkt i realitetsgrundsætningen²³⁶. Det synes ikke rigtigt at udstrække realitetsgrundsætningen til at omfatte denne situation. På linie hermed, men uden sidstnævnte reservation kan overkursreglen tages til indtægt for en generel ufravigelig objektiv regel²³⁷.

Endvidere er det blevet anført, at SEL § 13, stk. 1, nr. 1, kun omfatter den udtrykkeligt erklærede direkte overkurs²³⁸, mens det er mere tvivlsomt, om bestemmelsen tillige omfatter en indirekte overkurs som følge af, at formuegoder, der indskydes i et selskab som apportindskud, ved indskuddet værdiansættes for lavt²³⁹. Det er således anført, at overkursreglen ikke er noget fripas til fuldstændig skattefrihed for enhver værdiforskel mellem ydelsen af i form af indskudte værdier og modydelsen i form af udleverede aktier. Begrundelsen herfor synes at være en henvisning til TfS 1996, 696 LSR. I kendelsen fandt Landsskatte-

236. Jf. Bent Ramkov: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 516.

237. Jf. Jens Olav Engholm Jacobsen: Selskabsskatteloven med kommentarer, 1997, s. 253. Forfatteren antager, at reglen finder anvendelse hvad enten overkursen er annonceret i forbindelse med aktietegningen eller den f.eks. består i, at der faktisk indskydes aktiver med en højere værdi end pålydendet af de modtagne aktier. Videre forudsættes det, at overkursreglen finder anvendelse i forbindelse med enhver aktieudstedelse, hvorved tilskudsbetragtningen må reserveres til kapitalindskud, hvor der ikke samtidig foretages aktieudstedelse. En tilsvarende tankegang repræsenterer Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 188-189.

238. Defineret som et forskelsbeløb mellem nominel værdi og kursværdi af modtagne aktier eller anparter, jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2004/05, s. 193 f. En overkurs kan også være en favørkurs, hvis markedskursen er højere end overkursen. Overkursen kan hermed også være enten højere eller lavere end markedskursen, jf. herom Bent Ramkov: Intern Selskabsomstrukturering, 2001, s. 515, med note 112.

239. Jf. Erik Werlauff: loc.cit.

retten, at et selskab var skattepligtigt af en kursgevinst, der fremkom ved konvertering af gæld til anparter. Kursgevinsten fremkom som forskellen mellem fordringernes nominelle værdi og de modtagne anparters lavere værdi. Den retskildemæssige værdi af denne kendelse synes dog temmelig begrænset. Dels er kendelsen kritiseret²⁴⁰, dels har skatteministeriet siden taget bekræftende til genmæle, jf. TfS 1998, 116 Ø²⁴¹.

Hos *Jørgen Andersen* diskuteres problemstillingen under sondringen mellem officiel og uofficiel overkurs²⁴². Forfatteren konkluderer ikke håndfast, men finder dog, at reglen kunne fortolkes sådan, at alene officiel overkurs ved aktieemmission bør være skat frit. *Henrik Landt & Hans-Jørgen Mailand* tilslutter sig dette med følgende kommentar: »... For så vidt som selskabet principielt kan blive skattepligtigt af formueoverførsler uden samtidig aktieudstedelse ud fra et gavesynspunkt ... Vil et helt formelt overkursbegreb, angivet som enhver konstaterbar forskel mellem de indskudte værdier og den registrerede aktiekapital kunne lede til klare omgørelser. Enhver nok så minimal aktieudstedelse i forbindelse med indskud af værdier i selskabet ville legitimere indskuddet som overkurs ...»²⁴³.

Endelig udsagnet i den seneste version af Ligningsvejledningen som nævnt formode, at en overkurs efter en konkret vurdering kan tilside-sættes.

En sådan tilsidesættelse skete i TfS 2004, 126 LR (SKM 2004, 8 LR), hvor et udstedende selskab som følge af en massiv overkurs (formo-

240. Kendelsen kritiseres af *Peter Rose Bjare & Søren Sønderholm* i TfS 1996, 767, med argumentation for at anse overkursen for skattefri i henhold til SEL § 13, stk. 1, nr. 1. *Erik Werlauff* op.cit., finder dog, at dette er at strække bestemmelsen videre end den kan bære. Kritisk er også *Ole Bjørn* i SR-Skat 1996, s. 396, og SpO 1996, s. 300.

241. Dette forlig kommenteres af Skatteministeriets Departement i TfS 1998, 123. Kommentaren er dog tvetydig, idet det på den ene side anføres, at overkursreglen omfatter enhver overkurs, men samtidig, at kursgevinstloven kan finde anvendelse, selvom dette dog efter Departementets opfattelse ikke var tilfældet i den konkrete sag, hvorfor der blev taget bekræftende til genmæle. *Jane Bolander* anfører i TfS 2000, 864, at resultatet (skattefrihed ved gevinst ved gældskonvertering) ikke som anført af Departementet følger af en fortolkning af kursgevinstloven, men derimod af, det forhold, at beløbet er en skattefri overkurs. Et modsat udfald fik sagen i TfS 2000, 418 LSR, hvor et insolvent selskab blev skattepligtigt af en overkurs ved gældskonvertering. Baggrunden herfor er tilsyneladende, at der ikke kan opstå overkurs ved gældskonvertering i insolvente selskaber, idet overkurs udtrykker den betaling, der sker ud over aktiernes nominelle værdi og betalingen ved gældskonvertering skal værdiansættes ud fra fordringens værdi, som netop ved insolvens er under 100, jf. herom *Jane Bolander* op.cit.

242. Jf. Selskabsbeskatning, 1966, s. 116 ff.

243. Jf. Beskatning af selskaber og foreninger, 1979, s. 73.

dentlig ca. 23 mio. kr.) blev tilskudsbeskattet af forskellen mellem de indskudte aktiers værdi og vederlaget i form af de udstedte aktier nominelle værdi. Ligningsrådet lagde herved vægt på, at der var tale om en maskeret disposition. Det blev således anført, at »... *En transaktion der – ikklædt en ydre form – formelt fremstår som en overkurs ved kapitaludvidelse, mens der reelt er tale om en vederlagsfri overførsel af midler fra en formuesfære til en anden og dermed om et skattepligtigt tilskud til M2 A/S, jf. statsskattelovens § 4 ...*«. Der blev endvidere henset til det betydelige misforhold mellem de indskudte aktiers indre værdi og vederlaget herfor. Det blev på den baggrund anført, at overdragelsen afveg så meget fra forretningsmæssige vilkår, at dispositionen alene kunne anses begrundet i aktionærernes interesse og ønske om at undgå beskatning i forbindelse med en påtænkt omstrukturering af koncernen.

Afgørelsen er formentlig konkret begrundet i en omgåelse af dagældende omstruktureringsregler, men synes trods dette af tvivlsom rigtighed. Som det ses nås resultatet ud fra en realitetsbedømmelse. I henhold til denne realitetsbedømmelse vurderes det, at en overkurs reelt ikke er en overkurs men i stedet udgør et tilskud. Årsagen hertil er angiveligt en kombinationen af hensigten med dispositionen og den beløbsmæssige afvigelse fra armslængdeprincippet. Det er imidlertid tvivlsomt, om der er tale om nogen faktisk modstrid mellem form og indhold. Overkursbegrebet skal forstås i overensstemmelse med civilretten og må nok udstrækkes til at gælde enhver overkurs, uanset formålet hermed og overkursens størrelse²⁴⁴.

En egentlig dispositionskorrektur i tilfælde af for stor overkurs synes at måtte forudsætte, at betalingen ikke blot ændrer betegnelse men i stedet anses for ikke at være gennemført.

Det grundlæggende spørgsmål er, hvordan skattepligtige tilskud efter SL § 4 eller skattepligtige kursgevinster skal afgrænses i forhold til skattefri overkurs.

For så vidt angår tilskudsbeskatning, må det klart forudsættes, at der rent faktisk er sket en begunstiggelse af emmitterende selskab, idet SL §

244. Synspunktet støttes af kommentaren fra Skatteministeriets Departement i TfS 1998, 123. Heri hedder det, at skattefriheden efter SEL § 13, stk. 1, nr. 1 ikke er betinget af, at overkursen ikke overstiger de udstedte aktiers eller anparters indre værdi eller markedskursen.

4 ellers ikke kan finde anvendelse²⁴⁵. I fuldstændigt integrerede koncernforhold og eneaktionærforhold vil denne formuefremgang ikke være til stede, idet der så at sige er sket indirekte vederlæggelse gennem den merværdi aktierne i selskabet, alt andet lige, må repræsentere. I det omfang der overhovedet er mulighed for en tilskudsbeskatning, må en sådan da som mindstemål reserveres til de situationer, hvor der ikke er tale om eneaktionærer. Er der medaktionærer med inde i billedet, fordeles merværdien som udgangspunkt – med mindre andet er aftalt – forholdsmæssigt på alle aktionærer. Selskabet og medaktionærerne er herved tilført en formuefordel uden tilsvarende modydelse²⁴⁶.

SEL § 13, stk. 1, nr. 1 er en objektivt formuleret bestemmelse, som ikke efter forgodtbefindende kan tilsidesættes. I medfør af legalitetsprincippet må der ganske enkelt lovgivningstiltag til, som det da også ses på ganske mange beslægtede områder²⁴⁷. SEL § 13, stk. 1, nr. 1, må ses som en specifik undtagelse til SL § 4 som finder anvendelse ved enhver kapitalforhøjelse med overkurs. Dette må selvsagt også gælde indirekte overkurs, som fremkommer ved indskud af aktiver til en for lav pris. Indirekte overkurs og høj overkurs synes dermed tillige at falde inden for overkursbegrebet i såvel civilretten som skatteretten. Den eneste undtagelse hertil synes at være den situation, hvor en del af overkursen er at betragte som rente, der af aktionærerne vil kunne fradrages ved opgørelsen af deres skattepligtige indkomst, idet rentebeløbet må beskattes hos selskabet²⁴⁸.

TfS 2004, 126 LR, har vakt international bevågenhed, ligesom afgø-

245. Erik Werlauff: op.cit., synes at ville anlægge en gavebetragtning for det modtagende selskab. En sådan fremgangsmåde synes forladt allerede i tidlig praksis, jf. herom Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 188 f og s. 309 begge steder med omtale af den principielle kendelse i LSR 1962, 172.

246. I disse tilfælde kan der tillige argumenteres for at beskatte medaktionærerne af den modtagne formuefordel. I henhold til gældende praksis er dette dog ikke tilfældet, jf. TfS 1995, 803 LSR, hvor landsskatteretten ikke fandt hjemmel til at beskatte visse aktionærers (medarbejdernes) urealiserede værdistigning opstået ved ikke at deltage i en kapitaludvidelse, mens en anden aktionær (moderselskabet) deltog. Se om nævnte kendelse Bent Ramskov: Intern Selskabsomstrukturering, 2001, s. 517 f, og Ole Bjørn i SR-Skat 1996, s. 13 f. Ligningsrådets afgørelse er kritiseret af Gitte Skouby i TfS 1994, 482, Ole Bjørn i SR-Skat 1994, s. 280 f og redaktionelt i SpO 1994, s. 217.

247. Jf. senest TfS 2003, 889 H Over-Hold ApS, og herom Aage Michelsen i R&R 2004 SM, s. 2 ff, Hans Severin Hansen i TfS 2004, 88 samt Jakob Bundgaard i TfS 2004, 68.

248. Jf. J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså: Beskatning af selskaber og aktionærer mv., 1961, s. 75.

relsen har affødt en del kommentarer i teorien²⁴⁹. Afgørelsen er kommenteret af *Tommy V. Christiansen*²⁵⁰. Forfatteren sætter ikke spørgsmålstegn ved rigtigheden heraf, men finder dog, at der er tvivl om rækkevidden. Dog slås det fast, at der givetvis ikke kan ske beskatning i tilfælde af nytægning uden nogen forskydning af de hidtidige aktionæres aktiebesiddelse. Dette må efter forfatterens opfattelse gælde, uanset overkursens størrelse og uanset, hvorvidt overkursen overstiger, hvad en uafhængig køber ville betale for de nytegnede aktier.

Ole Bjørn har ligeledes kommenteret afgørelsen og finder, at den udtrykker en retstilstand, hvorefter man ikke kan undgå den beskatning, som SL § 4 medfører, når man overfører værdier til et fremmed retssubjekt ved at foretage en i den forbindelse ligegyldig kapitaludvidelse, som alene har til formål at undgå tilskudsbeskatning²⁵¹. Fremgangsmåden rubriceres efter *Ole Bjørns* opfattelse som omgåelse eller misbrug. Det anføres, at det derfor er et udslag af almindelige fortolkningsprincipper, at tilfældet reelt henføres under den bestemmelse, der kvalificerer hovedindholdet, selvom tilfældet lovmæssigt også er omfattet af en anden bestemmelse²⁵². At man kan indfortolke subjektive kriterier ved anvendelse af helt objektive skattelovbestemmelser synes dog umiddelbart vanskeligt at forene med Højesteretspraksis om problemstillingen²⁵³.

Endvidere har *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* kommenteret afgørelsen²⁵⁴. Heri antages det, at samspillet mellem SEL § 13, stk. 1, nr. 1, og SL § 4, kan løses efter de almindelige derogationsprincipper således, at en *lex specialis* betragtning som udgangspunkt fører til forrang for

249. Således fremkom der på baggrund heraf en række såkaldte »tax alerts«, hvis indhold gik ud på at en række selskabsomstruktureringer i Danmark som følge af afgørelsen var i farezonen. Der var tale om en overdrivelse.

250. Jf. JUS 2004/11.

251. Jf. SR-Skat 2004, s. 123 f.

252. Forfatteren anfører, at overkursreglen dermed ikke reelt er sat ud af kraft, idet kun de situationer, hvor en disposition, der reelt har et helt andet hovedformål vilkårligt bringes ind under overkursreglen, er der fare for at konflikten løses på samme måde som i Ligningsrådets afgørelse. Forfatteren antager endelig, at det ovenfor citerede uddrag fra ligningsvejledningen ses at bekræfte det anførte om, at tilsidesættelse kun sker i egentlige misbrugssituationer. På linie hermed må læses *Martin K. Jensen* i TfS 2004, 706. Forfatteren finder, at tilskudsbeskatning vil finde sted ved væsentlige skævdeler mellem aktionærerne. Endelig ønsker forfatteren tillige at tillægge parternes hensigt (tilstedeværelsen af en forretningsmæssig begrundelse) betydning.

253. Jf. senest TfS 2003, 889 *Over-Hold ApS*.

254. Jf. TfS 2004, 281.

SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Forfatterne antager, at der er tale om et tæt og velkoordineret samspil mellem de selskabs- og de skatteretlige regler og at spørgsmålet følgelig er, om givne dispositioner »sprænger rammerne« for overkursreglen i SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Imod at anse en disposition for at have spundet rammerne for overkursreglen anføres det, at der er tale om en selskabsretlig disposition, som utvivlsomt er kommet civilretligt til eksistens, jf. ASL § 111, og at en negligering af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, vil være en fravigelse fra den civilretlige virkelighed. En sådan fravigelse finder forfatterne nødvendigvis må fordre solide holdepunkter. For så vidt angår den konkrete sag i TfS 2004, 126 LR, finder forfatterne, at der foreligger et sådant holdepunkt, idet hensigten og rationalet bag overkursreglen i den grad var fraveget i den konkrete sag. Forfatterne finder således, at det fremgår af overkursreglens oprindelige ordlyd fra 1922 (formentlig særligt ordene »*er at betragte som Forøgelse af Aktionærernes Kapitalindskud.*«) og begrundelsen for dens vedtagelse, at skattefriheden er baseret på et »ligevægtsprincip«²⁵⁵. Herved forstås, at aktiernes værdi gennem indskuddet typisk vil stige med værdien af det indskudte beløb. Endvidere anser forfatterne reale grunde for at tale for resultatet, idet visse generationsskifter ellers ville kunne gennemføres uden skattemæssige konsekvenser. *Vinther og Werlauff* støtter således udfaldet af TfS 2004, 126 LR, men kritiserer begrundelsen. Den rigtige begrundelse ligger efter forfatternes opfattelse i *lex specialis* princippet forrang for *lex generalis*. Det anføres, at det først er muligt at anvende *lex generalis*, når det ud fra almindelige lovfortolkningsprincipper er fastslået, at *lex specialis* (her SEL § 13, stk. 1, nr. 1) ikke kan finde anvendelse. I den konkrete afgørelse finder forfatterne således, at der ikke var grundlag for at anvende *lex specialis*, og man følgelig måtte falde tilbage på *lex generalis*.

Synspunktet forekommer sympatisk. Det synes dog svært at indfortolke det nævnte ligevægtsprincip i de foreliggende retskilder. I hvert tilfælde må det fastholdes, at der ikke findes retningslinier for håndteringen af dette princip, herunder hvor stor en aktiebesiddelse, der skal til for at opfylde princippet ligevægtskrav, ligesom enhver overkurs fra enkelte aktionærer i tilfælde af at selskabet ejes af flere aktionærer efter dette ligevægtsprincip i givet fald måtte udløse tilskudsbeskatning. I

255. Begrundelsen for vedtagelsen af overkursreglen findes i UfR 1912, 212 H, hvor Højesteret fandt, at en overkurs – på linie med et indskud til parikurs – måtte anses som et kapitalindskud og ikke som en skattepligtig indtægt.

praksis ses overkursreglen da også anvendt uden skelen hertil i langt de fleste situationer. Ligeledes ses det, at Skatteministeriets Departement tidligere må siges at have afvist eksistensen af et sådant princip, jf. TfS 1998, 123.

Yderligere er afgørelsen kommenteret af *Niels Josephsen*²⁵⁶. Forfatteren er hverken enig i resultat eller begrundelse og frygter på baggrund af erfaring med lokale skattemyndigheder, at afgørelsen reelt betyder, at der er indført en kapitaltilførselsafgift på 30%. Forfatteren finder afgørelsen i strid med formålet bag SEL § 13, men tilslutter sig standpunktet om, at reale grunde talte for, at den pågældende transaktion ikke skulle gennemføres, idet der skete en stor værdiforskydning fra en aktionær til en anden. I stedet for den valgte løsning er forfatteren i stedet af den opfattelse, at det emitterende selskabs moderselskab burde være beskattet af sin værdistigning på sine aktier, uanset afgørelsen i TfS 1995, 803 LSR. Denne udlægning kan ikke tilsluttes.

Endelig er afgørelsen kommenteret af *Jan Pedersen*²⁵⁷. Forfatteren konkluderer, at afgørelsen er tvivlsom i retlig henseende, og at resultatet trods skattepolitisk behov, alene kan nås ved en lovændring.

Sammenfattende er det tvivlsomt, hvorvidt der er hjemmel til at gennemføre en tilskudsbeskatning af overkurs, selvom reale hensyn taler for at begrænse anvendelsesområdet for SEL § 13, stk. 1, nr. 1²⁵⁸. Hermed må en almindelig fortolkning af de foreliggende retskilder føre til det resultat, at skatteretten ikke kan fravige civilretten. Den nævnte praksis må i dette lys anses som forkert. I mangel af klare holdepunkter og henset til de praktiske vanskeligheder en sådan fortolkning ville skabe, må en eventuel skattepligt i medfør af SL § 4 begrænses til de absolutte undtagelsestilfælde. Skulle jeg derfor tilslutte mig en af de overfor præsenterede udlægninger af retstilstanden, måtte det da blive den, som *Ole Bjørn* har gjort sig til talsmand for, dvs. at omgåelse af SL § 4 i ekstreme tilfælde, kan ske ved anvendelse af SEL § 13, stk. 1, nr. 1, hvilket således ikke sætter SL § 4, ud af kraft.

En overkurs er også tilsidesat i TfS 2005, 42 LSR, hvor der i stedet blev antaget at foreligge en skattepligtig udlodning fra en forening.

256. Jf. R&R 2004 SM, s. 202 ff.

257. Jf. R&R 2005 SM 50 ff.

258. Særligt ville en almindelig tilskudsbeskatning kunne undgås ved »gaveoverførsler« fra selskabets aktionærer ved i stedet tegne mindre aktieposter i forbindelse med indskuddet. Men spørgsmålet er, hvorvidt sådanne hensyn er tilstrækkeligt til at fortolke en objektiv bestemmelse klart indskrænkende for ikke at sige at bortse fra dennes ordlyd.

Del IV – Konfrontation

Sagen drejede sig dog ikke om fortolkningen af SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Sagen omhandlede en forening, som havde to medlemmer (begge aktieselskaber). De to aktieselskaber stiftede i fællesskab endnu et aktieselskab med en kapital på nominelt 500.000 kr. Herefter tegnede foreningen nominelt 25.000 kr. i samme aktieselskab til en massiv overkurs, hvorved blev indskudt 9 mio. kr. mod en aktiebesiddelse på 4,76%. Ved denne manøvre konverterede medlemmerne en skattepligtig udlodning fra foreningen til en mulig skattefri aktieavance, ved et senere salg aktierne i det nystiftede aktieselskab. Til dette bemærkede Landsskatteretten, at foreningen ved at tegne aktier i aktieselskabet til overkurs tilførte midler til selskabet, hvorved de øvrige aktionærs aktier, som var tegnet til pari, steg kraftigt i værdi. Med henvisning til TfS 1995, 803 LSR, bemærkede Landsskatteretten at en sådan værdiforøgelse ikke er skattepligtig efter aktieavancebeskatningsloven. Landsskatteretten lagde endvidere vægt på, at det samlede direkte og indirekte ejerforhold i det nystiftede aktieselskab svarede til de respektive medlemmers ejerandel i foreningen, som den skulle opgøres ved foreningens ophør. Endvidere blev det konstateret, at foreningens tegningsbeløb i selskabet i det væsentligste udgjorde hele foreningens formue, og at indskuddet måtte anses som uden risiko for foreningen, hvorved der blandt andet blev henset til selskabets formål som bestod i fortsat varetægelse af foreningens indskudte investeringsaktiver. Landsskatteretten lagde til grund, at overkursen alene kunne anses for aftalt som følge af stifternes sammenfaldende skattemæssige interesser i at omdanne foreningen til selskab, og i at konvertere en skattepligtig udbetaling fra foreningen til mulighed for erhvervelse af skattefri aktieavance. Endelig blev der henset til stifternes bestemmende indflydelse i foreningen. Under disse omstændigheder fandt Landsskatteretten, at foreningens indbetaling af overkurs måtte anses som en skattepligtig udlodning fra foreningen til medlemmerne, jf. SL § 4. Herefter blev det klagende medlemsaktieselskab beskattet af forskellen mellem den nominelt tegnede kapital og det samlede indskudte beløb. Herved ses det, at Landsskatteretten trods alt ikke tilsidesatte selve foreningens kapitalindskud og aktietegning, men alene omkvalificerede overkursen til en skattepligtig medlemsudlodning. Kendelsens resultat synes begrundet i rene omgåelsesbetragtninger²⁵⁹.

259. Kendelsen er kommenteret af *Tommy V. Christiansen* i JUS 2005/6 og *Jan Pedersen* i R&R 2005 SM 50 ff. Sidstnævnte konstaterer, at kendelsen er udtryk for en acceptabel

**3.3.3.5. Afvejning af hensyn og vurdering –
evalueringsprocessens trin 3-4**

Analysen har vist, at der består et samspil mellem skatteret og civilret i forbindelse med reguleringen af overkurs ved stiftelse og emission i kapitalsekskaber. Således må det klart antages, at civilrettens begrebsdannelse ligger til grund for den skatteretlige begrebsanvendelse. I langt de fleste situationer opretholdes dette udgangspunkt ved den skatteretlige retsanvendelse. Dette forhold må således bifaldes i lyset af de konstaterede kongruenskrav- og behov. Dog er dette udgangspunkt igen i den senere tid sat under pres. Der er således i praksis set et eksempel på, at en overkurs konkret kan anses for at være et skattepligtigt tilskud. Heri ligger en markant fravigelse fra det civilretlige begrebsgrundlag, hvorefter enhver overkurs er overkurs. Dog er det ligeledes klart, at visse hensyn kan legitimere en sådan fravigelse i skatteretlig henseende. Hvis praksis skal fortolkes sådan, at der alene er tale om en skatteretlig tilsidesættelse af civilretten i visse grove tilfælde af omgåelse eller misbrug, synes der ikke at kunne rettes alvorlige indvendinger mod dette. Hvis derimod praksis skal fortolkes sådan, at den skatteretlige overkursregel indeholder et særligt ligevægtsprincip, er der derimod tale om en mere generel skatteretlig afvigelse fra det civilretlige grundlag. En sådan afvigelse må i lyset af det konstaterede stærke retskildemæssige kongruenskrav i det mindste forudsætte stærke holdpunkter herfor. Idet sådanne ikke synes at være til stede, kan en sådan formaliseret skatteretlig fravigelse fra det bagvedliggende civilretlige begreb ikke accepteres.

Sammenfattende synes det dog ikke muligt på baggrund af den eksisterende spinkle praksis at konstatere, om samspillet mellem civilretten og skatteretten i praksis fungerer tilfredsstillende. I langt de fleste situationer må dette dog antages at være tilfældet.

realitetsbedømmelse og at rækkevidden derfor er begrænset til den situation, hvor aktietegningen til overkurs dækker over en anden og i skatteretlig henseende forskellig transaktion. Dog kritiserer forfatteren beskattningen af formuestigningen hos aktionærerne/foreningens medlemmer.

3.4. Afgrænsning af egenkapital overfor fremmedkapital?

3.4.1. Indledning

Der ses ikke noget steds i dansk teori eller praksis at være opstillet udtømmende retningslinier for disse afgrænsningsspørgsmål under ét. Derimod findes der visse retningslinier til brug for løsningen af de konkrete afgrænsningsspørgsmål.

Selskaber har behov for kapital til påbegyndelse, udøvelse og udvidelse af erhvervsaktivitet. Med henblik på at gøre selskabsinvesteringer attraktive må selskaberne tilbyde potentielle investorer et investeringsafkast. Dette kan bestå enten i en periodisk betaling af en vis sum (rentebetalinger), periodiske andele af indtjeningen (udbytter) eller en kombination af de to. Samtidig kan afkastet ligeledes opnås ved at realisere akkumuleret indtjening ved salg af aktierne i selskabet. Selvom forskellene mellem fremmed- og egenkapital måske kan forekomme åbenlyse, er det ikke muligt helt at holde begreberne adskilt og præcist fremhæve forskellene. Der kan dog udsondres såvel juridiske som økonomiske forskelle mellem finansieringsformerne²⁶⁰. Som *juridiske forskelle* på egen- og fremmedkapital kan anføres²⁶¹:

- Aktieejere er normalt berettigede til en andel af selskabets indtjening.
- Aktieejere er dog ikke berettigede til at få deres investering igen medmindre selskabet opløses.
- Aktieejers risiko er normalt begrænset til den indskudte egenkapital.
- Det er muligt at sælge aktien til den værdi den har her og nu, hvad enten denne udgør mere eller mindre end det oprindelige investeringsbeløb.

260. Fremhævet af OECD's fiskal-kommitte i *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, 1987, s. 8 f.

261. *Lars Hedegaard Kristensen* giver i *Studier i erhvervsfinansieringsret*, 2003, s. 380 f, en oversigt på forskelle mellem egen- og fremmedkapital specifikt i forhold til dansk aktie- og anpartsselskaber. For det første medfører optagelse af egenkapital, at der må afgives indflydelse i virksomheden, hvis egenkapitalen indskydes af andre end de hidtidige ejere. Fremmedkapitalen giver som udgangspunkt ikke noget krav på medindflydelse i virksomheden. For det andet medfører optagelse af egenkapital, at indskyderen får andel i virksomhedens værditilvækst. Fremmedkapitalen giver ikke uden særlig vedtagelse nogen andel i værditilvæksten eller i udbyttet. For det tredje er vederlaget til egenkapitalen set fra selskabets side umiddelbart økonomisk tungere at bære end vederlaget til fremmedkapitalen, idet udbytter ikke er fradragsberettigede. For det fjerde er egenkapitalen i aktie- og anpartsselskaber mere bundet end fremmedkapitalen.

- Långiver er berettiget til en fastsat rentebetaling (eller lignende) uanset, hvordan selskabets indtjening i øvrigt er.
- Långiver vil normalt få sin investering igen efter et stykke tid.
- Långiver kan dog også ved afståelse af fordringen påføres et værdiudsving, enten i op- eller nedgående retning.
- Begge risikerer at tabe hele investeringen.

Den *økonomiske forskel* mellem egenkapital og fremmedkapital ses derved, at långivere kan se frem til en periodisk og fikseret belønning for den til rådighed stillede kapital, mens aktionærer er afhængige af selskabsorganernes beslutning om udbytteudlodning. Dette medfører alt andet lige større bevægelsesfrihed for selskaber, der er finansieret ved egenkapital. Hertil kommer nok den vigtigste forskel i skattemæssig henseende, nemlig at egenkapitalinvesteringer er designet til at skabe et afkast til investor i form af udlodninger, mens låneinvesteringer for debitor er en udgift, der skal afholdes, førend der kan tilvejebringes et overskud af hvilket, der kan foretages udlodninger.

I selskabers praktiske hverdag findes der et utal af finansieringssammensætninger. Karakteristisk er, at disse oftest ikke er skattemæssigt motiveret, men snarere afhænger af økonomiske og forretningsmæssige ønsker eller nødvendigheder.

Det kan anses som karakteristika for indskud af fremmedkapital; at den juridiske person er pålagt en aktuel retlig og reel pligt til at betale renter og afdrag i et gældsforhold hidrørende fra indskud af fremmedkapital. Hvor der opstår tvivl, må forholdet underkastes en konkret vurdering²⁶². Momenter, som underbygger tilstedeværelsen af forrentning og afdrag på fremmedkapital kan være:

- om der findes forfaldsdato,
- forfaldsbetingelser,
- ordinære ydelsesdatoer,
- om kreditor har ret til at gennemtvinge betaling af ydelser på lige fod med andre kreditorer, og endelig,
- om det indskudte beløb forrentes og fyldestgøres på linie med øvrige kreditorer ved opløsning.

262. Jf. herom *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 235 ff.

Selvom der ikke kan fastsættes entydige krav til fast forrentning af indskudt fremmedkapital (ud over armlængde kravet), vil det dog formentlig indicere, at der ikke foreligger et egentligt låneforhold, såfremt renten fastsættes i forhold til selskabets egenhændige beslutning i forhold til selskabets overskud eller lignende, men snarere at indskuddet vil blive anset som et egenkapitalindskud.

Er en gældsforpligtelse påtaget ved en juridisk persons egenhændige beslutning, uden at der samtidig tilføres kapital fra indskydere, men blot overgives gældsbreve til disse, må selve gældspåtagelsen anses som en udlodning af udbytte opgjort til kursværdien af den påtagne gæld²⁶³.

Sondringen mellem gæld og egenkapital giver, så vidt ses, ikke anledning til store problemer i forhold til nationale finansieringsdispositioner, idet alt andet end registreret selskabskapital i aktie- og anpartselskaber er gæld eller tilskud²⁶⁴. Derimod kan grænsedragningen volde flere vanskeligheder i forbindelse med internationale transaktioner, hvor der eksempelvis kan forekomme afvigelser i definitionerne forskellige lande imellem²⁶⁵.

Et specifikt udslag af sondringen ses ved afgrænsning af deltagelse i personselskaber overfor långivning. Dette er temaet for det følgende.

3.4.2. Personsselskabsdeltagelse

3.4.2.1. Den civilretlige afgrænsning af deltagelse i personsselskaber

A) Alment

I selskabsretlig teori og praksis har begrebet selskabsdeltagelse gennem tiderne været til diskussion og pådømmelse, og hovedspørgsmålet har været, om en indskyder i selskaber (stille deltager, interessent eller kommanditist) skal have en selskabsdeltagers eller en långivers retsstilling, og dermed om selskabsretlige eller kreditretlige regler skal finde anvendelse på forholdet.

263. Op.cit., s. 484.

264. Dette gælder også, hvis indskyder i forvejen er selskabsdeltager, jf. TfS 1984, 189 Ø Allan Jørgen Rosenvinge.

265. Jf. Hans Severin Hansen & Clive Baxter i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, 2000, s. 253.

Sondringen mellem selskabsdeltagelse og lån har ikke relevans i forbindelse med *aktie- og anpartsselskaber*, idet stiftelsen af disse selskaber og tilvejebringelsen af disses egenkapital er formbunden²⁶⁶. Ved aktie- og anpartsselskaber vil problemstillingen vanskeligt kunne opstå, idet indskydere i sådanne selskaber enten har købt eller tegnet en aktie eller anpart, eller så har de ikke²⁶⁷. Der opstår usikkerhed, så snart det drejer sig om de mere formløst stiftede og regulerede selskabsformer som interessentskaber, kommanditselskaber og det såkaldte stille selskab, der principielt stiftes ved en formløs aftale mellem deltagerne, der i fællesskab træffer beslutning om virksomhedens udførelse²⁶⁸. Spørgsmålet om eksistensen af en stille selskabsdeltager eller blot en selskabsdeltager dukker således primært op ved enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber og kommanditselskaber.

Begrebet »selskabsdeltagelse« anvendes generelt i civilretten og synes at have samme indhold i de forskellige situationer.

Afgrænsningen af lån og selskabsdeltagelse har betydning i forholdet interpartes og i insolvenssituationen, idet det i sådanne situationer er centralt at afgøre, hvilken retsstilling indskyderen har, herunder hvilken anmeldelsesprioritet indskuddet har²⁶⁹. I samme forbindelse har det betydning at kunne fastslå, hvorvidt en indskyder hæfter over for selskabets medkontrahenter (tredjemand)²⁷⁰. Man kan tænke sig, at en indskyder træder tilbage i forhold til kreditorerne, selv om han ikke hæfter for gælden. Til etableringen af et hæftelsesforhold kræves antageligvis mere end til en tilbagetrædelse²⁷¹.

I langt de fleste tilfælde er der *væsentlig forskel på lån og selskabsdel-*

266. Jf. *Jesper Berning*: Finansieringsret, 1977, s. 162.

267. Jf. *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 159 og 165, og *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589. Sidstnævnte forfatter foretrækker af denne årsag betegnelsen »medejerskab« frem for selskabsdeltagelse, idet sidstnævnte kan lede tankerne hen på aktie- eller anpartsselskaber. Dog bemærkes det samtidig, at spørgsmålet om tilstedeværelsen af en sleeping partner formentlig vil kunne opstå i forbindelse med selskaber omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2. Dette er formentlig rigtigt. Det erindres herved, at der ikke gælder specifikke selskabsretlige kapitalkrav for sådanne selskaber.

268. Jf. herom *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 203.

269. Jf. *Jesper Berning*: Finansieringsret, 1977, s. 43, *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 71 og *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 120. En del af dette spørgsmål består i at fastslå, om indskyderens kreditorer har samme retsstilling som indskyderen.

270. Jf. eksempelvis *Søren Friis Hansen* i SpO 2003, s. 10, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 120, og *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 36.

271. Jf. *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 36.

Del IV – Konfrontation

tagelse. Lån er karakteriseret ved, at det forrentes med en på forhånd aftalt rente, og at indskyderen har krav på at få lånets pålydende tilbagebetalt ved forfaldstid, og at der faktisk findes et forfaldstidspunkt eller en afdragsplan²⁷². Ved selskabsdeltagelse deltager indskyderen i virksomhedens overskud og tab, og indskuddet tilbagebetales ikke før selskabets opløses²⁷³. Parterne har imidlertid frihed til at udforme aftalen efter deres individuelle behov, og man finder derfor i praksis mange aftaler, hvis indhold giver indskyderen en retsstilling, som hverken ligner ren selskabsdeltagelse eller ren långivning. Både selskabsretligt og skatteretligt beror det på en *konkret vurdering*, om en person kan kvalificeres som selskabsdeltager. Man må her lægge vægt på såvel de kontraktsmæssige som de faktiske omstændigheder.

En stor del af den selskabsretlige praksis og diskussion om grænse-
dragningen af lån overfor selskabsdeltagelse har drejet sig om »stille selskabsdeltagelse« (sleeping partners) og/eller »stille selskab«. Terminologien er uklar, ligesom det er uklart, hvilke retlige regler der gælder herfor. Således er begeben stille selskab eller stille selskabsdeltagelse blevet benyttet om såvel særegne låneforhold, som egentlig selskabsdeltagelse og samtidig som en samlekategori, der omfatter såvel låneforhold som selskabsforhold²⁷⁴. Det er således klart, at man på dette grundlag ikke kan udtale sig med blot nogenlunde sikkerhed. Det er derfor ikke overraskende, at det tillige har været overvejet, om det overhovedet er meningsgivende at operere med terminologien²⁷⁵. Dette har ledt visse teoretikere til at fremsætte det forslag, at terminologien ændres fra stille selskab til i stedet en todeling mellem på den ene side

272. Jf. *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 203, og *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 428.

273. Jf. *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 203, og *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 429.

274. Der kan henvises til *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 156 ff, *Kristian Sindballe*: Dansk selskabsret I, 1929, s. 192 ff, *Bernhard Gomard*: Selskabsretten, 1999, s. 119 ff, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 117 ff, *Erik Hørlyck* Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 35 ff, *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 67 ff, samme i TfS 1992, 190, *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret III, 2004, s. 176 ff, *Noe Munck* i Selskabsformerne, 2002, s. 148 ff, samme i Valg af selskabsform, 2000, s. 102 ff, samme i Selskabers kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), Lars Bo Langsted (red.), 1999, s. 94 ff, samme med *Henrik Juul Hansen* i UfR 1999 B, s. 437 ff, *John Peter Andersen* i UfR 1983 B, s. 373 ff, samme i UfR 1984 B, s. 380 ff, *Jørgen Nørgaard* i UfR 1984 B, s. 279 ff, og samme i UfR 1985 B, s. 84 f samt *Peter Ring* i UfR 2003 B, s. 131 ff.

275. Jf. *Erik Hørlyck* der i Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 37, anfører, at det for så vidt er et spørgsmål, om der overhovedet er grundlag for at opretholde den vildledende betegnelse det »stille selskab«. Forfatteren anfører, at den relevante opgave ikke er at vurdere, om der i et givent tilfælde foreligger et stille selskab, men derimod hvilken

»det indre selskab«²⁷⁶, der omfatter de egentlige selskabsforhold og atypiske låneforhold på den anden²⁷⁷. Kriteriet om medejendomsret, jf. nedenfor, opfattes i henhold til denne inddeling som det primære kriterium, der peger i retning af selskabsdeltagelse, mens stille selskabsforhold uden medejendomsret behandles som låneforhold²⁷⁸. Navnlig på baggrund af nyere domspraksis er der atter sat spørgsmålstegn ved, om »det indre selskab« består som selvstændig selskabsform i området mellem låneforholdene og interessentskaberne og kommanditselskaberne²⁷⁹.

retlig karakter et givet indskud har: (1) sædvanlig kreditorposition, (2) et tilbagebetalingskrav der træder tilbage for andre kreditorer eller (3) om der i virkeligheden er tale om et interessentskab eller et forhold, der hæftelsesmæssigt svarer hertil.

276. Med inspiration fra norsk ret.

277. *Noe Munck* i Selskabsformerne, 2002, s. 148 ff, samme i Valg af selskabsform, 2000, s. 102 ff, samme i Selskabers kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), Lars Bo Langsted (red.), 1999, s. 94 ff, samme med *Henrik Juul Hansen* i UfR 1999 B, s. 437 ff. Forfatterne finder direkte støtte for deres standpunkt i retspraksis.

278. Jf. særligt *Noe Munck* i Selskabers kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), Lars Bo Langsted (red.), 1999, s. 114 ff.

279. Jf. *Søren Friis Hansen* i NTS 2002, s. 394, og samme i Lærebog i Selskabsret III, 2003, s. 168 ff. Således er det med Erhvervsankenævnets kendelse af 10. oktober 2002 fastslået, at indre selskaber, hvor samvirkets virksomhed ejes af et *aktie- eller anpartsselskab*, mens en række ikke hæftende fysiske personer tillige deltager, er omfattet af de præceptive regler for kommanditselskaber. Dette følger af det såkaldte GmbH & Co-Direktiv (90/605). Et sådant selskab skal derfor registreres som et kommanditselskab i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. dennes lovs § 2, stk. 3, 2. pkt., ligesom selskabet skal aflægge årsregnskab efter reglerne for Regnskabsklasse B. Hvad samtidig angår indre selskaber, hvor virksomhedsindehaveren er en *fysisk person* fremhæver forfatteren UfR 2002, 844 H, som værende af væsentlig betydning for spørgsmålet om anerkendelse af det stille selskab. Forfatteren konstaterer, at det herved i skatteretlig henseende ligger fast, at en person, der er deltager i et personselskab, og som alene hæfter med sit indskud for virksomhedens forpligtelser, skal betragtes som kommanditist. Det konkluderes derfor, at det stille selskab ikke anerkendes i skatteretlig henseende. Også TfS 2002, 317 LR tages til indtægt for dette standpunkt. På baggrund af denne praksis antager *Søren Friis Hansen* op.cit., at der næppe efter gældende ret kan findes plads for anerkendelse af en selvstændig selskabsform i området mellem de egentlige lån, det almindelige interessentskab og det almindelige kommanditselskab. Sml. med udtalelsen hos *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 118. Baggrunden for antagelsen er, at det efter forfatterens opfattelse må konkluderes, at det i UfR 2002, 844 H, foreliggende samvirke også i selskabsretlig henseende skal kvalificeres som et kommanditselskab, jf. herved også LEV § 2, stk. 2. *Søren Friis Hansen* drager efter min vurdering vidtgående konsekvenser af det forhold, at skatteretten behandler selskabsdeltagere som enten kommanditister eller interessenter. Herved siges der for så vidt ikke noget om, hvorvidt et stille selskab anerkendes i skatteretlig henseende. Det står jo klart, at der ikke er tale om noget selvstændigt skattesubjekt, og at vi derfor bør beskatte deltagerne efter de gældende regler for indkomstopgørelsen vedrørende deltagelse i personselskaber, og at der skal foretages et valg mellem disse regler. *Erik Werlauff* synes da også i Selskabsskatteret, 2004/05, s. 145, at forudsætte, at stille

B) Momenter ved grænsedragningen mellem långivning og selskabsdeltagelse

Uanset den teoretiske diskussion, har afgrænsningen af selskabsdeltagelse og långivning i selskabsretlig teori og praksis været løst ved en konkret vurdering, hvori har indgået en lang række momenter. I det følgende redegøres for disse momenter²⁸⁰.

i) Formodning for lån

Udgangspunktet synes at være, at der i dansk ret består en formodning for at et indskud – uden offentliggørelse – udgør långivning og ikke selskabsdeltagelse (medejers). Hermed fyldestgøres indskyderen i konkurssituationen på linie med andre kreditorer. En fravigelse fra dette udgangspunkt synes at forudsætte klare indikationer for noget andet²⁸¹. Det står samtidig klart, at lånevilkår kan variere ganske meget, herunder ved at der optræder kendetegn fra selskabsdeltagelsen dog uden, at der herved bliver tale om selskabsdeltagelse. Problemet i praksis er, hvornår indskudsftalen/bidragftsftalens indhold afviger så meget fra en almindelig låneftales vilkår, at bidragsyderen må affinde sig med at skulle stå tilbage for de øvrige kreditorer.

selskaber ikke helt er udelukket blot fordi selskabsdeltagerne i de konkrete sager blev behandlet som kommanditister. Forfatteren ser derimod dette som udslag af en skatteretlig omkvalifikation.

280. Afgrænsningsspørgsmålet har i praksis blandt andet været fremme i UfR 1891, 730 SH, UfR 1896, 4 SH, UfR 1915, 422 H, UfR 1916, 1081 H, UfR 1917, 852 H, UfR 1924, 42 H, UfR 1951, 24 H, UfR 1954, 405 H, UfR 1955, 967 SH, UfR 1956, 666 H, UfR 1086 V, UfR 1959, 351 H, UfR 1961, 255 Ø, UfR 1968, 150 V, UfR 1971, 868 Ø, UfR 1976, 74 H, UfR 1978, 205 V, UfR 1990, 174 H (TfS 1990, 21 H), og UfR 2002, 844 H. Det bør nævnes, at en person, der i forvejen er knyttet til virksomheden i en disponerende position, er særligt udsat for at blive opfattet som ansvarlig deltager i virksomheden, jf. *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 432, *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 39 og *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 162 ff.
281. Jf. *Jørgen Nørgaard* i UfR 1984 B, s. 279. Se også *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 204, *Mogens Munch*: Konkursloven med kommentarer, 1997, s. 307, *Kristian Sindballe*: Dansk selskabsret I, 1929, s. 195, *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 117, *Jesper Berntsen*: Finansieringsret, 1977, s. 118 og *Jan Kobbervagel* i Festskrift til O. A. Borum, 1964, s. 231. *Carl Martin Roos* foretrækker i TfR 1971, s. 178 f, en præssumptionsregel med et modsat indhold, altså en præsumption for selskabsdeltagelse. *Henning Jakhell* finder i TfR 1967, s. 430 ff, at man i praksis er gået for langt i retning af at anse forholdene som lån.

ii) Udgangspunkt i bidragsaftalen

Der lægges i retspraksis vægt på en nøje analyse af den foreliggende aftale²⁸². En fortolkning af samtlige aftaledata kan således føre til, at selv om parterne ikke har betegnet sig som selskabsdeltagere (interessenter), må de betragtes som sådanne med deraf følgende konsekvenser i forhold til kreditorerne²⁸³.

iii) Deltagelse i overskud

Deltagelse i overskud er en betingelse for, at der overhovedet kan være tale om selskabsdeltagelse²⁸⁴. Betingelsen er imidlertid ikke afgørende i sig selv, idet også långivning meget vel kan forrentes overskudsafhængigt. *Størrelsen* af andelen i selskabets overskud kan derimod spille ind, idet det kan siges at tale for långivning, hvis indskyderen kun har ret til en begrænset andel af overskuddet²⁸⁵. Tilstedeværelsen af en almindelig forrentning taler ligeledes for låneforhold.

iv) Deltagelse i tab

Såfremt indskyderen ikke skal deltage i tab (såvel løbende underskud som underskud ved konkurs), kan dette siges at tale for et låneforhold²⁸⁶. Retspraksis giver imidlertid ikke noget klart belæg for, at deltagelse i underskud medfører, at selskabsregler skal anvendes på forholdet²⁸⁷. Deltages der derimod i tab peger dette i retning af selskabsdeltagelse, medmindre forpligtelsen til at bære tab er så relativ ubetydelig, at den ikke fratager aftalen sin karakter af lån²⁸⁸. *Erik Hørlyck*

282. Jf. UfR 1915, 422 H, UfR 1916, 1081 H, UfR 1917, 852 H, og UfR 1924, 42 H, og *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 205.

283. Jf. *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 39.

284. Jf. UfR 1924, 42 H, og *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 72, *Jørgen Nørgaard* i UfR 1980 B, s. 280, *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 430 ff, *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 160, samt *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 119.

285. Jf. *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 72, og *Nils Mattsson*: Bolagskonstruktioner & Beskatningseffekter, 1974, s. 37, *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 160 og 167 f, og *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589. Se også TfS 1985, 321 LSR, hvor størrelsen af overskudsandelen blev tillagt betydning.

286. Jf. UfR 1921, 475 H, og formentlig UfR 1955, 967 SH, men modsat UfR 1891, 730 SH, og herom *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 169, *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 73, *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589, og *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 119.

287. Jf. UfR 1917, 852 H, og kritisk hertil *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 170, og *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 430 f.

288. Jf. *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 429, og *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 73.

anfører herom, at deltagelse i tab kan medføre tilbagetrædelse, selvom der ikke er grundlag for at statuere selskabsdeltagelse²⁸⁹.

v) Medejendomsret

I dag synes det at være den overvejende opfattelse, at en kvalifikation som låneforhold er udelukket, såfremt der mellem parterne er indgået aftale om *medejerskab*²⁹⁰. Dette er blandt andet fastslået i UfR 1917, 852 H, UfR 1916, 1081 H, UfR 1915, 422 H, og UfR 1978, 205 V (revisorens flisefabrik)²⁹¹. Traditionelt har standpunktet været, at der ikke er noget til hinder for at statuere selskabsforhold, selvom indskyderen ikke har medejendomsret til aktiverne²⁹². Udsagnet kan vel forstås således, at kriteriet om medejendomsret til samvirkets aktiver ikke generelt er et ubetinget krav, men dog i tvivlstilfælde vil blive tillagt afgørende betydning. Denne udlægning fremkommer tillige hos *Henrik Juul Hansen & Noe Munck*, der efter en gennemgang af praksis konstaterer, at medejendomsretten udgør den relevante skillelinie i grænsedragningen mellem det indre selskab og låneforholdene²⁹³. Derimod er det næppe gældende ret, at der gælder et generelt og ufravigeligt selskabsretligt krav om medejendomsret for selskabsdeltagelse²⁹⁴. Medejendomsret vil formentlig være til stede for interessenter og kommanditister, men ikke nødvendigvis for komplementarer. Dette skyldes, at de nævnte selskabsdeltagere hæfter med deres *indskud*, og at et indskud sædvanligvis indebærer en medejendomsret. Det ses dog ikke at kunne identificeres noget krav herom²⁹⁵.

Det er yderligere i forbindelse hermed blevet anført, at det har be-

289. Jf. *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 39 f.

290. Jf. *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 119 (ikke medtaget i senere udgaver), *Noe Munck* i Selskabers kapital, 1999, s. 114 ff, samme med *Henrik Juul Hansen* i UfR 1999 B, s. 437 ff, og *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret III, 2004, s. 184 ff.

291. Se hertil *Jørgen Nørgaard* i UfR 1984 B, s. 280, og *John Peter Hansen* i UfR 1983 B, s. 375 f, samt *Mette Neville*: op.cit., s. 73 og *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589.

292. Jf. *Jørgen Nørgaard* i UfR 1984 B, s. 280, *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 170, *Mette Neville*: op.cit., s. 73. Se også *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret III, 2004, s. 154 ff. Sidstnævnte udleder tilsyneladende sin civilretlige konstatering af det skatteretlige udsagn i TfS 1998, 742 DEP. Forfatteren anfører, op.cit., s. 182, at der som udgangspunkt vil være tale om et interessentskab, men at der i stedet foreligger et kommanditselskab, hvis indskyderen ikke hæfter for virksomhedens gæld.

293. Jf. UfR 1999 B, s. 437 ff (442). Samme overordnede konklusion når *Søren Friis Hansen* i SpO 2004, s. 98 ff, omend med ganske anderledes præmisser.

294. *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten 2005, s. 150 ff og samme i UfR 2003 B, s. 180 ff anlægger en sådan betragtning.

295. Jf. *Søren Friis Hansen* i Dansk selskabsret III, 2004, s. 154 ff, og s. 596 ff.

tydning, om der foreligger indskud af penge eller aktiver, idet indskud af penge trækker i retning af långivning, mens indskud af aktiver – lidt forsigtigt – trækker i retning af selskabsdeltagelse²⁹⁶.

vi) Kontrolret og medindflydelse

Idet långivere normalt ikke har medindflydelse eller kontrolret, har tilstedeværelsen af sådanne karakteristika indgået som et moment i ældre praksis, der taler for selskabsdeltagelse²⁹⁷. I teorien synes dette moment nedtonet, idet medindflydelse og kontrol ikke nødvendigvis er et kendetegn forbeholdt selskabsdeltagere²⁹⁸. I stedet bør der fokuseres på medindflydelsens nærmere karakter, og der består i denne henseende en glidende overgang mellem medindflydelse, som kendetegner en långiver, og medindflydelse som kendetegner en selskabsdeltager.

vii) Den kontraktsmæssige etikette og parternes hensigt, herunder behandling på selvangivelse og i regnskab

Den kontraktsmæssige etikette er ikke i sig selv afgørende²⁹⁹. Realia er afgørende. Det har været overvejet, om det kan have en vis betydning, hvorledes parterne selv har opfattet forholdet³⁰⁰. I teorien synes der nu at være enighed om, at en sådan betydning – om nogen – må være ganske underordnet³⁰¹. Hvis parterne selv har benævnt forholdet som et interessentskab, skal der antagelig i forhold til virksomhedskreditorerne meget til for at overbevise domstolene om, at indskuddet skal have status af lån³⁰². Der påhviler i disse tilfælde parterne en betydelig bevisbyrde, idet det i disse tilfælde vil være i netop indskydernes interesse at omkvalificere forholdet til lån.

I UfR 1932, 22 H, blev der lagt vægt på, at indehaveren af en virksomhed havde opført indskuddet som gæld på selvangivelsen. Ud fra

296. Jf. UfR 1959, 351 H, *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589, *Mette Neville* i TfS 1992, 190 og *Erik Werlauff*: Selskabsret, 1997, s. 119.

297. Jf. UfR 1916, 1081 H og UfR 1917, 852 H. Kritisk hertil se *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 172 ff, og *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 431 f.

298. Jf. *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 171, *Jan Kobbervagel* i festskrift til O.A. Borum, 1964, s. 231 f, *A. Vestberg* i UfR 1962 B, s. 203, samt *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589.

299. Jf. *Henning Jakhell* i TfR 1967, s. 428.

300. Jf. *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 173 f, og *Henning Jakhell*: op.cit., s. 428.

301. Partshensigten har formentlig spillet en vis rolle i UfR 1916, 1081 H, ligesom partsbenævnelsen formentlig har spillet en rolle i UfR 1891, 730, jf. herom *Carl Martin Roos*: loc.cit.

302. Jf. UfR 1891, 730 SH, og UfR 1978, 205 V.

Del IV – Konfrontation

samme tankegang vil det kunne tillægges betydning, hvordan indskuddet er bogført.

viii) Markering overfor omverdenen

Det indgår som et kriterium, hvorledes parterne har markeret sig over for omverdenen. Er der således givet tredjemand rimelig anledning til at påregne, at indskyderen er ansvarlig deltager, beskyttes tredjemands forventninger³⁰³.

ix) Varighed

Varigheden af indskuddet kan indgå i bedømmelsen, af om der foreligger et låneforhold eller, om der foreligger selskabsdeltagelse. Således kan et langvarigt låneforhold siges at trække i retning af selskabsdeltagelse, særligt hvis lånet er uopsigeligt³⁰⁴.

x) Fri omsættelighed

Fri omsættelighed kendetegner kreditorens krav, mens selskabsmidler normalt udelukkende kan overdrages i begrænset omfang³⁰⁵.

C) Sammenfatning

Sammenfattende må det konstateres, at der hverken af teori eller praksis fremkommer noget entydigt og afgørende kriterium ved afgrænsningen mellem låneforhold og selskabsdeltagelse³⁰⁶. Praksis synes i stedet at forudsætte en helhedsbedømmelse. Som anført vil en eventuel medejendomsret som regel udelukke tilstedeværelsen af et låneforhold. Synspunktet har fundet støtte i senere litteratur, og der synes i dag at være overvejende tilslutning til dette. Derimod er det næppe gældende ret, at der gælder et generelt og ufravigeligt selskabsretligt krav om medejendomsret.

303. Jf. herom *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 175 f, *Henning Jakhelln* i TfR 1967, s. 431 f, og *Erik Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 1996, s. 39, der ligefrem finder, at der lægges afgørende vægt på dette kriterium. Se også UfR 1916, 1081 H, UfR 1917, 852 H, hvor der blev statueret låneforhold, selvom de øvrige omstændigheder nærmest pegede i retning af selskabsdeltagelse, men at forholdet ikke var bragt til kreditorernes kendskab. Begge domme kritiseres af *Roos* op.cit.

304. Jf. *Henning Jakhelln* i TfR 1967, s. 434.

305. Loc.cit.

306. Jf. *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 177, og *Henning Jakhelln* i TfR 1967, s. 435 f.

**3.4.2.2. Opståelsesmuligheder og samspil –
evalueringsprocessens trin 1**

Samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med personselskabsdeltagerbegrebet synes navnlig at fremkomme i to iklædninger. For det første er det relevant og nærliggende at overveje, om den skatteretlige begrebsanvendelse er direkte eller indirekte afledt af den civilretlige begrebsdannelse. For det andet er det i denne forbindelse ligeledes relevant at undersøge, om den skatteretlige begrebsanvendelse eventuelt tillige påvirker den civilretlige begrebsdannelse, eller med andre ord spørgsmålet om skatterettens afsmittende effekt.

3.4.2.3. Kongruenskrav og -behov – evalueringsprocessens trin 2

Det civilretlige selskabsdeltagerbegreb er ikke entydigt og til stadighed omdiskuteret. Der kan ikke de lege lata udledes noget krav om, at kvalifikationen af selskabsdeltagelse skal foregå nøjagtigt ens i skatte- og civilretten. Der kan således ikke identificeres noget *retskildebestemt kongruenskrav* i denne henseende. Derimod kan der formentlig opstilles en *formodning* for, at kvalifikationen af samvirker (og dermed disse deltagere) vil være sammenfaldende i civilretten og skatteretten, idet samvirker netop har deres grundlag i civilretten³⁰⁷.

Samtidig kan der argumenteres for, at der gælder et *middelstærkt koordinationsbestemt kongruensbehov*. Et sådant behov fremkommer derved, at selskabsdeltagerbegrebet har en vis civilretlig betydning, og at begrebet trods en vis uklarhed i store træk kan afgrænses med en vis tydelighed. Hertil kommer, at selskabsdeltagelsen skylder sin eksistens til den civilretlige aftalefrihed. Endelig kan nævnes hensynet til praktabilitet og retssikkerhed³⁰⁸.

**3.4.2.4. Den skatteretlige afgrænsning af deltagelse i
personselskaber – evalueringsprocessens trin 3**

Det har tillige skatteretlig interesse at afgrænse selskabsdeltagelse overfor långivning³⁰⁹. Dette er tilfældet, idet selskabsdeltageren i modsæt-

307. Jf. *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, bind II, 1972, s. 11 og *Søren Friis Hansen* i SpO 2004, s. 98 ff.

308. Se tillige *Mette Neville* i TfS 1992, 190, og samme i Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 171, med en betoning af disse hensyn de lege ferenda.

309. Forud for gennemførelsen af selskabsskatteoven havde afgrænsningen mellem lån og selskabsdeltagelse tillige skatteretlig betydning i forbindelse med kvalifikationen af selskaber, idet kommanditselskaber da udgjorde selvstændige skattesubjekter. Herom blev

ning til långiveren kan foretage skattemæssige afskrivninger på sin andel i virksomheden, idet selskabsdeltageren kan opnå fradragsret for driftstab (modsat formuetab ved låneforhold), og idet selskabsdeltageren i modsætning til, hvad der normalt gælder for långiveren, vil kunne være begrænset skattepligtig i Danmark i henhold til KSL § 2, stk. 1, litra d, eller SEL § 2, stk. 1, litra a³¹⁰. Sit centrale udtryk får selskabsdeltagelse dog derved, at gevinst og tab på selskabsandelen påvirker den personlige indkomstopgørelse³¹¹. Det er på dette hovedpunkt, der er den afgørende forskel på selskabsdeltagelse og långivning.

Anerkendelse af et forhold som et lån, indebærer som udgangspunkt, at debitor – med de begrænsninger der følger af ligningsloven – får fradragsret for renteudgifter, og at kreditor bliver skattepligtig af renteindtægter. Er der tale om grænseoverskridende lån, indebærer anerkendelsen af et låneforhold, at en dansk debitor kan udbetale renter til sin udenlandske kreditor uden indeholdelse af kildeskat, hvad der kunne være tilfældet, hvis udbetalingerne i skattemæssig henseende måtte anses som udbytte³¹². Anerkendelse af et forhold som et lån indebærer ligeledes, at kreditor som udgangspunkt vil være skattepligtig af kursgevinster og have fradragsret for kurstab, mens debitor vil være skattepligtig af en eventuel gevinst på gælden.

Den *skatteretlige afgrænsning* af, om et indskud antager karakter af selskabsdeltagelse eller långiver, kautionist eller lignende, beror på en *konkret vurdering*, der tager udgangspunkt i parternes aftale. Denne konkrete vurdering tager efter den almindelige opfattelse udgangspunkt i den selskabsretlige fastslæggelse af begrebet selskabsdeltagelse³¹³. Det forholder sig ikke nødvendigvis sådan, at afgrænsningen mellem selskabsdeltagelse og långivning skal foretages ens i skatteretten og selskabsretten³¹⁴. *Henning Jakhell* anfører, at selvom det langt fra er gi-

det i vejledningen til SL af 1912 udtalt, at man ikke kunne anerkende, at der skulle foreligge et selvstændigt skattepligtigt kommanditselskab, når de passive interessenters tilkudspligt, »... måtte anses for et rent indbyrdes forhold mellem dem og komplementarerne ... [...] ... som kun denne og ikke kreditorerne kunne indtage, og ... [...] ... derhos ikke er udsondret nogen særlig selskabsmasse ...«.

310. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1962, s. 19 ff, og *J. Mazanti-Andersen & Henning Gilså*: Beskatning af selskaber og aktionærer mv., 1961, s. 183 ff, samt *J. Mazanti-Andersen* i UfR 1964, B, s. 229 ff (231 f).

311. Jf. *Thøger Nielsen* i J 1962, s. 20.

312. Jf. herom *N. Mou Jakobsen* i R&R 2000 SM 194 ff.

313. Jf. *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 76, og *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 59.

314. Jf. *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 71.

vet, at grænsen skal trækkes på nøjagtig samme måde, synes retspraksis at vise, at bedømmelsen i væsentlig grad afhænger af de samme hoved-momenter og følger de samme hovedlinier, selvom den konkrete be-dømmelse kan blive noget forskellig i de enkelte relationer³¹⁵.

Orla G. Petersen fremhæver følgende momenter³¹⁶: (1) om der med aftalen skabes en *særlig selskabsformue*, til hvilken begge parter har *med-ejendomsret*³¹⁷. (2) Fritagelse for at deltage i virksomhedens underskud kan ligeledes indicere, at det er et låneforhold, der foreligger³¹⁸. (3) At forudsætningen for at anerkende, at der foreligger andet end et låne-forhold, under alle omstændigheder må være, at fordringen træder tilbage for de øvrige kreditorer, hvorimod det ikke er endelig afgjort, om en tilbagetrædelseserklæring er tilstrækkelig, hvis samtlige øvrige omstændigheder peger mod antagelsen af et låneforhold³¹⁹.

I praksis ses også andre parametre at spille ind i den skatteretlige vurdering af, hvorvidt der foreligger selskabsdeltagelse. Således er der i TfS 1995, 295 H *Ib Nielsen Næstved A/S*, lagt vægt på, at der ikke fandtes nogen skriftlig eller anden klar aftale om eksistensen af et I/S, at selskabets deltagelse i I/S'et ikke blev meddelt medkontrahenter og kreditorer, at selskabet skulle friholdes for eventuelle underskud, at der ikke ved selskabets udtræden af samarbejdet blev udfærdiget nogen opgørelse over dettes andel i I/S'ets værdier samt at indskuddet i I/S'ets regnskab blev posteret som gæld til selskabet.

Sondringen mellem långivning og selskabsdeltagelse indgik tillige i TfS 2004, 393 H *Niels Østergaard*.

En skatteyder havde overført et beløb til en advokat, som skulle indbetale dette i et udenlandsk investerings-joint veture. Det viste sig imidlertid, at investeringen gik tabt, idet der formentlig var tale om bedrageri. Sagen omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt skatteyderen kunne foretage fradrag for tab af en fordring i udenlandsk valuta, jf. dagældende KGL § 6. Skatteyderen antog herved at have opnået en

315. Jf. TfR 1967, s. 428.

316. Jf. Beskatning af familieoverdragelser, 1979, s. 240 f.

317. Jf. LOSR 1933, nr. 47, og LSR 1953, nr. 4.

318. Jf. LSR 1953, nr. 4.

319. *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, fremhæ-ver s. 45 ff, følgende kriterier: (1) medejendomsret, (2) deltagelse i overskud, (3) deltagelse i underskud, (4) deltagelse i likvidationsprovenu, (5) medbestemmelsesret og kontrolret, (6) orientering af medkontrahenter og kreditorer, og (7) tilstedeværelsen af en tilbagetrædelseserklæring. Kriterierne præsenteres som værende skatteretlige, men der tages dog alene udgangspunkt i den civilretlige praksis og teori.

Del IV – Konfrontation

fordring på et dansk formidlingsselskab. Der var imidlertid ikke tale om en fordring, idet skatteyderen havde foretaget et indskud i et udenlandsk investerings-joint venture. At skattemyndighederne opfattede sagen som et spørgsmål om sondringen mellem lån og indskud, fremgår tydeligt af proceduren for Landsretten. Heraf fremgik, »... at sagsøgeren slet ikke har en pengefordring, idet han ifølge aftalen med JMS-Gruppen ApS kun havde krav på at modtage et eventuelt afkast af den foretagne investering. Det forhold at sagsøren ikke har fået et afkast og anser investeringen for tabt bevirker ikke, at han får en fordring mod JMS-Gruppen ApS ...«. Højesteret fandt, at det indskudte beløb medførte at skatteyderen erhvervede en andel i et joint venture, og at denne andel ikke kunne sidestilles med en fordring. Endvidere fandtes skatteyderen ikke at have fået en fordring i form af krav på erstatning eller tilbagebetaling af indskuddet mod formidlingsselskabet som følge af, at investeringen gik tabt eller som følge af berigelse. Endelig fandtes skatteyderen ikke ved den indgående joint-venture aftale at have erhvervet en fordring på udbetaling af overskud.

I TfS 2004, 162 H *Carsten Sehested-Blad*, var kvalifikationen af et indskud af en helikopter i et såkaldt »stille Gesellschaft« afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt der forelå et fast driftssted i Tyskland³²⁰. Landsretten fandt ikke dette var tilfældet. Der blev i denne forbindelse henvist til Landsskatteretten bemærkninger, hvorefter det for spørgsmålet om selskabsdeltagelse fandtes af afgørende betydning, at skatteyderens andel i det tyske selskab såvel driftsmæssigt som formuemæssigt var begrænset til helikopteren, at skatteyderen ikke havde modtaget en ideel andel af det tyske selskabs resultat, og at helikopteren skulles stilles til skatteyderens disposition ved kontraktsforholdets ophør. Herefter fandt landsskatteretten, at skatteyderen ikke reelt havde indskudt helikopteren i det tyske selskab, men i stedet bevaret ejendomsretten til helikopteren. For Højesteret frafaldt skatteyderen sit anbringende om deltagelse i Tyskland som stille deltager. Højesteret stadfæstede Landsrettens dom, hvorved der ikke fandtes at foreligge et fast driftssted i Tyskland.

Den skatteretlige afgrænsning mellem interessenter, stille selskabsdeltagere og kommanditister har være til prøvelse for Højesteret for nylig, jf. TfS 2002, 257 H *Bent Lund Johansen* (UfR 2002, 844 H). Sagen drejede

320. Dommen er kommenteret af Aage Michelsen i R&R 2004 SM, s. 145 ff.

sig om, hvorvidt en skatteyder havde adgang til fradrag for henlæggelser til investeringsfonds samt underskud som følge af sin deltagelse i Lindenberg kro som »stille deltager« med en ejerandel på 50%. Skatteyderens søn ejede den resterende del. Skatteyderen blev af Højesteret i henseende til de nævnte skattespørgsmål anset for at være kommanditist, med den følge, at der ikke kunne foretages henlæggelser til investeringsfonds, jf. § 3 A i lov om investeringsfonds, og at der ikke kunne foretages fradrag for underskud, jf. Cirk. nr. 443 af 17.12. 1975, og Cirk. nr. 1 af 11.1. 1990, sammenholdt med UfR 1980, 8 H. Resultatet fremkom under henvisning til skatteyderens begrænsede hæftelse, mens sønnen hæftede personligt for samvirkets gæld. Da de nævnte skatteregler efter Højesterets vurdering måtte antages at være begrundet i den begrænsede hæftelse for kommanditister, og selvom skatteyderen ikke hæftede uadtil, men alene var »stille deltager«, måtte han derfor i denne specifikke relation betragtes som en kommanditist.

Det er ikke muligt endegyldigt at afklare, hvorvidt skatte- og civilretten opererer med en fuldstændig identisk begrebsdannelse. Der synes dog ikke at være grundlag for at betvivle rigtigheden af den almindelige opfattelse på dette punkt³²¹. Trods udgangspunktet om, at den skatteretlige afgrænsning af selskabsdeltagerbegrebet sker efter de samme kriterier som selskabsrettens, kan det diskuteres, om kriterierne vægtes forskelligt. Dette spørgsmål har særlig relevans i forbindelse med den betydelige uenighed, der synes at være i teorien om betydningen af kriteriet om *medejendomsret*. Synspunkterne spænder fra, at kriteriet om medejendomsret er en absolut betingelse såvel i civil- som i skatteretten, herunder at det civilretlige krav følger af det skatteretlige ditto³²², over antagelsen om, at kriteriet alene er af afgørende betydning i skatteretten og ikke i civilretten, men at kriteriet bør udstrækkes til også at gælde i selskabsretten³²³, til at kriteriet ikke udgør et ufravigeligt krav hverken i selskabsretten eller i skatteretten³²⁴.

Området er karakteriseret ved sparsom praksis. I praksis udgør det centrale præjudikat højesteretsdommen i TfS 1990, 21 H *Marina baronesse von Malsen-Ponickau* (UfR 1990, 174 H). En i Tyskland bosat

321. Væsentlig mere håndfast er Nikolaj Vinther i sin konklusion herom, idet det konstateres, at der på området for selskabsdeltagelse ses at være identisk begrebsdannelse, jf. UfR 2003 B, s. 186, og samme Civilrettens styrende funktion for skatteretten, 2003, s. 142.

322. Jf. Nikolaj Vinther op.cit.

323. Jf. Mette Neville, op.cit., og Liselotte Hedetoft Madsen op.cit.

324. Jf. Søren Friis Hansen i SpO 2004, s. 96 ff.

Del IV – Konfrontation

skatteyder begyndte i 1970 som stille deltager at indskyde penge i sin mands i Tyskland hjemmehørende personlige firma. Aftalen mellem ægtefællerne blev bekræftet ved aftale af 31/12 1975, hvoraf fremgik, at skatteyderens andel i gevinst og tab var begrænset til 20% af virksomhedens over- og underskud, mens gevinst yderligere var begrænset til 10% af indskuddet. Det fremgik endvidere, at hendes indskud selskabsretligt skulle behandles som egenkapital, men at hun ikke havde nogen andel i firmaets formue og eventuelle reserver, ligesom hun ikke i øvrigt opnåede medejendomsret til nogen del af firmaets aktiver. Efter at skatteyderen i 1978 havde taget bopæl i Danmark, fremsatte hun efter mandens konkurs krav om, at tab (og fortjeneste) ved deltagelse som stille interessent i det tyske firma efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten skulle medregnes ved opgørelsen af den danske skattepligtige indkomst. Tabsfradraget støttes på et driftstabssynspunkt, jf. SL § 4 eller § 6. Landsrettens flertal fandt, at skatteyderen efter sine begrænsede beføjelser ikke kunne betragtes som parthaver, der i skatteretlig henseende kunne sidestilles med en kommanditist, men måtte anses for en passiv indskyder eller långiver, hvis gevinst og tab, herunder valutakurstab, ikke vedrører den skattepligtige indkomst. Højesteret kunne ikke karakterisere skatteyderens indskud som egentligt lån, men heller ikke som sædvanligt kommanditindskud. Herefter fandtes der hverken efter reglerne i statsskattelovens § 4-6, eller i administrativ praksis vedrørende kommanditindskud, der er forbundet med medejendomsret til virksomhedens formue, at være tilstrækkelig støtte for at tillægge skatteyderen ret til at fradrage tabet i sin skattepligtige indkomst. Med denne begrundelse stadfæstede Landsrettens dom, uanset *at* indskyderen havde afgivet tilbagetrædelseserklæring, *at* hun havde andel i såvel gevinst som tab, og *at* hun havde kontrolret (dog uden medindflydelse), var der ikke fradragsret for tabet, *da* indskyderen ikke havde medejendomsret til aktiverne.

Det er ikke muligt at udlede af dommen eller dennes præmisser, om den udelukkende tager stilling til medejendomsrettens betydning i relation til muligheden for at fradrage driftstab³²⁵, eller om man kan fortolke dommen så vidt, at medejendomsret for fremtiden er en betingelse for, at en indskyder skatteretligt kan kvalificeres som selskabs-

325. En sådan fortolkning synes Ole Bjørn at anlægge i SR-Skat 1990, s. 65 f, og tilsvarende Cathrine Nørgaard i TfS 1990, 400.

deltager³²⁶. Sidstnævnte fortolkning synes at være den overvejende i teorien³²⁷. Denne udlægning af dommen vender *Søren Friis Hansen* sig mod³²⁸. Forfatteren konkluderer, at der hverken i selskabsretten eller i skatteretten gælder et generelt ufravigeligt krav om, at en selskabsdeltager skal have ret til en ideel nettoandel af personselskabets formue³²⁹. Der er efter forfatterens opfattelse forskel på, hvilke kriterier, der kan tillægges vægt ved kvalifikationen, og hvilke kriterier der skal være opfyldt. I denne forbindelse tilslutter forfatteren sig synspunktet om, at medejendomsretskriteriet taler for tilstedeværelsen af et personselskab og dermed deltagelse heri. Derimod anerkendes det, at det i afskrivningsmæssig henseende er direkte hjemlet, at medejendomsret er et krav. Forfatteren finder alene at TfS 1990, 21 H vedrører spørgsmålet om, hvorvidt indskyderen skulle kvalificeres som stille indskyder eller som kommanditist i henhold til dansk skatteret. Den egentlige argumentation for standpunktet findes dog i det forhold, at Højesteret i TfS 1990, 21 H pådømte et »stille Gesellschaft«, som er reguleret efter Handelsgesetzbuch i tysk ret. Heraf følger, at indskuddet skal indgå i virksomhedsejerens formue, hvorfor indskyderen per definition ikke har nogen medejendomsret til samvirkets formue. På denne baggrund finder forfatteren det indlysende, at Højesterets flertal konstaterede, at indskyderens indskud ikke kunne kvalificeres som et egentligt lån, og at indskyderen ikke havde medejendomsret til samvirkets formue³³⁰.

Herefter konstateres det således, at Højesteret ikke med TfS 1990, 21 H, har ladet skatteretten udvikle det civilretlige begrebsapparat. Tværtimod er der efter forfatterens opfattelse tale om, at Højesteret ved den

326. Højesterets flertal fastslår, at der ikke er tale om et sædvanligt kommanditistindskud og ej heller er tale om et egentligt låneforhold, men udtaler sig ikke om, hvorvidt der er tale om et stille selskab.

327. Jf. herom *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, s. 68, samme i TfS 1992, 190, *Aage Michelsen*: International skatteret, 2003, s. 237, og samme i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 900, og s. 697, *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styrende funktion for skatteretten, 2003, s. 135 ff, og samme i UfR 2003 B, s. 180 ff, og *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 39 ff.

328. Jf. SpO 2004, s. 98 ff (105 ff), og samme i Dansk selskabsret III, 2004, s. 600 ff.

329. Støtte for synspunktet findes i skatteretlig henseende i *Henrik Guldhammer Nielsen & David Schjælde*: Kommanditselskabet – societas obsoleta, 1998, s. 75, og *Erik Werlauff*: Anpartsaftalers bindende virkning, 1994, s. 16 f i hvert tilfælde for så vidt angår synspunktet om, at manglende medejendomsret kan medføre omkvalifikation af selve samvirket. I selskabsretlig henseende støttes synspunktet af *Erik Werlauff*: Selskabsret, 2003, s. 74, og *Bernhard Gomard*: Selskabsretten, 1999, s. 106, med note 3, *Mette Neville* i TfS 1992, 190, og *Carl Martin Roos* i TfR 1971, s. 171.

330. Jf. Dansk selskabsret III, s. 609 f.

skatteretlige kvalifikation af et samvirke, udelukkende har lagt vægt på den tyske civilret, der i henhold til parternes aftale lå til grund for samvirket³³¹. Endelig inddrager forfatteren EU-retten som argument for sit synspunkt, idet der argumenteres for, at enhver gyldigt oprettet og anerkendt selskabsdannelse i EU skal anerkendes i andre EU-stater.

Synspunktet er besnærende. Forfatteren har blik for, at kvalifikationen af udenlandske sammenslutninger tillige sker efter danske skatteretlige principper. Det er dog svært at se, hvorfor Højesteret netop i denne sag skulle lade tysk civilret få afgørende betydning. Efter sædvanlig fremgangsmåde ville den tyske konstruktion således udgøre det relevante faktum til brug for den danske skatteretlige kvalifikation af den fastlagte faktum. Det er jo ikke ukendt, at udenlandsk civilret kan spille ind i et vist omfang men alene som faktum ved den skatteretlige kvalifikation. Betydningen af udenlandsk civilret ses hidtil i dansk skatteret alene at have været middelbar. Dette er ikke ensbetydende med, at Højesteret konkret har tillagt udenlandsk civilret afgørende betydning. Hertil kommer, at Højesterets flertals præmisser giver støtte for antagelsen om, at der konkret ville være anerkendt tabsfradrag, hvis indskyderen havde haft medejendomsret. Tilsvarende tog Højesterets mindretal direkte stilling til kravet om medejendomsret, hvorfor det heraf må kunne udledes, at også flertallets bedømmelse handlede herom.

Til støtte for det synspunkt, at medejendomsret ikke er et ufravigeligt skatteretligt krav, kan henvises senere rets- og administrativ praksis.

Dette ses eksempelvis af TfS 1999, 646 Ø *Jørgen Skou m.fl.* I sagen havde en række partnere i det hedengangne Arthur Andersen & Co. overdraget deres andel af revisionsvirksomheden til hver deres aktieselskab. Denne konstruktion blev anfægtet af skattemyndighederne men opretholdt ved Østre Landsret. Det fremgår implicit af sagen, at man i skatteretlig henseende anerkender selskabsdeltagere i interessentskaber, selvom disse ikke har medejendomsret til interessentskabets aktiver og passiver. Det fremgik således af interessentskabskontrakten, at det alene var de nævnte partnere, der var lodtagere i interessentskabets aktiver og passiver.

En komplementar kan være selskabsdeltager uden at have medejendomsret, jf. TfS 1998, 742 DEP. Denne praksis er skarpt kritiseret i

331. Synspunktet fremføres tillige af *Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graff Nielsen* i Festskrift til Ole Bjørn, 2004, s. 221 ff.

teorien, men må antages at være gældende ret. At en komplementar kan anses som værende selskabsdeltager uden medejendomsret, medfører dog ikke, at der tilkommer komplementaren afskrivningsadgang eller adgang til fradrag for uafskrevet restsaldo i et kommanditselskab³³².

Den omstændighed, at der nu er indført materielle krav til komplementarens økonomiske og forvaltningsmæssige beføjelser, jf. ASL § 173, stk. 3, og LEV § 2, stk. 2, 2. pkt., ændrer ikke ved dette udgangspunkt hverken i selskabsretlig eller skatteretlig henseende³³³.

Praksis synes at vise, at der ikke kan sluttes modsætningsvis af dommen i TfS 1990, 21 H, således at en person, der ikke har medejendomsret til selskabets aktiver, ikke kan betragtes som selskabsdeltager³³⁴. Denne praksis vedrører dog udelukkende komplementarer, jf. TfS 1998, 742 DEP og TfS 2002, 715 LSR.

Denne nyere praksis er i den skatteretlige teori blevet kritiseret for at være svært forenelig med TfS 1990, 21 H³³⁵. Den del af praksis, der vedrører komplementarer, er blevet anset som en historisk betinget modifikation til et klart udgangspunkt om kongruens mellem den skatteretlige og den civilretlige kvalifikation af selskabsdeltagelse³³⁶.

Det syntes derfor nærliggende at konkludere, at medejendomsret er et centralt kriterium såvel skatteretligt som civilretligt. Derimod synes der ikke muligt at konkludere endeligt, hvorvidt manglende medejendomsret i sig selv fører til, at der ikke er tale om selskabsdeltagelse såvel i civilretlig som i skatteretlig henseende.

I lyset af denne noget mudrede konklusion er det tilsvarende vanskeligt at udtale sig klart om de bestående samspil mellem skatte- og civilretten.

Fastlæggelsen af selskabsdeltagerbegrebet har tillige givet næring til den teoretiske diskussion om *skatterettens afsmittende effekt på civilretten*. Udgangspunktet for denne diskussion er synspunktet om, at medejendomsret udelukkende er en betingelse for at statuere selskabsdel-

332. Jf. TfS 2002, 715 LSR.

333. Jf. eksempelvis Erik Werlauff: Selskabsret, 2003, s. 74, Søren Friis Hansen i SpO 2004, s. 98 ff, og Liselotte Hedetoft Madsen: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 55 ff.

334. Jf. Søren Friis Hansen i Dansk selskabsret III, 2004, s. 179, med omtale af TfS 1999, 646 Ø og TfS 2002, 715 LSR.

335. Jf. hertil Aage Michelsen i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 697, og Liselotte Hedetoft Madsen: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 58 f.

336. Jf. Nikolaj Vinther i UfR 2003 B, s. 186, og samme i Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 155.

tagelse i skatteretten men ikke i civilretten. Man kunne i denne forbindelse spørge, om ikke civilretten *burde* følge den skatteretlige retspraksis og indføre det som et krav for selskabsdeltagelse, at der skal være tale om medejerskab til aktiverne (fællesformuen). Herom anfører *Mette Neville*, at »... Hensynet til gennemsigtigheden og overskueligheden taler for, at man må stille krav om, at reale og vægtige grunde skal tale for, at et forhold kvalificeres forskelligt indenfor skatteretten og civilretten, og dette bør også gælde, hvor det er skatteretten der er gået forrest og har udbygget det civilretlige begrebsapparat. Medmindre der er meget stærke grunde, der taler for at fastholde den civilretlige fastlæggelse af begrebet selskabsdeltagelse.« og videre, »Med hensyn til begrebet selskabsdeltagelse synes der ikke at kunne fremføres vægtige og reale grunde til, at selskabsretten ikke for fremtiden stiller de samme krav til en indskyder som skatteretten, for at denne kan kvalificeres som selskabsdeltager ...«³³⁷.

Tilsvarende har *Henrik Juul Hansen & Noe Munck*, efter en gennemgang af praksis konstateret, at medejendomsretten udgør den relevante skillelinie i grænsedragningen mellem det indre selskab og låneforholdene³³⁸. Den analyserede retspraksis udgør blandt andet den skatteretlige dom i TfS 1990, 21 H. Forfatterne henter herved støtte i denne skatteretlige dom til forståelsen af den selskabsretlige selskabsdeltagelse. Baggrunden for at inddrage dommen angives som det forhold, at skatteretten som udgangspunkt bygger på den civilretlige kategorisering, og at der er grund til at antage, at der er et betydeligt sammenfald mellem den civilretlige og den selskabsretlige selskabsdeltagelse (sat i modsætning til långivning) og den skatteretlige adgang til at fradrage et driftsunderskud som deltager i en erhvervsvirksomhed (ligeledes sat i modsætning til långivning). Disse forfattere ses herved ikke at have betænkeligheder ved at lade skatteretten fungere som retskilde i civilretten. Herved skabes der kongruens mellem skatte- og selskabsretten. Forfatterne finder herved, at der opnås betydelige retstekniske fordele, idet der i skatteretten og selskabsretten herefter anvendes identiske afgrænsningskriterier. Dette resultat ønsker forfatterne opretholdt

337. Jf. *Boligfællesskaber i selskabsform*, 1993, s. 172. Om end med en vis reservation antager også *Erik Werlauff* i *Selskabsret*, 1994 (ikke gentaget i senere udgaver), s. 148 f, at TfS 1990, 21 H, vil blive tillagt betydning for den selskabsretlige kvalifikation af en stille selskabsdeltagelse. Forfatteren tager dog samtidig afstand fra synspunktet om, at manglende medejendomsret kan føre til at der ikke foreligger selskabsdeltagelse i det hele taget, jf. *Erik Werlauff: Anpartsaftalens bindende virkning*, 1993, s. 16.

338. Jf. UfR 1999 B, s. 437 ff (442).

langt hen ad vejen, med mindre stærke grunde taler for andet. Forfatterne anfører hensynet til den almindelige retssikkerhed og retssystemets overskuelighed. Samtidig anføres det, at der ikke synes at foreligge sådanne grunde vedrørende selskabsdeltagerbegrebet, og forfatterne begrænser fravigelsesmulighederne til de særlige omgængelsituationer.

Mere ekstremt går *Nikolaj Vinther* til værks, idet det uden videre antages, at der i kraft af at der gælder et krav om medejendomsret i skatteretten, tillige *gælder* et sådant krav i selskabsretten³³⁹.

Søren Friis Hansen finder ikke anledning til at antage, at skatteretten kan få afsmittende virkning på selskabsretten³⁴⁰.

Grundet manglende selskabsretlig praksis om spørgsmålet er det selvsagt ikke muligt at afklare retstilstanden endeligt og dermed ej heller at tage endeligt stilling til skatterettens eventuelle afsmittende effekt på civilretten. Hertil kommer, at det ved spørgsmålet tillige bør iagttages, at skatteretten i sig selv er uklar, og derved næppe tjener som noget entydigt forbillede.

3.4.2.5. *Sammenfatning og vurdering – evalueringsprocessens trin 3-4*

Det er påvist, at der ikke i gældende ret er fuldstændig klarhed over, hvilke kriterier der faktisk indgår i afgrænsningen af selskabsdeltagelse i såvel skatteretlig som civilretlig henseende. Langt hen af vejen synes det dog uproblematisk at fastslå, at der for så vidt er kongruens i fastlæggelse af den selskabsretlige og den skatteretlige personselskabsdeltagelse. Uenigheden vedrørende kriteriet om medejendomsret er imidlertid markant, hvorved det ikke er mærkeligt, at det ikke er muligt at udtale sig klart om de konkrete samspil mellem skatteret og civilret. I teorien er samspillet mellem skatteret og civilret da også sammenfattet ganske forskelligt. På den ene side er det påstået, at der er fuldstændig kongruens mellem skatteretten og selskabsretten³⁴¹.

339. Op.cit.

340. Jf. SpO 2004, s. 98 ff, og Dansk selskabsret III, 2004, s. 602.

341. En sådan konklusion når *Nikolaj Vinther* i UfR 2003 B, s. 186, og samme i Civilrettens styrende funktion for skatteretten, 2003, s. 142. Baggrunden for denne konklusion er imidlertid en fejllæsning af det af *Mette Neville* præsenterede synspunkt om skatterettens afsmittende effekt på civilrettens selskabsdeltagerbegreb. Forfatterens konklusion nås endvidere ud fra den udokumenterede påstand, at kriteriet om medejendomsret er afgørende også i civilretlig henseende.

Del IV – Konfrontation

Denne udlægning af gældende ret har ikke holdepunkter i gældende ret.

Konklusionen om fuldstændigt sammenfald mellem skatte- og selskabsretten når også *Søren Friis Hansen*³⁴². Baggrunden herfor er imidlertid den modsatte, nemlig at det antages, at der hverken i selskabsretten eller i skatteretten gælder et generelt ufravigeligt krav om, at en interessent eller komplementar skal have medejendomsret (ret til en ideel nettoandel af personselskabets formue). Dette standpunkt synes at have en vis rimelighed, men kan ikke uden videre tilsluttes. Alene fremtidig retspraksis kan dog be- eller afkræfte rigtigheden.

Endelig ses der at være nået den konklusion på samspillet mellem selskabsretten og skatteretten, at der for så vidt er tale om en afvigende begrebsanvelse. Dette tilskrives den skatteretlige betydning af kriteriet om medejendomsret, idet det lægges til grund, at der ikke gælder et tilsvarende krav indenfor civilretten³⁴³. En kongruent retstilstand anbefales med udgangspunkt i denne udlægning de lege ferenda³⁴⁴. En sådan udlægning af retstilstanden må anses for at være udtryk for den almindelige opfattelse og har da også ganske meget for sig. I lyset af forrige synspunkt er det ej heller muligt endegyldigt at konstatere rigtigheden af dette synspunkt.

Idet det således antages, at der (endnu) ikke er kongruens mellem skatte- og civilretten, må der i tråd med øvrig teori opfordres til en ensretning af selskabsdeltagerbegrebet. En eventuel mangel herpå de lege lata kan imidlertid alene kritiseres ud fra de retspolitiske overvejelser, som ligger til grund for det konstaterede middelstærke koordinationabestemte kongruensbehov.

Såfremt det modsat ovenstående blev antaget, at der er fuldstændig kongruens mellem skatteretten og civilretten, i hvert fald så langt, at der ikke gælder noget krav om medejerskab i begge discipliner, må dette bifaldes med udgangspunkt i det konstaterede middelstærke koordinationabestemte kongruensbehov.

342. Jf. SpO 2004, s. 98 ff (s. 127 f), og Dansk selskabsret III, 2004, s. 596 ff.

343. Jf. *Mette Neville*: Boligfællesskaber i selskabsform, 1993, op.cit., samme i TfS 1992, 190, og *Liselotte Hedetoft Madsen*: Beskatning ved deltagelse i personselskaber, 2003, s. 39 ff.

344. Jf. også *Henrik Juul Hansen & Noe Munck* i UfR 1999 B, s. 440 f.

§ 4 Den skatteretlige afgrænsning af tilskud og lån

4.1. Opståelsesmuligheder og censur – evalueringsprocessens trin 1

Der forekommer i praksis situationer, hvor et forhold, der fremtræder som et *låneforhold*, i realiteten udgør et *tilskud til debitor*.³⁴⁵ Dette forekommer særligt i koncernforhold. Ligeledes forekommer spørgsmålet om, hvorvidt en ydelse udgør et *lån eller en gave*.³⁴⁶ Sidstnævnte spørgsmål skal dog ikke analyseres nærmere i foreliggende fremstilling, men afgrænsningen følges ad.

Tilskudsbegrebet synes at være skatteretligt³⁴⁷. I civilretlig henseende har tilskudsbegrebet ingen betydning³⁴⁸. Ved afgrænsning mellem lån og tilskud kan civilretten spille ind, idet spørgsmålet nærmere er, hvorvidt og i hvilket omfang parternes civilretlige kvalifikation gennem aftalegrundlaget skal lægges til grund for beskattningen. Overordnet ses denne problemstilling blot at være udtryk for det overordnede spørgsmål om skatterettens accept af den civilretlige aftalefrihed, ligesom det er afgørende, hvordan skatte- og civilrettens gældsbegreber spiller sammen. Civilretten har betydning derved, at indskud, der ikke omfattes af lånebegrebet, herved må anses for at være tilskud i skatteretlig henseende. Der foretages med andre ord en negativ afgrænsning.

Der ses ikke at være noget i afhandlingens censureringsforanstaltninger, der forhindrer en nærmere analyse af de potentielle samspil mellem skatteretten og civilretten.

345. Se forarbejderne til ABL § 6, stk. 7 og 8, jf. § 2, nr. 4, i bemærkningerne til lov nr. 412 af 14.6. 1995 (L139), med følgende: »... Når det ved udbetaling af at lån står klart, at debitor ikke ville kunne indfri lånet, har lånet ikke kunnet anerkendes som udlån i skattemæssig henseende, men er i stedet blevet anset for en gave, et tilskud eller lignende ...«.

346. Jf. eksempelvis TfS 2000, 796 H Svend Holm Pedersen, og TfS 2003, 482 V Banyen Rasmussen, hvor betalinger i begge tilfælde blev anset som gave frem for lån.

347. Synonymt med tilskud anvendes begrebet koncernbidrag om tilskud i koncernforhold. Se generelt om tilskud Jakob Bundgaard i SpO 2004/6.

348. I svensk ret udgør tilskud tillige en civilretlig kapitaltilførselsmulighed. Der er dog ikke overensstemmelse i behandlingen og begrebsanvendelsen mellem skatte- og civilretten, jf. Jesper Prytz & Mart Tamm: Tilskott utan aktieteckning, 1995, s. 117 og de lege ferenda, s. 260 ff.

4.2. Kongruenskrav og eller -behov – evalueringsprocessens trin 2

Det er blevet anført, at skatteretten på dette område må tage sit meget tungtvejende udgangspunkt i den civilretlige kvalifikation af indbetalingen³⁴⁹. Det anføres, at der gælder en formodning for, at der foreligger en fordring. En fravigelse fra dette udgangspunkt kræver således særlige holdepunkter³⁵⁰. Yderligere anføres det, at tilskud forudsætter én eller anden grad af bevisstyrke for, at yderen har haft til hensigt at give afkald på ejendomsretten til det indskudte, hvorfor man følgelig ofte må falde tilbage på, at der foreligger et låneforhold, hvis intet andet er indiceret.

I civilretlig henseende har tilskudsproblematikken ikke nogen selvstændig relevans, men principielt må det også her overvejes, hvilken retsstilling indskyderen har i forbindelse med selskabets eventuelle konkurs. Det synes således rigtigt at fastholde formodningen for lån, også når det gælder tilskudssituationen.

For så vidt angår tilstedeværelsen af egentlige kongruenskrav eller -behov ses det, at problemstillingen viser tilbage til skatterettens gælds-begreb. Som udgangspunkt er der kongruens mellem det civilretlige og det skatteretlige gælds-begreb, ligesom der således synes at eksistere et *stærkt retskildebestemt kongruenskrav* til sikring af denne kongruens³⁵¹. Tilsvarende må der kunne konstateres et *stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov*, idet der hersker rimelig klarhed over civilrettens gælds-begreb, og at civilrettens gælds-begreb vil kunne udtrykke de reelle forhold i de fleste situationer. Ligeledes synes der ikke grundlag for at

349. Jf. Erik Werlauff: Selskabsskatteret 2004/05, s. 309 ff, og samme i Skatteretlig respons, 2001, s. 22 ff, samt Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 144 f.

350. Det anføres, at indskyderens retsstilling afhænger af en samlet vurdering, hvorved der henvises til Henning Jakhellns overvejelser om ansvarlig lånekapital i TfR 1967, s. 435 ff. Det ses herved, at Erik Werlauff lægger til grund, at afgrænsningen mellem lån og tilskud er den samme afgrænsning som foretages mellem lån og selskabsdeltagelse.

351. Kursgevinstloven omfatter derfor som udgangspunkt *alle pengefordringer og gæld i henhold hertil*, uanset deres art. Afgørende for bedømmelsen er alene, om der foreligger et *retligt krav på betaling i form af penge*. Bemærkningerne til KGL (L 194), viderefører det hidtidige fordrings-/gælds-begreb, som er skitseret i Cirk. nr. 134 af 29.7. 1992, pkt. 4. KGL anvender således et civilretligt pengefordringsbegreb, hvilket indebærer en ret for kreditor til af en anden person (debitor) at kræve en pengeydelse erlagt. Det er således vigtigt at forstå at *realtydelser* ikke omfattes af KGL. Se fra praksis TfS 1999, 630 V *Ilse Krog*, hvor retten fandt, at et eventuelt krav på tilbagebetaling af skat erhvervet vederlagsfrit fra et likvideret selskab udgør en fordring i kursgevinstlovens forstand. Ole Bjørn finder i SR-Skat 1999, s. 293 ff, at dommen fastslår, at der ikke er grundlag for at anse det skatteretlige fordringsbegreb som afvigende fra civilrettens fordringsbegreb.

håndhæve en skatteretlig gældsopfattelse, der afviger markant fra den civilretlige forståelse. Dette suppleres af aftalefrihedens centrale betydning, hvorefter parternes aftaler som udgangspunkt må anerkendes. Herom gælder der som nævnt er middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav og et stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov.

4.3. Afgrænsning mellem lån og tilskud i skatteretlig praksis – evalueringsprocessens trin 3

Den juridiske bedømmelse af, hvorvidt et indskud udgør et tilskud eller et lån, må tage sit naturlige udgangspunkt i det foreliggende aftalegrundlag. Ofte vedrører grænsedragningen dog situationer, hvor der ikke findes noget aftalegrundlag om det pågældende indskud.

Den praktiske skatteretlige grænsedragning tager udgangspunkt i gældsbegrebet³⁵². I obligationsretten defineres en aftale om lån almindeligvis som en aftale mellem en låntager og en långiver, hvorefter långiver stiller et kontant beløb eller en kreditfacilitet til låntagers disposition i en bestemt periode³⁵³. Aftalefriheden bevirker, at låneaftalens vilkår kan varieres, herunder eksempelvis forfaldstid mv. Långivning kendetegnes dog i obligationsretlig henseende ved, at det udlånte beløb skal betales tilbage. Fratages et lån forfaldstid medfører dette ikke nødvendigvis, at de obligationsretlige regler ikke vil opfatte forholdet som et lån. Der er ikke tale om en ensidig gaveoverdragelse af en kapital³⁵⁴. Derimod må dette være tilfældet, hvis långivningens centrale træk om tilbagebetalingsforpligtelse ikke er til stede. I disse tilfælde kunne man med en vis rimelighed antage, at de obligationsretlige regler ville opfatte forholdet som en ensidig gaveoverdragelse af en kapital.

Traditionelt defineres gældsbegrebet i skatteretten som: (1) en retlig forpligtelse, (2) der er reel og (3) hvorpå der hviler en tilbagebetalingsforpligtelse, samt (4) udveksling af løfter og ydelser mellem parterne³⁵⁵.

352. I svensk ret behandles de særlige ulovregulerede *aktieägartilskott* som lån i skatteretlig henseende, jf. herom *Jesper Prytz & Mart Tamm*: Tilskott utan aktieteckning, 1995, s. 25. Afgrænsningsvanskeligheder synes derfor ikke at opstå i skatteretlig henseende.

353. Jf. *Mads Bryde Andersen*: Enkelte transaktioner – Aftaleretten III, 2004, s. 126, og *Mads Bryde Andersen & Joseph Lookofsky*: Lærebog i obligationsret I, 2000, s. 107.

354. Jf. Kammeradvokatens notat i bilag 92, til lov nr. 457, af 9.6. 2004 (L 60).

355. Se for den mest omfattende analyse af det skatteretlige gældsbegreb *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 333 ff.

Del IV – Konfrontation

Skatterettens gældsbegreb stemmer overens med den civilretlige gældsdefinition³⁵⁶.

Såfremt det antages, at der kun foreligger tilskud, hvis gældsbetingelserne ikke ses opfyldt, er der ikke tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten. Det afgørende spørgsmål synes at være, om man skatteretligt statuerer tilskud, hvor der ikke foreligger gæld i skatteretlig henseende, mens der rent faktisk i civilretlig henseende foreligger gæld. Grænsedragningen mellem lån og tilskud har givet anledning til en vis rets- og administrativ praksis.

I TfS 1994, 686 LSR, afgjorde Landsskatteretten, at udlån til et insolvent selskab fra to koncernselskaber (moder- og søsterselskab) skulle behandles som lån, på trods af at der ikke var oprettet lånedokumenter og truffet aftale om forrentning og afdrag, idet lånet dog var opført som gæld i debtors regnskab. Det afgørende for sagens udfald synes at være, at mellemregningerne stod opført som gæld i årsregnskaberne. Landsskatteretten anerkendte låneforholdet på baggrund heraf, samt da sagens omstændigheder i øvrigt ikke gav tilstrækkeligt grundlag for i skattemæssig henseende at behandle de omhandlede udlån som driftstilskud.

I TfS 1997, 597 LSR, blev en kapitaltilførsel, der formelt fremstod som et afdragsfrit for kreditor uopsigeligt udlån af ansvarlig lånekapital, derimod kvalificeret som et driftstilskud i forbindelse med en senere akkord, idet skattemyndighederne nægtede fradrag for tab i fremmed valuta. Landsskatteretten henså navnlig til, at der på overførselstidspunktet ikke var udsigt til, at selskabet ville være i stand til at tilbagebetale de overførte beløb. Det skal herved bemærkes, at overførslen skete i maj 1992, mens der i november blev gennemført en akkord med selskabets kreditorer.

Derimod blev der i TfS 2000, 544 LSR, anset at foreligge et gældsforhold, hvorfor der var tale om en gældseftergivelse, omfattet af KGL §§ 4 og 8. Konsekvensen heraf var, at moderselskabet ikke havde fra-

356. Det antages uden videre hos *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 109, at spørgsmålet om, hvilke fordringer og hvilken gæld, der er omfattet af kursgevinstloven antages at være styret af det obligationsretlige fordringsbegreb og videre s. 117, at den civilretlige styring af skatteretten på dette retsområde er særdeles stringent. Forfatteren anfører, at grunden hertil skal findes i den entydige civilret på området, hvilket betyder at pladsen til skatteretlige fravigelser er indskrænket. Det konstateres derfor, at skatteretten ikke kan afvige fra civilretten, medmindre der decideret sker en omkvalifikation ud fra en omgængelsesbetragtning.

drag, og datterselskabet ikke var skattepligtigt af gældseftergivelsen. Sagen omhandlede et ansvarligt lån, som moderselskabet havde ydet sit datterselskab. Lånet var forrentet, men dog rente- og afdragsfrit indtil aktiekapitalen i datterselskabet var reetableret. Ligningsrådet havde fundet, at der forelå et skattepligtigt tilskud. Landsskatteretten anførte, at retten ikke fandt, at det fra starten skulle være aftalt, at lånene ikke skulle tilbagebetales. Parternes civilretlige aftale, hvorefter der var tale om et lån, måtte herefter lægges til grund, idet Ligningsrådet ikke havde løftet bevisbyrden for, at der i realiteten var tale om et driftstilskud. Retten bemærkede, at det ikke på långivningstidspunktet var uomtvisteligt, at datterselskabet aldrig ville kunne honorere et tilbagebetalingskrav.

Sondringen mellem lån og tilskud har også været til prøvelse i forbindelse med den særlige praksis om forhandlertilskud. I TfS 2001, 340 LSR modtog ejeren (tilsyneladende ikke et selskab) af en servicestation et rentefrit lån til modernisering. Dette beløb blev aftalt som lån. Samtidig aftaltes dog, at der blev ydet servicestationen et årligt tilskud, som præcist svarede til de årlige afdrag og med samme løbetid som tilbagebetalingen skulle stå på. Problemstillingen var nærmere, hvornår servicestationen skulle indtægtsføre beløbet. Landsskatterettens flertal (2-1) fandt dog, at der forelå et låneforhold og begrundede dette med, at restbeløbet på lånet forfaldt til betaling ved ophør af leveringskontrakten, og at skatteyderen kun havde krav på det årlige tilskud, så længe samarbejdet i henhold til leveringsaftalen fortsatte. Hermed fandt retten, at skatteyderen havde påtaget sådanne forpligtelser ved låneaftalen, at der ikke var grundlag for at behandle lånet anderledes end andre lån. Denne afgørelse synes at være i modstrid med tidligere praksis, hvorefter tilskuddet beskattes på aftaletidspunktet, og dermed ikke kunne udskydes gennem en låneaftale, jf. TfS 1997, 652 LSR.³⁵⁷

Det synes berettiget at sammenfatte retsopfattelsen sådan, at landsskatteretten anvender en formodningsregel, hvorefter lån foreligger, med mindre andet tilsiger en afvigende retlig bedømmelse. Straks nedenfor omtales Landsretternes vurdering af den tilsvarende problemstilling.

357. Se om praksis *Jan Pedersen* i R&R 2001 SM 180 ff, og særligt med kritik af TfS 2001, 340 LSR, idet kendelsen dels er i modstrid med hidtidig praksis, dels er i strid med den skatteretlige betingelseslære, idet »långiver« allerede ved lånets etablering har realiseret den ydede formuefordel.

Del IV – Konfrontation

I TfS 1997, 431 V *Vald. Birns Jernstøberi A/S* blev der foretaget udlån til et insolvent engelsk datterselskab. Lånene var rente- og afdragsfri, ligesom moderselskabet afgav tilbagetrædelseserklæring. I forbindelse med en gældskonvertering ønskede moderselskabet fradrag for et kurs-tab opstået i den forbindelse. Landsretten nægtede dette fradrag, idet der fandtes at foreligge et tilskud i stedet for udlån. Landsretten henså i denne forbindelse til, at den negative egenkapital hos det engelske datterselskab var betydelig og stadigt voksende, samtidig med at også driftsresultaterne var negative med betydelige beløb i de år, hvor overførslerne fandt sted. Ligeledes blev der henset til den manglende aftale og faktiske tilbagebetaling, samt til den nære forbindelse mellem moder- og datterselskabet. På denne baggrund fandtes det ikke godtgjort, at der ved overførslerne blev stiftet en bindende og ubetinget tilbagebetalingsforpligtelse. For Højesteret blev der dog senere indgået retsforlig, hvor skattemyndighederne anerkendte fradragsret for tab på udlånene³⁵⁸.

I TfS 2004, 182 Ø *Revisionsfirmaet Bayer ApS*, betalte eneanpartshaveren et beløb, som følge af »reguleringer til overtagelsesbalancen« ved overdragelse af selskabets revisionsvirksomhed til Coopers & Lybrand. Dette beløb blev anset for at være et skattepligtigt tilskud til selskabet. Der var ikke oprettet nogen form for dokumentation for overførslen, herunder i form af et gældsbrev eller bogføringsmæssige reguleringer. Henset hertil og til interesseforbindelsen mellem selskabet og eneanpartshaveren fandt Landsretten, at selskabet havde bevisbyrden for, at der ikke betalingen var ydet et skattepligtigt tilskud. Landsretten tillagde det endvidere betydning, at selskabet trods opfordring hertil under sagsforberedelsen ikke havde fremlagt nærmere dokumentation for, at selskabet kunne have betalt beløbet (processuel skadevirkning).

I TfS 2004, 804 H *Dansk Marine Center ApS under konkurs*, overførte et moderselskab midler til et datterselskab. I datterselskabets regnskab stod midlerne opført som »lån til materiel« og »mellemregning«. Ud over moderselskabet fandtes der en majoritetsanpartshaver som tillige var direktør i moderselskabet. Østre Landsret fandt, at der formelt set var etableret et gældsforhold med aftale om afdrag og forretning. Ved gen-

358. Jf. I. A. Strobel, SpO 2000, s. 147 ff, og Gitte Skouby i TfS 2000, 500. Årsagen til forliget var at FSR's responsumudvalg havde erklæret, at den foretagne disponering var helt normal.

nemsyn af selskabets regnskaber fandtes sådanne beløb imidlertid ikke at være betalt i overensstemmelse med aftalen. Af denne årsag og under hensynstagen til den nære forbindelse mellem selskabet og hovedandpartshaveren og begge de involverede selskaber fandtes det ikke godtgjort, at der ved overførslen af midler til selskabet blev stiftet en bindende og ubetinget tilbagebetalingsforpligtelse. Endelig bemærkede retten, at da selskabet ikke havde bevist, at der ved overførslen blev stiftet en fordring, måtte overførslerne anses som driftstilskud. Heller ikke Højesteret fandt, at der var ført bevis for, at der ved overførslerne var stiftet en ubetinget tilbagebetalingsforpligtelse, hvorfor Landsrettens dom blev stadfæstet.

I TfS 2001, 445 V M. *Udlejning ApS*, afholdtes udgifter af hovedandpartshaverens ægtefælle i forbindelse med opførelse af en bygning på et lejemål udlejet af selskabet. Landsretten lagde til grund, at der ikke var truffet aftale om fordeling af udgifterne i forbindelse med opførelsen af byggeriet, ligesom det blev lagt til grund, at det ikke var tilsigtet at yde et tilskud. Da der imidlertid ikke blev truffet aftalt om lån eller skete regnskabsføring som lån, fandt Landsretten ikke grundlag for at tilsidesætte skattemyndighedernes afgørelse, hvorefter beløbet var anset for et skattepligtigt tilskud.

Administrativ praksis synes ganske i overensstemmelse med den civile grænsedragning mellem indskud og lån, idet der gælder en formodning for lån, med mindre andet trækker i modsat retning. Domstolspraksis synes derimod at være vendt 180 grader i forhold til dette udgangspunkt i de forelagte sager. Skatteretlig praksis synes derimod at anvende en omvendt formodningsregel, hvorefter der foreligger et tilskud, hvis ikke særlige holdepunkter for tilstedeværelsen af et låneforhold er til stede³⁵⁹. Dette synes i praksis særligt at være tilfældet, hvor indskuddet ikke er formaliseret gennem en aftale, og der således ikke er aftalt forretning og afdrag, samt hvis sådanne betalinger nok er aftalt, men ikke efterleves i praksis.

Det centrale i samtlige sager vedrørende grænsedragningen mellem lån og tilskud har været, om der eksisterede en *bindende og ubetinget tilbagebetalingsforpligtelse* for debitor, idet en kapitaltilførsel i modsat

359. Det antages af *Nikolaj Vinther*: *Civilrettens styring af skatteretten*, 2005, s. 145, at en eventuel skatteretlig afvigelse fra civilretten må accepteres ud fra hensynet til skatteprovenu. Dette ses efter forfatterens opfattelse at kunne gøres ved en lempelse af bevisskravene.

fald kan kvalificeres som et skattepligtigt driftstilskud, jf. SL § 4. Tilskudsbetragtningen kræver dog, at ejendomsretten fra yder er opgivet, og dette kræver klare indicier. Som indicium for den skattemæssige kvalifikation har det været tillagt betydning, *om* et udlån har været opført som gæld i regnskaberne, *om* der er oprettet en låneaftale med vilkår om forrentning og afdrag, *om* debitor har haft negativ egenkapital og/eller negative driftsresultater på udlånstidspunktet, *om* debitor må anses at have haft en reel tilbagebetalingsevne, og *om* der faktisk er sket tilbagebetaling og forrentning. Kriterierne indgår i en konkret samlet vurdering. Disse forhold kan tages til indtægt for et synspunkt om, at praksis overvejende henser til, om skatteyder har indrettet sig på, at der faktisk foreligger gæld (et indretnings synspunkt)³⁶⁰.

Efter administrativ praksis er det skattemyndighederne, der har bevisbyrden for, at der i realiteten er tale om tilskud, hvis der efter parternes civilretlige aftale er tale om lån. Modsat dette synes domstolspraksis at indebære, at det er skatteyder, der har bevisbyrden for, at der foreligger et lån, idet der ellers antages at foreligge et tilskud. Til tider præsenteres dette som en bevisbyrde-regel, som skatteyderen skal afkræfte. Nogen reel modstrid i praksis synes, der ikke at være tale om. I mangel af egentlig skriftlig låneaftale må skatteyderen godtgøre, at denne har indrettet sig efter at der er tale om et lån.

4.4. Vurdering – evalueringsprocessens trin 4

Der er ikke noget der tyder på, at der i praksis er sket en afvigelse skatte- og civilretten imellem, for så vidt angår grænsedragningen mellem lån og tilskud. Praksis synes at være centreret om det omtalte element i gældsbegrebet, der vedrører tilbagebetalingsforpligtelsen.

Hvis ikke der foreligger en tilbagebetalingsforpligtelse, kan der næppe siges at være tale om gæld, hverken i civilretlig eller skatteretlig henseende. Låneforholdet anskues ens i skatte- og civilretten, hvorfor det er de samme kriterier, der må indgå i vurderingen heraf. Kriterierne må således være identiske, idet det endelige afkald på ejendomsret som tilskuddet synes at forudsætte, i det hele er uforeneligt med låneforholdet.

I tilfælde, hvor skatteretlig praksis tilsidesætter en civilretlige låneaftale, bør det naturligvis overvejes med hvilken hjemmel dette sker. En

360. Jf. Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 146 og s. 150, og samme i UfR 2003 B, s. 182 og s. 184.

sådan tilsidesættelse skete i TfS 1997, 597 LSR. Et sådant udfald kan hævdes at være et udslag af en konkret skatteretlig realitetsbedømmelse, som netop indebærer en tilsidesættelse af civilretten. Udfaldet kan ligeledes hævdes slet ikke at udgøre en skatteretlig fravigelse fra civilretten, idet forholdene i den konkrete situation også i civilretlige henseende måtte føre til, at der ikke forelå gæld. Endelig kan det hævdes, at skatteretten naturligvis kan tilsidesætte et gældsbebrejv for at kvalificere overførslen som et tilskud, hvis det er uomtvisteligt, at modtageren aldrig kan tilbagebetale beløbet helt eller delvist³⁶¹. Der findes ikke noget klart svar på problemstillingen. Den efter min vurdering mest nærliggende konklusion synes at være, at kongruens er sikret i teori og praksis, hvilket henset til de konstaterede kongruenskrav og kongruensbehov må bifaldes.

§ 5 Perspektivering: Hybrid finansiering

5.1. Generelt

Mellem de rene yderpunkter i form af egenkapital og fremmedkapital befinder sig forskellige blandede finansieringsformer, såkaldte *hybride finansieringsformer*. Selvom der ikke er tale om nogen entydig terminologi, kan hybrid finansiering siges at dække over finansieringsinstrumenter som indeholder karakteristika fra såvel gæld som egenkapital³⁶². Der kan være tale om gældsinstrumenter, som indeholder visse af egenkapitalens karakteristika eller egenkapitalinstrumenter, som indeholder visse af gældens karakteristika. En klar afgrænsning kan være vanskelig. Hybride finansieringsinstrumenter er særligt udbredt blandt finan-

361. Jf. herom *Nikolaj Vinther*: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 149. I denne konstatering ligger ikke et svar på hjemmelsspørgsmålet men derimod netop blot konstateringen af at tilsidesættelsen kan ske. Senere s. 135 anføres det dog, at som værende klart, at skriftlige aftaler, der er indgået på skråt, ikke accepteres i skatteretten som et lån, men i stedet må kvalificeres som mv., når det er uomtvisteligt, at beløbet ikke kan tilbagebetales. Med sidstnævnte tilkendegivelse synes det at være forfatterens ræsonnement, at en aftale indgået på skråt ikke skal anerkendes hverken i skatteretlig eller i civilretlig henseende. Hermed synes der ikke at være nogen modstrid mellem skatteretten og civilretten. En sådan læsning harmonerer dog ikke særlig godt med forfatterens fremstilling i øvrigt.

362. Se herom *Izzy Nelken* (ed.): Handbook of Hybrid Instruments, 2000. I samme værk behandler *Badari S. Eswar* s. 1 ff, generelt fordele og ulemper forbundet med hybride instrumenter.

sielle virksomheder. Således er det internationalt udbredt, at man gennem hybrid finansiering opnår rentefradrag, mens lovgiver i solvensmæssig henseende anser indskuddet for at være egenkapital, og dermed medvirker til at opfylde lovgivningens solvenskrav³⁶³.

Trods en betydelig træghed synes de senere år at have medført en forøget interesse i Danmark for hybrid finansiering. Det skal dog understreges, at hybride finansieringsformer ikke er så udbredte i Danmark som de ordinære finansieringsformer³⁶⁴.

Hybrid finansiering omtales ofte som en udfordring for retssystemet. Denne udfordring opstår som følge af den ikke neutrale behandling gæld og egenkapital undergives i skatteretlig henseende. Hybrid finansiering indgår som en central bestanddel i international skatteplanlægning. Baggrunden er en forskellig kvalifikation i debitors og kreditors domicilland. Anvendelse af hybride finansieringsinstrumenter kan medføre dobbelt fradrag for finansieringsomkostninger, tab i forbindelse med påbegyndelse af virksomhed samt skatteudskydelse og nedbringelse af kildeskattebetalinger.

Den skatteretlige opgave ved hybride finansieringsinstrumenter består blandt andet i, at kvalificere selve instrumentet og afkastet herfra. Hertil kommer en række andre spørgsmål, hvorunder eksempelvis kan nævnes periodisering. Selvom sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital ikke har den store relevans internt i Danmark, er dette absolut ikke ensbetydende med, at kvalifikationen af afkastet fra hybride instrumenter udgør en simpel juridisk virksomhed – tvært imod. Danske selskaber kan være såvel investorer som udstedere af hybride finansieringsinstrumenter. Det skal afgøres, om der er tale om egenkapital i selskabet, gæld eller noget helt tredje i skatteretlig henseende. Det skal tillige afklares, om afkastet udgør udbytte/aktieavance eller rente/kursgevinst. Disse afgrænsninger hænger naturligt sammen med sondringen mellem gæld eller egenkapital³⁶⁵. Endvidere skal det afgø-

363. Jf. herom *Chris J. F. Warner* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVa, 2000, s. 506. Den særlige regel i LL § 6 B i dansk ret synes også at være et udslag af denne tankegang.

364. I udlandet, hvor man arbejder med langt mere differentierede finansieringsformer end her i landet, har spørgsmålet om grænsen mellem udbytter og renter givet anledning til en del debat, jf. *Thøger Nielsen*: *Indkomstbeskatning I*, 1965, s. 235, der tillige forudsagde, at hvis kapitalmarkedet herhjemme skulle komme ind på at benytte sig af en eller anden form for udbyttegivende partialobligationer, ville sondringen mellem gæld og egenkapital få brændende betydning i forbindelse med beskatningen af aktieselskaber.

365. Om spørgsmålet findes en ganske overvældende international litteratur. Se eksempelvis

res, hvad der er tale om i de tilfælde, hvor et afkast ikke kan henføres til de nævnte kategorier. Yderligere giver hybride instrumenter anledning til overvejelser om, hvorledes udgifterne for udstederen skal behandles, herunder om der er tale om en fradragsberettiget rentebetaling eller en udbytteudlodning mv. Endelig har kvalifikationen betydning i forbindelse med anvendelse af regler om participation exemption og kildeskattetilbagebetaling eller kildeskattefritagelse mv.

Med undtagelse af konvertible obligationer findes der ikke i dansk ret specifikke skatteregler om hybride finansieringsinstrumenter. Afgrænsningen og den skatteretlige behandling sker således efter skatte Lovgivningens almindelige regler.

5.2. Samspil mellem skatteret og civilret

Problemstillingen vedrørende hybrid finansiering er medtaget ud fra den betragtning, at der hermed er tale om en af fremtidens vanskelige samspil mellem skatteret og civilret. Årsagerne hertil er dels en observeret stigende interesse for hybridfinansiering, dels manglen på vejledning i grænsedragningen af afkastet på sådanne instrumenter.

Samspillet er på nuværende tidspunkt endnu ikke så udviklet, at der kan foretages en egentlig analyse i henhold til afhandlingens analyseapparat. Problemstillingen tjener således som en perspektivering over mulige fremtidige fortolkningsspørgsmål. Dog ses der også at være visse former for hybridfinansiering, som giver anledning til principielle

Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, 2000, Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions og *Maarjaana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 251 ff, for internationale oversigter over emnet og samme i BIFD 2004, s. 56 ff. Særligt i dobbeltbeskatningsoverenskomsternes regi kan henvises til *Michael Lang*: Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht – Rechtsgrundlagen der Doppelbesteuerungsabkommen zur Beurteilung von Mischformen zwischen Eigen- und Fremdkapital, 1991, *Petlev J. Piltz* i Unternehmensfinanzierung in Internationalen Steuerrecht, Piltz & Schaumburg (red.), 1995, s. 125 samt kommentarerne til art. 10 i OECD's modeoverenskomst pkt. 23 ff, og hertil *Klaus Vogel*: On double taxation conventions, 1997, s. 646 ff og samme med den tyske 2003-udgave, ad. art. 10. For amerikansk ret se *Richard B. Stone* i Tulane Law Review, 1966, s. 251 ff, *David P. Hariton* i Tax Law Review, 1994, s. 499 ff, *Rob Culbertson & Jaime King* i Tax Notes International, 2003, s. 1161 ff. For tysk ret se eksempelvis *Friedhelm Jacob* i BIFD 2000, s. 442 ff. I australsk ret har sondringen haft stor bevågenhed i nyere tid, jf. *Graeme S. Cooper* i BIFD 2003, s. 338 ff, og *Tony Rumble & Richard Wood* i Intertax, 2003, s. 409 ff. Endelig kan for en oversigt over dansk ret henvises til *Jens Wittendorff & Erik Banner-Voigt* i Journal of Derivatives & financial instruments, 2000, s. 3 ff, og *Hans Severin Hansen & Clive Baxter* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, 2000, Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions, s. 253 ff.

overvejelser om samspillet mellem skatteret og civilret³⁶⁶. Dette gælder eksempelvis reguleringen af konvertible obligationer, jf. herom infra. Det kan ikke udelukkes, at Danmark på sigt tillige må indføre egentlige skatteregler vedrørende afgrænsningen mellem gæld og egenkapital.

Fremtidens og nutidens relevante spørgsmål kunne være: (1) Skal grænsedragningen mellem gæld og egenkapital og renter og udbytter foretages med udgangspunkt i national civilret, regnskabsret og/eller skatteret? (2) Skal grænsedragningen foretages i overensstemmelse med udenlandsk civilret, regnskabsret og/eller skatteret. (3) Hvilken rolle må realitetsfortolkninger antages at få i grænsedragningen? Hertil kommer naturligvis en række yderligere og vanskelige spørgsmål, som dog ikke skal omtales nærmere, idet disse ikke vedrører samspillet mellem skatteret og civilret.

5.3. Om den internationale afgrænsning af instrumenter og afkast

I andre lande har hybride finansieringsinstrumenter givet anledning til væsentlige afgrænsningsvanskeligheder. Gældsinstrumenter kan klassificeres som værende egenkapital, og egenkapitalinstrumenter kan klassificeres som værende gæld. Samtidig består der også den mulighed, at de pågældende instrumenter klassificeres som delvis og gæld delvis egenkapital (bifurcation).

I nogle lande er der blevet lovgivet udelukkende gennem værnsregler, idet man ønsker at imødegå skatteudnyttelse. *Hollandsk ret* er et eksempel herpå. Således blev der med virkning fra 2002 indført særregler om hybrid finansiering i Hollandsk ret. Lovgiver anså dog ikke tiden for moden til at lovgive mere grundlæggende om sontringen mellem gæld og egenkapital³⁶⁷. Særligt tre problemstillinger har fokus været rettet mod: (1) om debitor har fradragsret for betalinger på hybride lån, (2) om de hollandske participation exemption regler skal finde anvendes ved hybride lån ydet af en hollandsk kreditor, og (3) om betalinger på hybride lån kan pålægges udbyttekildeskat³⁶⁸. Førstnævnte problemstilling findes der nu regler om i § 10, stk. 1, litra d i

366. Se eksempelvis om hybrid finansiering i civilret og skatteret i italiensk ret, *Stefano Serbini & Paola Flora* i ET 2005, s. 19 ff.

367. Jf. *Michael L. Molenaars & Ernst B. Barten* i ITPJ 2002, s. 80.

368. Jf. hertil og til det følgende *Michael L. Molenaars & Ernst B. Barten* i ITPJ 2002, s. 74 ff.

den hollandske selskabsskattelov. Herefter gælder det, at der ikke er fradrag for betalinger på lånet og værdisvingninger, *hvis lånet faktisk fungerer som egenkapital for debitor*. Dette vil være tilfældet, hvis der er tale om en af følgende typer af kapital:

- Hybrid lån type 1: (1) betalingsbeløbet afhænger *fuldstændig* af overskud eller udlodninger hos debitor eller en hermed forbunden enhed, og (2) tilbagebetalingsdatoen ligger mere end 10 år efter aftalens indgåelse; eller
- Hybrid lån type 2: (1) betalingsbeløbet afhænger *delvis* af overskud eller udlodninger hos debitor eller en hermed forbunden enhed, (2) den ikke-overskudsafhængige del af betalingen svarer til mindre end halvdelen af markedsrenten på lån med tilsvarende vilkår, og (3) tilbagebetalingsdatoen ligger mere end 10 år efter aftalens indgåelse; eller
- Hybrid lån type 3: (1) betalingsbeløbet afhænger *ikke* af overskud eller udlodninger hos debitor eller en hermed forbunden enhed, men gældsforpligtelsen er afhængig heraf, (2) lånet er efterstillet, og (3) lånet har ikke nogen aftalt tilbagebetalingsdato, eller har en tilbagebetalingsdato, der ligger mere end 50 år efter aftalens indgåelse.

Yderligere er der fastsat den regel i § 13, stk. 3, litra b i den hollandske selskabsskattelov, at »selskabsdeltagelse« efter participation exemption reglerne tillige omfatter lån, der hos debitor de facto fungerer som egenkapital, afgjort efter ovenstående kriterier. Endelig er der i § 4, stk. 1 i udbytteskatteloven indført intern hjemmel til udbyttekildebekskatning af betalinger fra hybride lån ud af Holland. Afgrænsningen følger ovenstående kriterier.

I *australsk skatteret* blev der i 2001 givet nye regler om sondringen mellem gæld og egenkapital³⁶⁹. Reglerne falder i to led. For det første findes der regler, der kvalificerer investeringen som enten gæld eller egenkapital. For det andet findes der regler, der foreskriver konsekvenserne af denne kvalifikation. Som konsekvens af reglerne findes der 4 kategorier af investeringer i selskaber: (1) Egenkapital, der forbliver egenkapital, (2) gæld, der behandles efter det forhold, at afkastet svarer

369. Jf. Graeme S. Cooper i BIFD 2003, s. 338 ff, Tony Rumble & Richard Wood i Intertax, 2003, s. 409 ff og Anton Joseph i Journal of Derivatives & Financial Instruments, 2004, s. 218 ff.

til egenkapital-afkast. Disse investeringer benævnes »non-share equity«. (3) Gæld som fortsat behandles som gæld. (4) Egenkapital, der behandles efter det forhold, at afkastet svarer til gældsafkast. Disse investeringer benævnes »non-equity shares«.

Den største opmærksomhed har hybride finansieringsinstrumenter allerede tidligt haft i *amerikansk ret*, idet finansieringsmarkedet her har været ganske differentieret. Det er således ikke muligt at redegøre for nuancerne i den generelle sondring mellem gæld og egenkapital i amerikansk ret. Det er kendetegnende, at selvom der findes bemyndigelse i IRC SEC. 385(a) til at udstede regulations vedrørende hybride instrumenter, er denne bemyndigelse ikke udnyttet. I 1994 udstedte Internal Revenue Service dog et såkaldt Notice, som ikke har nogen betydelig retskildeværdi³⁷⁰. Retstilstanden skabes derfor alene af retspraksis³⁷¹. De generelle træk heraf kan præsenteres³⁷². Domstolene har inddraget en række forskellige konkrete faktorer i grænsedragningen. I retspraksis har der i enkelte sager indgået op til 16 faktorer i afgrænsningen af gæld og egenkapital. Man taler om en »multifactor analysis«. Generelt kan det nok siges, at der er tale om egenkapital, hvis investor har ret til en andel i virksomhedens overskud, og samtidig tager del i den tilhørende risiko. Derimod er der generelt tale om gæld, såfremt investeringen ikke tager del i selskabets risiko eller overskud. Selvom mange faktorer kan inddrages i analysen, kan der ikke udpeges én afgørende faktor. Vægtningen afhænger af de konkrete omstændigheder. Prøvelsen sker med henblik på at afgøre, hvilke karakteristika der overvejende er til stede. Blandt de hyppigste faktorer kan nævnes:

- Parternes betegnelse kan i visse tilfælde spille ind. Dette gælder navn-

370. Jf. Notice 94-47. Siden har IRS udstedt to såkaldte Technical Advice Memorandums, jf. TAM 200418008 og TAM 200419001, jf. hertil *Anton Joseph* i *Journal of Derivatives & Financial Instruments*, 2004, s. 216 ff.

371. For amerikansk ret se eksempelvis *William T. Plumb* i *Tax Law Review*, 1971, s. 369 ff, *Boris I. Bittker & James S. Eustice: Federal Income taxation of Corporations and Shareholders*, 2002, § 4.02, *Richard B. Stone* i *Tulane Law Review*, 1966, s. 251 ff, *David P. Hariton* i *Tax Law Review*, 1994, s. 499 ff, *Rob Culbertson & Jaime King* i *Tax Notes International*, 2003, s. 1161 ff, *Daniel M. Berman & Denise O. Strain* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVa. 2000, s. 665 ff, *Stephen A. Lind et al.: Fundamentals of Corporate Taxation*, 1997, s. 102 ff, *Cheryl D. Block: Corporate Taxation*, 1998, s. 29 ff samt *Howard E. Abrams & Richard L. Doernberg: Federal Corporate Taxation*, 1998, s. 68 ff.

372. Retsspraksis vedrører ikke alene anvendelsen af hybride finansieringsinstrumenter, men tillige eksempelvis omkvalifikation i tilfælde af tynd kapitalisering.

lig, hvis parternes betegnelse selskabsretligt medfører visse konsekvenser for parterne, som disse ikke kontraktuelt kan regulere.

- Om udstederen skal tilbagebetale investors investering på anfordring eller til en fastlagt udløbsdato, hvor særligt sidstnævnte har trukket kraftigt i retning af gæld.
- Om betalinger på instrumentet er underlagt ledelsens beføjelser, og om sådanne betalinger er begrænset til udstederens »earnings«. Bekræftende besvarelse heraf taler for tilstedeværelsen af egenkapital, mens det modsatte taler for tilstedeværelsen af gæld.
- Om, og i hvilken udstrækning investors rettigheder står tilbage for generelle kreditorer. Tilbageståelse taler for egenkapital.
- Om investor har en kreditors beføjelser til at gennemtvinge betaling af hovedstol mv. Dette taler selvsagt for tilstedeværelsen af gæld, mens det modsatte taler for tilstedeværelsen af egenkapital.
- Parternes intention. I erkendelse af de vanskeligheder, der er forbundet med at bevise subjektiv hensigt, har domstolene henset til parternes handlinger, herunder eksempelvis undladelse af at inddrive forfaldne betalinger.
- Om investor har ret til at deltage i ledelsen hos udsteder. I visse sager har dette talt for tilstedeværelsen af egenkapital (aktionærstatus).
- Om udsteder af instrumentet er tynd kapitaliseret, kan spille ind ved en omkvalifikation til egenkapital. Derimod kan tilstrækkelig solvens føre til anerkendelsen af gælden som sådan.
- Om der er identitet mellem investor og aktionærene i det udstedende selskab. Dette kan tale mod gældsklassifikation.
- Om udsteder har mulighed for at opnå finansiering fra uafhængige parter.

Disse punkter listes tillige op i Notice 94-47. Heraf fremgår tillige et yderligere punkt, nemlig kvalifikaitonen af instrumentet i andre ikke-skattemæssige sammenhænge.

Faktorerne kan endvidere inddeles i 3 overordnede kategorier³⁷³: (1) faktorer som relaterer sig til investeringsrisikoen, (2) faktorer som vedrører investors rettigheder i forhold til udsteder, og (3) bevis for parternes subjektive hensigt. Grænserne er naturligvis også flydende vedrørende en sådan inddeling.

373. Jf. Daniel M. Berman & Denise O. Strain i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVa. 2000, s. 671 ff.

Del IV – Konfrontation

Selvom sondringen mellem gæld og fremmedkapital er ganske veludviklet i amerikansk retspraksis, er grænsedragningen blevet kritiseret³⁷⁴.

Også i *tysk ret* har hybride finansieringsinstrumenter opnået en betydelig udbredelse. Det civilretlige udgangspunkt er aftalefrihed, men selskabsretlige regler skal opfyldes for at opnå det ønskede resultat. Ved kvalifikationen følges som udgangspunkt den civilretlige klassifikation. Af litteraturen og praksis fra Bundesfinanzhof vil der være tale om egenkapitalindskud, hvis følgende kriterier opfyldes³⁷⁵:

- En selskabsdeltager overfører et aktiv, som må formodes at kunne overføres til selskabets egenkapital. Dette gælder eksempelvis ikke en brugsret til immaterielle aktiver.
- Overførslen af aktivet medfører en kapitalforøgelse, som ikke skal tilbagebetales på et forudbestemt tidspunkt, og som ikke må formodes at kunne trækkes ud af selskabet ved at håndhæve kreditorrettigheder.
- Overførslen medfører et kapitalindskud, der træder tilbage i tilfælde af konkurs eller likvidation.

Egenkapitaltilskud medfører typisk (men ikke nødvendigvis) udstedelsen af aktier, hvilket medfører tilstedeværelsen af visse aktionærrettigheder for investor. I visse tilfælde medfører den civilretlige kvalifikation af finansieringsinstrumenter ikke et dækkende billede og dermed ikke

374. Jf. særligt *David P. Hariton* i *Tax Law Review*, 1994, s. 499 ff. Det gøres særligt gældende, at den nuværende fremgangsmåde, hvorefter der sker en afvejning af, hvilke karakteristika der er fremherskende åbner mulighed for at formulere de relevante karakteristika, som taler for gæld eller egenkapital i flere separate udsagn, således at skatteyder så at sige selv kan sørge for at vægten tipper til den rigtige side. I stedet finder forfatteren, at det reelle spørgsmål i stedet er, i hvilken udstrækning instrumentet udelukker investor fra risiko og overskud i udsteders virksomhed. I denne forbindelse må det vurderes, hvilke rettigheder investorer er i besiddelse af i forhold til andre investorer i udsteders kapital. Det anføres, at forholdet mellem forskellige investorgrupper ikke kan aflæses i en checkliste. Forfatteren opstiller en række alternative spørgsmål: (1) hvor meget egenkapital understøtter investors rettigheder, (2) hvor meget gæld skal opnå dækning forud for indskuddet, (3) i hvilken udstrækning deltager investor i udsteders overskud og (4) hvilke rettigheder – om nogen – vil egenkapitalen fortsat have, hvis låntager taber penge. Alene disse spørgsmål har efter forfatterens opfattelse relevans. Spørgsmålet rækker dog videre end blot at stille nævnte spørgsmål, idet man må have en forståelse for udstederselskabets kapitalstruktur.

375. Jf. *Friedhelm Jacob* i *BIFD* 2000, s. 442 ff (445 ff) og samme i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVa, 2000, s. 313 ff (320 ff).

en korrekt skattemæssig behandling. I sådanne situationer vurderes i stedet instrumentets økonomiske karakteristika.

I *norsk ret* har den skatteretlige og selskabsretlige behandling af hybridfinansiering givet anledning til en vis debat. Dette skyldes navnlig Høyesteretts dom i de såkaldte »banksager«, jf. Rt 2001, s. 851 ff³⁷⁶. Domstolen statuerede, at samtlige indskud af såkaldt preferencekapital, der var foretaget i Christiania Bank og Kreditkasse og Den Norske Bank, måtte klassificeres som egenkapital, idet indskuddene efter Høyesteretts opfattelse havde »mest til felles med« egenkapital³⁷⁷.

Problemstillingen var, hvorvidt nedskrivning af præferencekapitalen til 0 måtte anses som en gældsftergivelse med deraf følgende begrænsning af underskudfremførselsretten, eller om der var tale om en skateneutral disposition for bankerne.

Om et indskud har mest til fælles med egenkapital eller gæld, afgøres ved en sammenligning med typiske karakteristika ved hver af finansieringsformerne. I dommen indgik særligt følgende overvejelser: (1) det økonomiske indhold har betydning fremfor den aftalte benævnelse, (2) kapitalens prioritet ved konkurs er underordnet, (3) fravær af misligholdelsesbestemmelser talte i retning af egenkapital, (4) at det var lagt til grund, at underskud i bankerne skulle absorbere indskuddene, hvorved indskuddenes nominelle værdi skulle reduceres tilsvarende, (5) at der ikke var fastsat rentebetalinger men i stedet udbyttebetalinger, samt endelig (6) at det er et centralt element ved gældsdefinitionen, at der foreligger en ret til at kræve betaling i penge, mens der i den konkrete sag i stedet forelå en konvertingsret til ordinær aktiekapital.

Udfaldet af kvalifikationen får betydning for, hvilke skatteregler der skal finde anvendelse ved beskatningen.

Hybride finansieringsinstrumenter har tillige haft *OECD's* bevågen-

376. Dommen er kommenteret af *Hans R. Scwencke* i NTS 2003, s. 41 ff, ud fra et regnskabsperspektiv, *Harry A. Veum & Vegard Kristiansen* i Skatterett 2002, s. 115-147, samt *Tore Bråthen* i NTS 2002, s. 11 ff. Sagen er forud for Høyesteretts dom kort omtalt af *Fred-Ove Almvik* i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, 2000, s. 557 ff.

377. Denne test blev introduceret af *Magnus Aarbakke* i 1982, jf. Revisjon og Regnskap, 1982, s. 99-100, om end i regnskabsmæssig henseende men siden også overført til skatterettens område. Se herom Finansdepartementet, 2001. Høringsnotat om endringer i skatteloven – beskatning av fondsobligationer, 12.2 2001. Høyesteret fastslår med dommen, at der ikke i norsk ret er basis for at behandle hybrid finansiering som *sui generis* kapital, jf. *Harry A. Veum & Vegard Kristiansen* i Skatteret 2002, s. 125 ff. Forfatterne analyserer i artiklen generelt hybridfinansiering i norske aktieselskaber. Se tillige *Hugo Matre* i BIFD 2002, s. 456 om profit-participating loans i norsk skatteret.

Del IV – Konfrontation

hed, idet navnlig grænsedragningen mellem renter og udbytte sættes under pres i forbindelse eksistensen af hybride instrumenter. Ligeledes aktualiseres sondringen mellem gæld og egenkapital ved overvejelse af korrektionsmulighederne i forbindelse med tynd kapitalisering. Indledningsvis har OECD påpeget såvel juridiske som økonomiske forskelle mellem finansieringsformerne³⁷⁸. Som *juridiske forskelle* på egen- og fremmedkapital kan anføres:

- Aktieejere er normalt berettigede til en andel af selskabets indtjening.
- Aktieejere er dog ikke berettigede til at få deres investering igen medmindre selskabet opløses.
- Aktieejers risiko er normalt begrænset til den indskudte egenkapital.
- Det er muligt at sælge aktien til den værdi, den har her og nu, hvad enten denne udgør mere eller mindre end det oprindelige investeringsbeløb.
- Långiver er berettiget til en fastsat rentebetaling (eller lignende) uanset, hvordan selskabets indtjening i øvrigt er.
- Långiver vil normalt få sin investering igen efter et stykke tid.
- Långiver kan dog også ved afståelse af fordringen påføres et værdiudsving, enten i op- eller nedgående retning.
- Begge risikerer at tabe hele investeringen.

Den *økonomiske forskel* mellem egenkapital og fremmedkapital ses derved, at långivere kan se frem til en periodisk og fikseret belønning for den til rådighed stillede kapital, mens aktionærer er afhængige af selskabsorganernes beslutning om udbytteudlodning. Dette medfører alt andet lige større bevægelsesfrihed for selskaber, der er finansieret ved egenkapital. Hertil kommer nok den vigtigste forskel i skattemæssig henseende, nemlig at egenkapitalinvesteringer er designet til at skabe et afkast til investor i form af udlodninger, mens låneinvesteringer for debitor er en udgift, der skal afholdes, førend der kan tilvejebringes et overskud af hvilket, der kan foretages udlodninger.

OECD Modelaftalens art. 10, stk. 3, og art. 11, stk. 3, indeholder en *vejledende fastlæggelse af begreberne udbytter og renter*. Det fremgår dog af OECD's kommentarer til art. 10, pkt. 23, at det har været umuligt af

378. Fremhævet af OECD's fiskal-komite i Thin Capitalisation, Issues in International Taxation, 1987, s. 8 f.

fastsætte et almengældende internationalt udbyttebegreb uafhængigt af national lovgivning. Sondringen mellem egen- og fremmedkapital skal derfor ske efter national lovgivning.

I pkt. 24 til OECD MDBO art. 10 anføres det, at visse instrumenter sidestilles med aktier. Disse instrumenter rummes af ordlyden af art. 10, stk. 3, hvori indgår ordene »rights participating in profits« og »corporate rights«, der behandles som udbytte i henhold til skattelovgivningen i kildestaten³⁷⁹. Dette gælder alle værdipapirer udstedt af selskabet med ret til andel i selskabernes fortjeneste uden at være gældsfordringer. Som eksempler herpå nævnes »jouissance«-akter eller »jouissance«-rettigheder, stifteraktier eller andre rettigheder, som giver ret til andel i fortjeneste. På den anden side falder gældsfordringer, der giver ret til andel i fortjeneste, ikke under denne kategori, ligesom renter fra konvertible obligationer ikke er udbytte.

I pkt. 19 til art. 11, anføres det, at renter på udbyttegivende gældsbreve (participating bonds) normalt ikke skal anses for udbytte, og det samme gælder for renter af konvertible obligationer indtil konverteringen. For at undgå sammenfald mellem renter og udbytter efter art. 10 og art. 11 er det i pkt. 19 til art. 11 fastlagt, at »udtrykket« rente, som anvendt i art. 11 ikke omfatter de arter af indkomst, der er behandlet i art. 10.

I OECD's kommentarer til art. 10, pkt. 25, er nævnt forhold, som kan indgå i vurderingen af, om fremmedkapital i skattemæssig henseende kan omkvalificeres til egenkapital. Dette kan komme på tale, hvis *långiveren effektivt deltager i låntagerens forretningsmæssige risici, således at tilbagebetaling i høj grad afhænger af låntagerens forretningsmæssige succes eller på anden måde af selskabets drift*, jf. også OECD's kommentarer til art. 11, pkt. 19 om omkvalifikation af renter til udbytte. Der nævnes følgende forhold, som eksempler på forhold, der kan indgå i vurderingen:

- Om lånet væsentlig overstiger andre tilskud til selskabets kapital
- Om kreditor deltager i debtors fortjeneste

379. Jf. herom eksempelvis *Klaus Vogel: On double taxation conventions*, 1997, s. 650 ff, samme med den tyske 2003-udgave ad art. 10 og 11, og navnlig *Michael Lang: Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht – Rechtsgrundlagen der Doppelbesteuerungsabkommen zur Beurteilung von Mischformen zwischen Eigen- und Fremdkapital*, 1991.

Del IV – Konfrontation

- Om tilbagebetalingen af lånet viger tilbage for andre kreditorers fordringer
- Om størrelsen af rentebetalingerne er afhængige af selskabets fortjeneste
- Om lånevilkårene ikke indeholder vilkår om tilbagebetaling på et bestemt tidspunkt

I *regnskabsmæssig henseende* behandles hybride finansieringsinstrumenter i overensstemmelse med IFRS/IAS 32 om finansielle instrumenter³⁸⁰. Heraf fremgår det af pkt. 18, at udstederen af et finansielt instrument skal klassificere instrumentet eller dets dele i overensstemmelse med aftalens substans og definitionerne af finansielle forpligtelser og egenkapitalinstrumenter. Afgørende er blandt andet, hvorvidt der foreligger en retlig forpligtelse for den ene af parterne til at levere kontanter eller andre finansielle aktiver til investor. I tilfælde heraf foreligger der en finansiell forpligtelse, jf. pkt. 20. Om instrumenter der indeholder såvel gæld som egenkapital gælder det, at komponenterne skal klassificeres særskilt, jf. pkt. 23. Yderligere gælder det, at renter, udbytter, tab og gevinster, som relaterer sig til et finansielt instrument eller en del heraf, skal indgå som udgifter eller indtægter i resultatopgørelsen i overensstemmelse med klassifikationen af det finansielle instrument, dvs. at udbytteudlodninger fra aktier, der klassificeres som forpligtelser, tillige skal klassificeres som udgifter på samme vis som renter og vice versa.

5.4. Afgrænsning af hybride finansieringsinstrumenter og afkastet heraf i dansk ret – et udgangspunkt for den fremtidige retsudvikling

Det interessante spørgsmål er følgelig, *hvilke afgrænsningskriterier der skal anvendes i dansk ret*. I den typiske situation er der tale om en dansk investor, men det forekommer også at danske selskaber ses som debitorer/udstedere. Oftest er det interessant at kvalificere hybridfinansieringen og afkastet heraf.

Udgangspunktet må også på dette område være, at en sådan kvalifikation skal ske efter interne danske skatteretlige kvalifikationsprin-

380. Se kort om de seneste ændringer til standarden *Vibeke Bak-Pedersen* i R&R 2002/4, s. 18 ff.

cipper. Det skal dog forudskikkes, at der ikke findes nævneværdig retspraksis eller administrativ praksis til belysning af spørgsmålene, hvorfor andre retlige indfaldsvinkler har interesse.

Udgangspunktet kan være den *civilretlige formalitet*³⁸¹. Dette udgangspunkt må dog efter omstændighederne kunne fraviges ved en konkret realitetsbedømmelse, hvorefter skattemyndighederne i stedet kan fokusere på økonomiske karakteristika. I overensstemmelse med internationalt anerkendte principper kunne afgrænsningen foretages ved en vurdering af antallet af gælds- henholdsvis egenkapitalkarakteristika forbundet med konkrete hybride finansieringsinstrumenter. Det kan formentlig hentes støtte i de supra anførte internationale kriterier.

Udenlandsk regnskabsbehandling tillægges næppe afgørende betydning. Instrumenter, der i udlandet såvel skatteretligt som regnskabsmæssigt behandles som gæld, kan derfor meget vel blive behandlet som egenkapital efter en dansk skatteretlig kvalifikation. Tilsvarende tillægges *udenlandsk civilretlig og skatteretlig kvalifikation* næppe afgørende betydning. Generelt har dette spørgsmål været oppe at vende i en række sager.

Problemstillingen var fremme i den nedenfor omtalte TfS 1997, 102 Ø *Siemens Nixdorff Informationssystemer A/S*. Departementet betoner i sin kommentar hertil, jf. TfS 1997, 452 DEP, at afgørelsen ikke er udtryk for, at danske skattemyndigheder og domstole skal anvende et andet lands internretlige regler ved afgørelsen af et dansk skattespørgsmål.

Dansk ret blev tillige tillagt afgørende betydning i TfS 1997, 277 Ø *Lars Tholstrup*, hvor en dansk skatteyder som eneaktionær i et italiensk selskab hæftede ubegrænset for selskabets forpligtelser i forbindelse med dettes konkurs. Sagen drejede sig om den skatteretlige kvalifikation af indbetalinger til dækning af medarbejdernes løntilgodehavender. Landsretten fandt, at hæftelsen efter dansk ret måtte anses som en lovbestemt kautionsforpligtelse, idet eneaktionærens hæftelse var subsidiær i forhold til selskabets hæftelse. Betalingen skulle følgelig kvalificeres som et ikke-fradragsberettiget formuetab³⁸².

381. Jf. *Hans Severin Hansen & Clive Baxter* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVa, 2000, Tax Treatment of hybrid financial instruments in cross border transactions, s. 269.

382. Af andre sager, hvor bedømmelsen er fastholdt efter danske principper og regler kan nævnes TfS 2002, 498 LSR om anerkendelse af fonds skattesubjektivitet og TfS 1995, 905 LSR om kvalifikation af udbyttebetalinger fra et spansk kommanditselskab.

Del IV – Konfrontation

Udenlandske civilretlige regler kan formentlig siges at have betydning for bedømmelsen af faktum ved den skatteretlige subsumption. Hvis det er muligt identificeres et udenlandsk civilretligt begreb med et kendt dansk civilretligt begreb. Herefter foretages der en skatteretlig kvalifikation af det fastlagte faktum, og denne kvalifikation foretages som udgangspunkt alene efter danske skatteregler³⁸³.

På baggrund af visse sager synes det dog muligt at konstatere, at *udenlandske juridiske restriktioner, der pålægges udsteder, kan have betydning for kvalifikationen af afkastet hos en dansk investor*. Dette gælder særligt, hvor armslængdevilkår for finansieringsinstrumentet skal findes.

Således ses der i praksis vedrørende rentefiksering hos et dansk kreditorselskab at være taget hensyn til de svenske regler om *vilkorat aktieägertilskott*, idet det efter disse regler er forbudt af lade fordringen være forrentet. Østre Landsret fandt ikke anledning til at gennemføre en rentefiksering i en sådan situation, hvor man efterlever kravene i svensk selskabsret³⁸⁴.

Tilsvarende ses der at være taget hensyn til franske skatteregler, hvorefter renteudgifter fra et fransk datterselskab til dettes danske moderselskab alene kunne begæres fradraget til en lavere rentesats end den danske mindsterente³⁸⁵.

Hvis der er tale om afkast udbetalt fra en udenlandsk enhed, som ikke udgør et selvstændigt skattesubjekt efter danske regler, vil der ikke kunne være tale om udbytte. Dette fremgår af TfS 1995, 905 LSR om et spansk kommanditselskab. Landsskatteretten afviste i denne forbindelse at anvende interne spanske regler til brug for den danske kvalifikation.

Udgangspunktet om, at udenlandske civilretlige og regnskabsretlige regler ikke skal tillægges afgørende betydning, synes dog i nyere tid at være modificeret. Således tillod Ligningsrådet i TfS 2003, 95 skattefrihed i dansk sambeskatningsindkomst for kapitaludvidelser foretaget efter udenlandske regler uden aktieudstedelse. Konkret var der tale om »Additional paid in capital« efter amerikansk ret og »Einzahlung in die Kapitalrücklage« efter tysk ret. Begrundelsen for resultatet var dog ikke klar, idet det hedder »Idet det bemærkes, at der efter Ligningsrådets op-

383. Se også Told- og Skattestyrelsens udførlige redegørelse i TfS 2003, 95 LR.

384. Jf. TfS 1997, 102 Ø.

385. Jf. TfS TfS 1995, 528 LR.

fattelse ikke består et krav om, at der skal sluttet modsætningsvis af selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 1, og når der henses til de foran af forespørgeren afgivne oplysninger om, hvorledes der selskabsretligt såvel som regnskabsretligt forholdes med hensyn til indbetalingerne i de modtagende selskaber i henhold til den for disse gældende lovgivning, finder Ligningsrådet efter en samlet konkret vurdering, at der ikke består det fornødne grundlag for at anse indbetalingerne for skattepligtige ...». Grundet den konkrete samlede bedømmelse må der nok udvises tilbageholdenhed med at overfortolke afgørelsens rækkevidde. Ole Bjørn bidrager til en forøget forståelse af udsagnet³⁸⁶. Således anføres det, at det at man ikke skal anvende udenlandske skatteretlige regler som et led i afgørelsen af danske skatteretlige spørgsmål³⁸⁷, ikke indebærer, at de udenlandske regler ikke kan få betydning for bedømmelsen af danske skatteretlige regler. De udenlandske regler udgør et retsfaktum, der må indgå i bedømmelsen af forholdet. I det konkrete sag kan man således anføre, at de udenlandske selskabsretlige regler må medføre, at der netop ikke foreligger et tilskud, fordi der er tilsigtet en udvidelse af selskabskapitalen.

Den skatteretlige afgrænsning af afkast af egenkapital og fremmedkapital hænger uløseligt sammen med rentebegrebet og udbyttebegrebet.

Hverken statsskatteloven, dennes forarbejder eller forgængere bidrager til en nærmere afgrænsning af, hvilke ydelser der omfattes af udtrykkene »rente« eller »renter«. Udtrykkene må derfor forstås og anvendes i overensstemmelse med sædvanlig sprogbrug³⁸⁸. Hermed er der som udgangspunkt ikke direkte overensstemmelse mellem det skatteretlige og det civilretlige rentebegreb³⁸⁹. Man taler således ofte om, at skatteretten anvender et snævert rentebegreb³⁹⁰. Hvilke nærmere hensyn, der har betinget en sådan snævrere begrebsanvendelse, er uklart.

386. Jf. SR-Skat 2003, s. 7 ff.

387. Hvilket er fast antaget, jf. Aage Michelsen: International skatteret, 2003, s. 100, og Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning I, 1965, s. 237 ff.

388. Jf. UfR 1941, 563 H Ejendomsaktieselskabet »Nakskovhus«, hvorefter udtrykket »Renter« i SL § 6, stk. 1, litra e, ikke omfattede den »effektive Renteudgift«, dvs. renten beregnet i forhold til kursværdien, som appellantens bl.a. gjorde gældende, men alene »Renter efter sædvanlig Sprogbrug, saaledes at en videregaaende Fortolkning af Udtrykket maa forkastes«. Denne snævre bestemmelse af udtrykket rente er senere fastholdt, jf. f.eks. UfR 1950, 284 H Det gjensidige forsikringsselskab »Danmark«, UfR 1950, 544 H, UfR 1953, 523 H og UfR 1955, 251 H Dansk Kapitalanlæg A/S. Smh. også UfR 1950, 7 H H.P.W. Scharling.

389. Tilsvarende konstateres af Nikolaj Vinther: Civilrettens styring af skatteretten, 2005, s. 110.

390. I civilretten anvendes rentebegrebet formentlig også i sådanne situationer, hvor der er

Del IV – Konfrontation

Som renter kan herefter kun betragtes den *nominelle rente*, dvs. renten beregnet i forhold til restgæld. Forholdet medfører, at det vederlag, som en långiver betinger sig ved at udbetale et mindre låneprovenu til låntager, end denne påtager sig at tilbagebetale, skattemæssigt må behandles som en kursgevinst/kurstab. Det *skatteretlige rentebegreb* omfatter derfor alene ydelser, der (1) er vederlag for rådigheden over et pengebeløb (lån), (2) beror på en retlig forpligtelse, (3) beregnes for en given periode som en bestemt procentdel af det i perioden til enhver tid til rådighed stillede nominelle beløb, (4) erlægges eller modtages løbende (periodisk)³⁹¹.

Heri ligger også, at rentebegrebet forudsætter, at renten beregnes af en kapital, der tilhører den pågældende, henholdsvis af en gæld, der påhviler den pågældende.

Der gives specifikt skatteretlige rentebegreber i EU's rentebeskatningsdirektiv (2003/48/EF) art. 6 og EU's rente/royaltydirektiv (2003/49/EF) art. 2, litra a. Alene sidstnævnte har relevans i foreliggende sammenhæng. Definitionen er sålydende: indkomst af gældsfordringer af enhver art, uanset om de er sikret ved pant i fast ejendom, og uanset om de indeholder en ret til andel i debtors fortjeneste, og i særdeleshed indkomst fra gældsbeviser, obligationer eller forskrivninger, herunder gevinster og præmier, der er knyttet til sådanne værdipapirer. Straftillæg for for sen betaling anses ikke for renter. På baggrund af ordlyden synes direktivets rentedefinition bredere end den interne danske praksisudviklede rentedefinition. Der vil således formentlig næppe kunne tænkes tilfælde, hvor der pålægges en danske kildeskat, uden at der samtidig vil være tale om en rentebetaling omfattet af rente-/royaltydirektivet. I artikel 4 angives nogle muligheder for *kildestaten* til at udelukke visse rentebetaling fra direktivets anvendelsesområde³⁹². Dette gælder for *det første* betalinger, der behandles som udlodning af udbytte eller som tilbagebetaling af kapital, jf. art. 4, stk. 1, litra a. Der kan her være tale om afkast på visse hybride finansieringsinstrumenter,

tale om en løbende ydelse, der beregnes pr. tidsenhed, men i forhold til den oprindelige skyld i stedet for den til enhver tid værende restskyld, jf. herom *Lars Lindencrone Petersen i Mogens Munch: Renteloven med kommentarer*, 2002, s. 27. Tilsvarende falder visse provisioner falder ind under det civilretlige rentebegreb, men er i skatteretten særskilt reguleret.

391. Se herom f.eks. *Kjeld Hemmingsen* i *SkatteOrientering* 4.14, 1982 og NSFS 16 (1985) 129.

392. I stedet henvises løsningen i flere tilfælde til reglerne i moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF).

men muligheden synes ikke relevant for Danmarks vedkommende. *For det andet* gælder det betalinger fra gældsfordringer, som indebærer en ret til en andel i debtors fortjeneste, jf. art. 4, stk. 1, litra b. Dette kan omfatte afkastet på udbyttegivende gældsbreve. I hidtidig dansk praksis er sådant afkast ikke entydigt behandlet som rentebetalinger, hvorfor Danmark til dels kan forventes at gøre brug af bestemmelsen. *For det tredje* er der tale om betalinger fra gældsfordringer, som berettiger fordringshaveren til at ombytte sin ret til renter til en ret til en andel i debtors fortjeneste, jf. art. 4, stk. 1, litra c. Endelig *for det fjerde* gælder det betalinger fra gældsfordringer, som ikke indeholder nogen bestemmelse om tilbagebetaling af hovedstolen, eller hvor tilbagebetaling skal finde sted mere end 50 år efter udstedelsesdatoen.

I skatteretlig henseende er *udbyttebegrebet* fastlagt i LL § 16 A, hvorefter der som udbytte forstås alt, hvad der udloddes fra selskabet til dets aktionærer. Der ses ikke at være taget stilling til anvendelsen af LL § 16 A i forbindelse med afkast af hybridfinansiering. Det skatteretlige udbyttebegreb er utvivlsomt bredere end civilrettens udbyttebegreb. Således omfattes også maskeret udbytte af skatterettens udbyttebegreb.

Der findes tillige et fællesskabsretligt udbyttebegreb i moder-/datterselskabsdirektivet (90/435/EØF) artikel 4. Den skatteretlige litteratur har analyseret direktivets anvendelse ved hybridfinansiering. Det kan anføres, at fremmedkapital, som i realiteten udgør egenkapital, skal nyde godt af direktivets fordele³⁹³. Direktivets anvendelsesområde skal dog ses i sammenhæng med ovenstående bemærkninger om rente-/royaltydirektivet.

Det er tillige nødvendigt af afgrænse aktieavancer, hvor ABL overvejende må være egenkapitalens kapitalgevinstbeskatningshjemmel, overfor kursgevinster, hvor KGL overvejende må være fremmedkapitalens kapitalgevinstbeskatningslov. Grænsefladerne mellem disse lovkomplekser i forbindelse med hybridfinansiering analyseres ikke nærmere.

Hvis egenkapitalinstrumenter henføres til beskatning efter aktieavan-

393. Jf. *Marjaana Helminen*: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 267. Forfatteren konstaterer s. 282, at afkast fra perpetual debt må være omfattet af direktivet. Samme konklusion nås s. 291, vedrørende renter fra udbyttegivende gældsbreve (Profit-Participating Debt Instruments), s. 301, vedrørende rentebetalinger fra konvertible obligationer og s. 309, vedrørende renter på ansvarlig lånekapital (Subordinated Debt Instruments) samt s. 316 f, vedrørende udbytter fra præferenceaktier.

Del IV – Konfrontation

cebeskatningslovens regelsæt, mens fremmedkapitalinstrumenter henføres til beskatning efter kursgevinstlovens regelsæt, er spørgsmålet følgelig, hvilken betydning en sådan henførsel har for *kvalifikationen af afkastet fra instrumentet*. Spørgsmålet er nærmere bestemt, om henførslen til ABL medfører, at afkastet må anses som værende udbytte. Alternativt er spørgsmålet om henførslen til KGL medfører, at afkastet må anses for at være en rente. Der er så vidt ses ikke nogen direkte sammenhæng mellem den omstændighed, at et givent instrument er omfattet af ABL og behandlingen af afkastet som udbytte. ABL omfatter en række værdipapirer herunder formentlig også aktielignende instrumenter, jf. ordlyden af ABL § 1. Modsat dette henholder det skatteretlige udbyttebegreb sig til civilrettens aktionærbegreb. Der vil derfor ikke per automatik være tale om en udbytteudlodning, med mindre indehaveren af finansieringsinstrumentet kan anses for at være aktionær i egentlig forstand. Det er ligeledes interessant, om en kvalifikation af afkast som udbytte eller rente per se fører til ABL's hhv. KGL's anvendelse. Det er blevet anført, at man som hovedregel kan gå ud fra, at ABL og LL § 16 A finder anvendelse, såfremt en rettighed giver ret til at opnå andel i selskabets nettoformue ved evt. likvidation, idet rettighedshaveren i disse tilfælde er selskabsdeltager³⁹⁴.

I det følgende skal fremdrages den sparsomme praksis af relevans for den behandlede problemstilling.

I TfS 1994, 536 TSS havde et dansk moderselskab foretaget uforrentet udlån til sit engelske datterselskab. Af låneaftalen fremgik, at lånebeløbet ville blive tilbagebetalt, så snart mulighederne herfor var til stede. På grund af dansk praksis om rentefiksering blev aftalen efterfølgende ændret således, at lånebeløbet blev forrentet med diskontoen + 4%. Efter britisk ret blev lånet betragtet som indskud af kapital og afkastet som udbytte. Efter art. 11, stk. 5 i den dansk-engelske dobbeltbeskatningsoverenskomst er Danmark ikke forpligtet til at behandle renter som udbytte, selvom de i Storbritannien betragtes som udbytte. Der opstod en dobbeltbeskatningssituation, som ikke kunne løses ved mutual agreement. Sagen er for så vidt blot et eksempel på et muligt udfald af forskellig kvalifikation af afkastet fra hybridfinansiering.

I TfS 1985, 324 LR ses at være sket en omkvalifikation af udbytter til renter. Ligningsrådet blev anmodet om at tage stilling til, om et beløb

394. Jf. *Lene Hjerminde* i R&R 1989/11, s. 10 f. Se også *Niels Josephsen* i TfS 1998, 589.

udbetalt fra en nystiftet irsk finansieringsselskab ville være fritaget for dansk skat i medfør af artikel 6 i den dansk irske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Der var tale om et irsk selskab der ønskede at udvide sine aktiviteter i Danmark, og som i den forbindelse påtænkte at stifte et irsk selskab med en aktiekapital på 8.000.100 USD. Aktiekapitalen skulle opdeles i aktier på hver 1 dollar. De resterende 8.000.000 USD skulle være *præferenceaktier*, som ifølge de tilsendte vedtægter ikke skulle have stemmeret. Præferenceaktierne skulle herefter sælges til en dansk virksomhed. Det nystiftede irske selskab skulle herefter låne penge til det irske moderselskab til køb af et fly, som skulle leases ud. Samtidig garanterede det irske moderselskab, at indehaverne af præferenceaktierne i det irske finansieringsselskab, herunder de danske aktionærer, over den periode leasingforholde bestod kunne sælge deres aktier i det irske selskab til tredjemand til kurs pari med tillæg af et beløb svarende til endnu ikke udbetalt udbytte. Da det irske finansieringsselskab havde en forudberegnet indtægt af lånet til det irske moderselskab, ville selskabet være i stand til at udbetale udbytter, til sine aktionærer, på vilkår der også var forudberegnelige. Vilkaarne ville således på forhånd være kendt for tegnerne af præferenceaktierne.

Ligningsrådet udtalte, at de omhandlede beløb ikke kunne anses for at være udbytter omfattet af den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst. Der blev især lagt vægt på, at præferenceaktierne ikke havde stemmeret, at udbyttet var forudberegnet, at aktierne i leasingperioden kunne tilbagesælges til kurs pari, at påløbet udbytte skulle udbetales ved salg, og at indskuddet på forhånd var bestemt til udlån til det irske moderselskab. Selvom afgørelsen er konkret begrundet, kan der hentes visse retningslinier i forhold til afgrænsningen af afkastet fra hybride finansieringsinstrumenter.

Endelig skal nævnes TfS 1990, 240 LSR (TSN 1991, 544 LSR). I sagen deltog et dansk datterselskab i februar 1985 i en aktieudvidelse i et søsterselskab i USA. De likvide midler til deltagelsen finansieredes af en udskydelse af et planlagt byggeri i det danske datterselskab. Samtidig med aktieerhvervelsen blev der indgået en kontrakt mellem selskabet og dettes moderselskab i Schweiz, hvorefter moderselskabet havde ret og pligt til at overtage aktierne til købsprisen. Da dette skete ultimo 1986, fandt Landsskatteretten, at der i realiteten forelå et udlån til moderselskabet, idet selskabets likvide midler som følge af moderselskabets indflydelse var anvendt til fordel for det kriseramte amerikanske søsterselskab. Det danske selskab måtte anses for skattepligtigt af en

beregnet rente, jf. SL § 4e³⁹⁵. Selvom kendelsen vedrører rentefikseringsspørgsmålet, er der tale om en vidtgående underkendelse af en formel egenkapitalinvestering. I stedet var der tale om et udlån til moderselskabet. Hertil skal det bemærkes, at kendelsen næppe giver megen vejledning i forhold til afgrænsningen af hybride investeringer, idet sagen resulterede i et skift i investeringssubjekt.

5.5. Uddybende om konkrete hybride finansieringsinstrumenter

5.5.1. Konvertible obligationer

5.5.1.1. Indledning og begreb

Samspil mellem skatteret og civilret forekommer i henseende til konvertible obligationer på det rent begrebsmæssige område. Det følgende vedrører derfor kvalifikationen af konvertible obligationer som hybridt instrument og ikke selve beskatningen heraf³⁹⁶.

Begrebet »konvertibel obligation« er ikke en juridisk fiktion, som eksempelvis aktieselskabsbegrebet³⁹⁷. Årsagen til, at dette nævnes er, at sådanne begreber der eksisterer alene i kraft af normeringen heraf i langt højere grad end andre begreber må lægges til grund i skatteretlig henseende i overensstemmelse med disses civilretlige indhold. Med konvertible obligationer er derimod grundlæggende tale om et *økonomisk begreb*, som har sit udspring i det finansielle marked og finansieringsteorien³⁹⁸. Kendetegnende for finansieringsinstrumentet er, at der er tale om en obligation udstedt af et selskab, og som giver ret til ombytning med selskabets aktier på et nærmere fastsat tidspunkt. I det

395. Kendelsen er kommenteret af Aage Michelsen i R&R 1991 SM, s. 143 ff (144 f).

396. Beskatningen af konvertible obligationer har givet anledning til betydelige vanskeligheder gennem tiderne, jf. herom Carsten Led-Jensen: Beskatning af lønindkomst, 2000, s. 255 ff. I den praktiske skatteret anvendes konvertible obligationer og afarter heraf i betydeligt omfang i international skatteplanlægning.

397. Dette fremgår tillige af den omstændighed, at konvertible obligationer fandtes før indførelsen af særskilte lovregler herom, men blot med heraf følgende uklarhed om retsvirkningerne af udstedelsen, jf. Nils Mattsson: Aktiebolagens finansieringsformer, 1977, s. 1 og Betænkning nr. 856, 1978, s. 187.

398. Se hertil eksempelvis Richard A. Brealey & Stewart C. Myers: Principles of Corporate Finance, 1991, s. 321 f og s. 541 ff, Richard Pike & Bill Neale: Corporate Finance Investment Decision and Strategies, 1993, s. 283, Frank J. Fabozzi et al.: Foundations of Financial Markets and Institutions, 1994, s. 426 og s. 541-546. Der anvendes også en økonomisk definition i de overvejende skatteretlige fremstillinger hos Marjaana Helminen: The Dividend Concept in International Tax Law, 1999, s. 296 og Erik Banner-Voigt & Søren Rasmussen: Aktieløn, 2004, s. 34 f.

tidsrum, hvor der er tale om en obligation, forrentes den med en påtrykt rente. Konvertible obligationer udgør herved en blanding mellem fremmed- og egenkapital (et hybridt finansieringsinstrument).

5.5.1.2. Oversigt over den civilretlige begrebsdannelse

Retningslinierne for udstedelsen af konvertible obligationer gives i ASL §§ 41-42³⁹⁹. ASL § 41, stk. 1 angiver følgende karakteristika: *»lån mod obligationer eller andre gældsbreve, der giver långiveren ret til at konvertere sin fordring til aktier i selskabet«*. Der er formentlig ikke herved tale om en egentlig definition af konvertible obligationer⁴⁰⁰. Dog må det antages, at de normale konvertible obligationer er omfattet af ASL § 41⁴⁰¹.

Bestemmelsen hjemler hovedsageligt mulighed for generalforsamlingens beslutning om udstedelse af konvertible obligationer og giver i stk. 2 og 3 de nærmere retningslinier herfor⁴⁰². I henhold til ASL § 41 b kan bestyrelsen bemyndiges til at træffe beslutning om udstedelsen. I ASL § 41, stk. 4 angives det om de situationer, hvor det indbetalte beløb for gældsbrevet er mindre end det pålydende beløb af den eller de aktier der ombyttes med, at ombytningen kun kan gennemføres, såfremt forskellen dækkes ved indbetaling eller med den frie egenkapital. ASL § 42 angiver den regel, at beslutning om udstedelse af konvertible obligationer senest to uger efter skal anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

ASL § 41 omfatter alene udstedelsen af konvertible obligationer i aktieselskaber og anpartsselskaber. Der ses ikke direkte at være noget til hinder for udstedelsen af konvertible obligationer i andre organisa-

399. Fællesskabsretten forudsætter, at der kan ske udstedelse af konvertible gældsbreve, jf. kapitaldirektivets (2. selskabsdirektiv) art. 29(6). Om forståelsen af reglerne kan henvises til Betænkning nr. 540, 1969, s. 89 ff, *Jesper Berning: Finansieringsret, 1977*, s. 160 ff, samme i UfR 1975 B, s. 245 ff, *Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002*, s. 243 ff, samme: *Selskabsret, 2003*, s. 240 ff, *Ida Rosenberg m.fl.: A/S-loven med kommentarer, 1999*, s. 217 ff og *Paul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret, 2004*, s. 225 ff.

400. Jf. *Jesper Berning: Finansieringsret, 1977*, s. 164 og samme i UfR 1975 B, s. 247, der af ASL § 41 udleder det centrale karakteristikum ved retsinstituttet som værende konverteringsretten. *Paul Krüger Andersen* opfatter op.cit. forholdet sådan, at ASL § 41 giver en karakteristik af konvertible obligationer. Se dog modsat *Erik Werlauff: Selskabsret, 2003*, s. 240, og samme i *Werlauff's kommenterede aktieselskabslov, 2002*, s. 244, der antager, at bestemmelsen indeholder en egentlig definition af begrebet.

401. Jf. *I. A. Strobel* i UfR 1976 B, s. 17.

402. *Jesper Berning* antager *Finansieringsret, 1977*, s. 169, at ASL § 41 ikke udgør hjemmelen til udstedelsen af konvertible obligationer, idet det antages, at hjemmelen også bestod forud for ASL af 1973.

Del IV – Konfrontation

tionstyper, herunder, S.m.b.a.'er, interessentskaber, kommanditselskaber eller foreninger, herunder kooperativer⁴⁰³.

På baggrund heraf kan det ikke civilretligt udelukkes, at begrebet »konvertibel obligation« kan opfattes forskelligt, alt efter i hvilken retlig henseende det måtte forekomme. Der ses i hvert tilfælde ikke at være indført bindinger gennem en tydelig og lovfæstet begrebsdannelse.

Det skal endelig bemærkes, at det selskabsretlige regelsæt indebærer, at der er tale om et låneforhold indtil konverteringen. Også i regnskabsmæssig henseende behandles konvertible obligationer som fremmedkapital⁴⁰⁴.

5.5.1.3. Den skatteretlige begrebsanvendelse

Efter i lange tider at have levet en omtumlet skatteretlig tilværelse synes de konvertible obligationer nu at have fundet deres endelige *skatteretlige ståsted* i aktieavancebeskatningsloven, jf. ABL § 1, stk. 1 og KGL § 1, stk. 4. Konvertible obligationer har således i tidens løb været behandlet som fordringer eller som tegningsretter eller som begge dele⁴⁰⁵.

Der blev første gang lovgivet om konvertible obligationer i dansk skatteret med indførelsen af ABL i 1981⁴⁰⁶. Forud herfor lå en betænkning, der ikke angav nogen definition på fænomenet, hverken selskabsretligt eller skatteretligt. I stedet blev der angivet nogle fælles karakteristika for konvertible obligationer, hvorunder særligt konverteringsretten og långivers kreditorstatus i tilfælde af selskabets ophør blev nævnt. Herved kunne det formodes, at betænkningen lægger til grund, at der ikke findes en fasttømret definition af konvertible obligationer. Måske kan forholdet anskues sådan, at lovgiver i erkendelse af de konstante ændringer på det finansielle marked har angivet de centrale ka-

403. Jf. *Jesper Berning*: Finansieringsret, 1977, s. 164.

404. Jf. regnskabsskemaerne i bilag 2 til ÅRL.

405. Jf. herom *Carsten Led-Jensen*: Beskatning af lønindkomst, 2000, s. 255 og *N. Mou Jakobsen* i R&R 2000 SM, s. 194. Se generelt om beskatningen af konvertible obligationer Betænkning nr. 856, 1978, s. 184 ff, *Preben Underbjerg Poulsen & Søren Rasmussen*: Aktieavancebeskatning, 1995, s. 127 ff, *Eivind Christiansen*: Beskatning af aktionærer, 1998, s. 190 ff, *Jesper Berning*: Finansieringsret, 1977, s. 198 ff, samme i UfR 1975 B, s. 262 ff, og samme i UfR 1976 B, s. 42 ff, og hertil *I. A. Strobel* i UfR 1976 B, s. 16 ff, samme i UfR 1976 B, s. 53 f, samme i SpO 1974, s. 92 ff og hertil *Lise Andersen* i SpO 1974, s. 326 ff. Se endelig *Jan Pedersen* i Skatteretten 1, 2004, s. 501 f, og *Hanne Sogaard Hansen* i Lærebog om indkomstskat, 2003, s. 534 ff, der begge tilsyneladende definerer en konvertibel obligation med henvisning til de selskabsretlige regler i ASL § 41.

406. Jf. § 8 i dagældende ABL, jf. lov nr. 295 af 10.6. 1981.

rakteristika. Disse karakteristika kan derfor ses som minimumskarakteristika.

I 1981-lovteksten anvendes begrebet uden nærmere afklaring heraf, og der kan ikke hentes nævneværdig vejledning herom i bemærkningerne⁴⁰⁷. Heri angives blot, at der trods den selskabsretlige regulering om konvertible obligationer ikke var fastsat skatteretlige regler om samme. En egentlig definition angives ikke, men dog angives også her de samme typiske træk ved konvertible obligationer. Som typetræk anføres således, at långiveren ved lånets ydelse har stilling som kreditor i selskabet, og som sådan skal dækkes forud for aktionærene ved selskabets ophør. Her udover angives långiverens ret (når betingelserne er opfyldt), men ikke pligt, til at blive aktionær i selskabet. Videre anføres det, at konvertible obligationer kendetegnes ved at indeholde en fordring mod selskabet på obligationens pålydende og en ret for kreditor til at forlange obligationen ombyttet med en aktie i selskabet. Det fastslås på baggrund heraf, at konvertible obligationer er en mellemform mellem obligationer og aktier. Om lovgiver herved har tænkt på konvertible obligationer, der lever op til kendetegnene i ASL § 41, er uvist. Der synes dog ikke at være noget direkte retskildemæssigt belæg for en sådan antagelse.

Efterhånden har ovenstående karakteristika ændret karakter til at være en egentlig definition. Den skatteretlige definition lyder derfor nu således: »... Ved en konvertibel obligation forstås et gælds-brev udstedt af et aktie- eller anpartsselskab, som giver långiveren (ejereren) en reel ret til at konvertere sin fordring på selskabet til aktier eller anparter i selskabet. Indehaveren af en konvertibel obligation kan vælge mellem at lade den konvertere til aktier eller anparter eller kræve den indfriet ved kontant betaling. Konvertible obligationer indeholder dermed både en fordring imod selskabet på obligationens pålydende og en ret for kreditor til på et nærmere fastlagt tidspunkt at forlange obligationerne ombyttet med aktier. Konverteringsretten haves gerne på et nærmere fastsat tidspunkt eller inden for et nærmere afgrænset tidsrum. Hvis långiveren ikke har nogen reel ret til at konvertere sin fordring til aktier, behandles den som en fordring, der er omfattet af kursgevinstlovens regler«⁴⁰⁸. Denne definition er bemærkel-

407. Jf. FT 1980-81 B, sp. 1207 ff.

408. Jf. bemærkningerne til lov nr. 440 af 10.6. 1997 (L 195), Cirk. nr. 137 af 19.7. 1994, pkt. 11 og nu LV 2005 S.G.2.1.2. (siden 1999, jf. LV 1999 S.G.13.) Formuleringen »aktie- og anpartsselskaber« synes i sig selv, at udelukke, at konvertible obligationer i

sesværdig. Der er dels tale om en egentlig definition, men samtidig giver navnlig de sidste led heri det indtryk, at der er tale om en beskrivelse af typiske konvertible obligationer. Samtidig er det anførte meget udførligt i forhold til den selskabsretlige karakteristik, men dog kun egentligt afvigende herfra, for så vidt angår realitetsbetingelsen. Dette må skyldes, at begrebet gradvis er gået fra en karakteristik til at være en egentlig definition.

Om det realitetskrav, der har indsneget sig, bemærkes følgende i de nævnte lovbemærkninger: »... *Beskatningen af fortjeneste og tab på konvertible obligationer efter de regler, der gælder for aktier, forudsætter, at den konvertible obligation er udformet på en sådan måde, at konverteringsretten er reel. Er konverteringen illusorisk, således at der reelt er tale om, at den konvertible obligation alene fungerer som en fordring, skal den konvertible obligation også behandles som en fordring, dvs. fortjeneste og tab skal beskattes efter kursgevinstlovens regler ...*»⁴⁰⁹.

Der ses ikke direkte at indgå noget realitetskrav i den selskabsretlige karakteristik af konvertible obligationer⁴¹⁰. Såfremt det antages, at der faktisk findes en egentlig selskabsretlig definition af konvertible obligationer, må det formentlig tillige antages, at der er en nuanceforskel på definitionen på selskabsrettens og skatterettens område. Herved kan det med en vis føje siges, at begrebet »konvertibel obligation« har antaget karakter af et *relationsbegreb*⁴¹¹. Om noget sådant er tilsigtet eller utiligtet, skal forblive usagt.

udenlandske selskaber kan være omfattet af ABL. En sådan retstilstand er næppe tilsigtet. Formuleringen synes ligeledes at udelukke, at konvertible obligationer udstedt af andre danske selskabstyper kan behandles efter reglerne i ABL. Forholdet er vel det, at der i sådanne situationer faktisk civilretligt er tale om konvertible obligationer, men blot at disse konvertible obligationer ikke er omfattet af reglerne i ASL §§ 41-42.

409. Der findes ingen vejledning til forståelse af definitionens realitetskrav. Der sigtes antageligvis til situationer, hvor tegningskursen er så høj, at konverteringen dermed bliver illusorisk. Uafhængigt af dette kan realitetskravet formentlig blandt andet opfyldes ved at sørge for, at udstedelsen af konvertible obligationer optages i vedtægterne, jf. også ASL § 41, stk. 3. For udenlandske udstedelser er det imidlertid ikke givet, at der gælder et tilsvarende selskabsretligt krav.
410. Der ses således ikke at findes tilsvarende selskabsretlige begrænsninger for exercisekursens størrelse, jf. formentlig den generelle omtale af forholdet hos *Erik Werlauff*: *Selskabsret*, 2003, s. 242.
411. Vejen til konstateringen af et egentligt juridisk relationsbegreb i forbindelse med konvertible obligationer er imidlertid ikke åbenbar. Det er som nævnt tvivlsomt, om ASL § 41 indeholder en egentlig selskabsretlig definition af begrebet. For at opfatte begrebet som et relationsbegreb taler imidlertid, at der tilsyneladende er nuanceforskelle i den

Der må sondres mellem de tilfælde, hvor der indgår civilretlige relationsbegreber i skatteretten og de situationer, hvor begreberne ikke som sådan udspringer fra civilretten. Sidstnævnte er tilfældet ved definitionen af konvertible obligationer⁴¹². Herefter gælder, at der ikke er tale om et samspil mellem skatteret og civilret. Begreberne må i disse situationer formentlig også fortolkes ensartet indenfor rammerne af en vis fælles begrebskerne. Der er dog ikke tale om, at der skal fortolkes inden for begrebets civilretlige kerneindhold.

Hvis det antages, at der med konvertible obligationer er tale om et juridisk relationsbegreb, begrænses de mulige samspil mellem skatte- og civilretten. Det står nemlig herefter klart, at der i sådanne situationer ikke er tale om, at skatteretten gør *brug af den civilretlige begrebsdannelse* på området. Af ovenstående fremgår, at det ikke direkte kan påvises, at det skatteretlige begreb »konvertible obligationer« er overtaget fra civilretten, idet der således ikke findes klar støtte i lovforarbejder til en sådan antagelse. Forskellige definitioner af konvertible obligationer i skatteretten og civilretten synes derfor ikke at være udtryk for skatterettens fravigelse fra civilretten. Dog må det formentlig lægges til grund, at lovgiver i 1981 i forbindelse med aktieavancebeskatningslovens fremkomst, har skelet til de selskabsretlige karakteristika, der findes i ASL § 41. Denne skelen kan herved også antages at have spillet ind ved fremkomsten af den senere egentlige skatteretlige definition. Som det ses, indgår der dog nu det selvstændigt skatteretlige ekstra kriterium, at konverteringsretten skal være *reel*.

Der er altså ikke nogen retlig binding til civilretten ved den skatteretlige anvendelse og fortolkning af begrebet »konvertibel obligation«. Spørgsmålet er herefter, om en ensartet begrebsanvendelse i skatte- og selskabsretten kan opnås ved hjælp af almindelige juridiske fortolkningsprincipper.

skatteretlige og de selskabsretlige begrebsanvendelse og, at der ikke i retskildematerialet findes sikre holdepunkter for en forudsat ensartethed i begrebsanvendelsen på de forskellige retsområder.

412. Uanset om forholdet kunne henføres under den førstnævnte kategori, må det erkendes, at der også i sådanne situationer er mulighed for en vis variation mellem den skatte- og den civilretlige begrebsdannelse. Visse specifikt overtagne civilretlige begreber kan således også variere i indhold alt efter i hvilken sammenhæng de forekommer, jf. *Sture Bergström: Skatter och Civilrätt*, 1979, passim.

5.5.1.4. Anvendelse af begrebet »konvertibel obligation« som juridisk relationsbegreb – evaluering af retstilstanden

Den retlige afgrænsning af konvertible obligationer synes at kunne give anledning til flere mulige samspil mellem skatteretten og civilretten.

Det kan overvejes, om civilretten på dette område har betydning for *den skatteretlige faktumfrembringelse*. Det er klart, at de selskabsretlige regler om konvertible obligationer i ASL §§ 41-42 skaber nogle rammer for udstedelsen af disse, i hvert tilfælde for så vidt angår udstedelsen i aktie- og anpartsselskaber. Tilsvarende må antages at gælde for udstedelser i udenlandske selskaber. Samtidig er det klart, at der selskabsretligt skal være hjemmel til at foretage sådanne udstedelser. Dog må det ligeledes fastholdes, at konvertible obligationer ikke som sådan er skabt i retssystemet, men derimod på det finansielle marked. Som sådan er det herved ikke civilretten, der frembringer det skatteretlige faktum.

Det er endvidere oplagt at overveje, om skatteretten gør *brug af den civilretlige begrebsdannelse* på området. Af ovenstående fremgår, at det ikke direkte kan påvises, at det skatteretlige begreb »konvertible obligationer« er overtaget fra civilretten. Der findes således ikke klar støtte i lovforarbejder til en sådan antagelse. Dog må det formentlig lægges til grund, at lovgiver i 1981 i forbindelse med aktieavancebeskatningslovens fremkomst, har skelet til de selskabsretlige karakteristika, der findes i ASL § 41. Denne skelen kan herved også antages at have spillet ind ved fremkomsten af den senere egentlige skatteretlige definition. Som det ses, indgår der dog nu det selvstændigt skatteretlige ekstra kriterium, at konverteringsretten skal være *reel*. Det har samtidig formentlig ikke nogen selvstændig selskabsretlig relevans at operere med et tilsvarende krav.

Som en variant af sidstnævnte problemstilling må nævnes den mere oplagte mulighed, at begrebet udgør et *juridisk relationsbegreb*, jf. ovenfor.

Om der kan fremsættes et *retskildebestemt kongruenskrav* vedrørende definitionen af konvertible obligationer er usikkert. Skulle der rejses et sådant krav, måtte det være *svagt*. Det er dog min vurdering, at det ikke er muligt at rejse et retskildebestemt kongruenskrav. Der ses altså ikke at være nogen retlig binding til civilretten ved den skatteretlige anvendelse og fortolkning af begrebet »konvertibel obligation«⁴¹³.

413. Afhandlingens formodningsregel om fortolkningen af almindelige juridiske begreber kan ikke træde til i denne sammenhæng og bibringe en kongruent retstilstand. Reglen

Noget andet er, om der kan siges at bestå et *koordinationsbestemt kongruensbehov*, som ud fra retspolitiske overvejelser tilvejebringer et grundlag for at opfatte civilretten og skatteretten kongruent.

Hvor der i skatteretten og civilretten anvendes juridiske relationsbegreber, som ikke direkte er overtaget fra civilretten, synes der ikke samtidig at være tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten⁴¹⁴. Som følge heraf ses ikke at være særlige praktiske, systematiske eller retssikkerhedsmæssige gevinster ved i stedet for den eksisterende at indføre en helt fast begrebsdannelse, som ikke tillader den pragmatiske variation⁴¹⁵. I forbindelse med definitionen af konvertible obligationer er der derfor ikke tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten.

Af denne årsag diskvalificeres problematikken umiddelbart til en nærmere analyse i henhold til afhandlingens analyseapparat. Dog må det antages, at anvendelsen af juridiske relationsbegreber står så tilpas centralt, at forholdet alligevel berettiger til nogle yderligere overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Disse overvejelser ligger dog uden for evalueringsmodellens anvendelsesområde.

Lægges det til grund, at der faktisk (bevidst eller ubevidst) er tale om et juridisk relationsbegreb, som ikke direkte er overtaget fra civilretten, får dette efterfølgende stor betydning for analysen af samspillet mellem skatteretten og civilretten. Der består herefter som udgangspunkt inkongruens mellem skatte- og civilretten, men der synes ikke at være grundlag for at fremsætte en kritik heraf, med mindre den konkrete begrebsanvendelse fraviger kerneindholdet i det relationsafhængige begreb. En samlet generel karakteristik af konvertible obligationer må herefter sigte mod en fremdragelse af *kerneindholdet i begrebet*. For så vidt angår konvertible obligationer, kunne denne kerne siges at bestå i

forudsætter nemlig dels, at der ikke findes selvstændigt skatteretligt retskildemateriale på et givet område, dels at der konstateres et koordinationsbestemt kongruensbehov og dels at der konkret findes en »almindelig anerkendt juridisk betydning«. Der findes således selvstændigt skatteretligt retskildemateriale på området, ligesom det er usikkert, om der findes en almindelig anerkendt juridisk betydning af konvertible obligationer. Selvom det faktisk antages, at der foreligger en sådan almindelig anerkendt juridisk betydning må fortolkningsreglen fortsat være begrænset af den førstnævnte betingelse.

414. Der tænkes altså ikke på de allerede nævnte situationer, hvor civilretlige begreber anvendes i skatteretten, blot med en tilladt variation.

415. Samtidig er det på det konkrete område konstateret, at civilrettens »begreb« ikke anvendes direkte i skatteretlige sammenhænge og at der ikke er forudsat en sådan anvendelse hos lovgiver. Hertil kommer, at selve »begrebet« ikke har stor civilretlig betydning, at der ikke er tale om klar og tydelig begrebsdannelse og, at der ikke foreligger klare tilkendegivelser i domspraksis.

Del IV – Konfrontation

de allerede nævnte karakteristika, som er overlappende i økonomividenskaben, selskabsretten og skatteretten: det vil primært sige ombytningsretten og långivers kreditorstatus ved selskabets eventuelle ophør. Det lader til, at alene det skatteretlige realitetskrav vedrørende konverteringsretten udgør en forskel.

Det er herefter interessant at undersøge, om den skatteretlige definition af konvertible obligationer adskiller sig fra begrebets *kerneindhold*.

Idet det ikke lader til, at det skatteretlige realitetskrav til konverteringsretten medfører, at den skatteretlige begrebsdannelse herved afviger fra kerneindholdet i konvertible obligationer, kan den konstaterede *lovgivningsmæssige* afvigelse mellem skatte- og selskabsretten ikke kritiseres på dette grundlag.

Vi bør dog også undersøge, om den *praktiske skatteretlige kvalifikation* indebærer en fravigelse fra det konstaterede kerneindhold i begrebet »konvertible obligationer«. Så vidt ses, udgør TfS 2003, 113 LR den eneste offentliggjorte praksis, hvori selve begrebet »konvertibel obligation« er behandlet.

I sagen forventede en skatteyder at få tilbudt konvertible obligationer i M AG, der var moderselskab til det selskab, D A/S, hvor forespørgeren var ansat. Det var et vilkår i ordningen, at ejeren ved konvertering skulle betale et yderligere beløb pr. aktie. Det i denne sammenhæng interessante spørgsmål til Ligningsrådet lød: »1. Kan Ligningsrådet bekræfte, at den beskrevne konvertible obligationsordning vil være omfattet af den skattemæssige definition af en konvertibel obligation?«. Som svar herpå blev det konstateret, at den nævnte yderligere indbetaling fratager obligationen sin karakter af konvertibel i skatteretlig henseende. Det anføres således, at den konvertible obligation netop er karakteriseret ved, at det beløb, der skal indbetales for aktierne ved en konvertering, på forhånd er indbetalt.⁴¹⁶ Dette udgangspunkt fandt Ligningsrådet dog modificeret af reglen i ASL § 41, stk. 4. Told- og Skattestyrelsen og Ligningsrådet fandt trods dette, at anvendelsesområdet for ASL § 41, stk. 4 alene er situationer, hvor den nominelle værdi af aktien overstiger det beløb, der er indbetalt for den konverterede obligation (in concreto

416. På dette punkt finder afgørelsen implicit støtte i Landsskatterettens betragtninger i TfS 2002, 41 LSR, hvor det udtaltes, at det for konvertible obligationer gælder, at det beløb, for hvilket der kan tegnes aktier, indbetales ved tegningen af de konvertible obligationer.

den nominelle værdi af obligationen). I den konkrete sag indgik der ikke oplysninger om den nominelle værdi af M AG's aktie. Derimod var forholdet det, at ejeren af den konvertible obligation skulle indbetale forskellen mellem markedskursen på M AG-aktien den sidste dag inden udstedelsen og den indbetalte nominelle obligationsværdi.

Told- og skattestyrelsens indstilling, som tilsluttet af Ligningsrådet, giver umiddelbart indtryk af, at der efter disse instansers opfattelse findes såvel en selskabsretlig som en skatteretlig definition af konvertible obligationer, og at disse ikke er identiske. Derimod efterlades man med det modsatte indtryk ved henvisningen til ASL § 41, stk. 4, idet man herved får det indtryk, at den skatteretlige definition lægger sig tæt op ad den selskabsretlige karakteristik.

Idet det ikke lader til, at restindbetaling ved konverteringen udgør en central bestanddel af kernen i konvertible obligationer i almindelighed, kan den konstaterede afvigelse mellem skatterettens og selskabsrettens praktiske begrebsanvendelse ikke kritiseres på dette grundlag⁴¹⁷. Det følger også heraf, at der faktisk ikke er tale om en skatteretlig fravigelse fra civilretten. Begge begreber holder sig således indenfor rammer af det relationsafhængige begreb. Kun når man bevæger sig uden for begrebets kerneindhold foreligger der en kritisabel fravigelse. En sådan fravigelse ville dog heller ikke nødvendigvis en fravigelse fra civilretten.

Afgørelsen er i litteraturen blevet kritiseret i skarpe toner af *Vinther* og *Werlauff*⁴¹⁸. Forfatterne indleder med at konstatere, at Ligningsrådet med den bindende forhåndsbesked har foretaget en *omkvalifikation* i forhold til det civilretlige udgangspunkt. Der henvises i denne forbindelse til den selskabsretlige »definition« i ASL § 41, stk. 1. Det konstateres, at der civilretligt intet krav findes om, at fordringen uden yderligere indbetaling skal kunne konverteres til en aktie. Det anføres, at det derimod er forudsat i ASL § 41, stk. 4, at fordringen civilretligt gerne må have en mindre værdi, end hvad der svarer til exercisekursen. Det antages således, at konverteringen kan finde sted, såfremt forskellen dækkes ved indbetaling eller ved den frie egenkapital. Forfatterne konstaterer herefter, at det er det klare civilretlige udgangspunkt, at der

417. Der er formentlig mere tvivlsomt, om der er tale om en del af den civilretlige kerne i begrebet. Dette har spørgsmål har imidlertid ikke relevans i denne sammenhæng, idet det jo netop blev konstateret, at der ikke foreligger en skatteretlig anvendelse af civilrettens begreb.

418. Jf. *Nikolaj Vinther & Erik Werlauff* i TfS 2003, 345. Se også *Erik Werlauff*: Selskabs-skatte 2004/05, s. 315 f, og sammes Selskabsret, 2003, s. 245 f.

foreligger en konvertibel obligation, uanset om dennes kreditor skal have »pungen op ad lommen« i forbindelse med konverteringen.

Efter denne konstatering af skatterettens fravigelse fra civilretten redegør forfatterne for deres opfattelse af det principielle forhold mellem skatteret og civilret. Såvel de femførte generelle overvejelser som den konkrete afgørelse har givet anledning til debat⁴¹⁹.

Herefter vender forfatterne sig atter mod den konkrete situation. Det anføres, at Ligningsrådet har negligeret betydningen af ASL § 41, stk. 4, idet der ikke tages højde for, at en konvertibel obligations fordringsdel ganske udmærket kan have en mindre værdi end ombytningsdelen på udstedelsestidspunktet. Endvidere kritiseres henvisningerne til den selskabsretlige litteratur i afgørelsen for at være taget ud af deres sammenhæng. Det konstateres derfor, at afgørelsen er udtryk for en *misforståelse* af den *underliggende* civilret, og at der ikke i afgørelsen er påvist saglige grunde til, at man konkret skulle fravige den underliggende selskabsretlige begrebsdannelse. Af denne årsag finder forfatterne, at det gælds-brev, der forelå til bedømmelse, derfor burde have været kvalificeret lige præcis som dét, det betegnede sig som: en konvertibel obligation, også i skattemæssig henseende.

Som afslutning på kritikken anføres det, at TfS 2003, 113 LR er et

419. Således er forfatternes udlægning af det overordnede samspil mellem skatteret og civilret imødegået af *Jakob Bundgaard* i TfS 2003, 995. Forud herfor ligger en kommentar til Vinther & Werlauffs kritik, jf. *Jakob Bundgaard* i TfS 2003, 523 og *Nikolaj Vinther & Erik Werlauffs* replik i TfS 2003, 705. Med duplikken i TfS 2003, 995 blev der ikke fundet anledning til at fortsætte diskussionen om fortolkningen af begrebet »konvertibel obligation«. En af målsætningerne bag det nævnte indlæg i TfS 2003, 523 var at opfordre forfatterne (og andre) til at tage stilling til det hjemmelsmæssige grundlag for et krav om en kongruent retstilstand i forholdet mellem skatteret og civilret. I dette lys blev målsætningen opfyldt, idet *Vinther & Werlauff* netop i TfS 2003, 705 har inddraget det relevante retskildemateriale vedrørende spørgsmålet og har fundet, at der heri fastlægges et krav om, at skatteretten skal forstås i overensstemmelse med den selskabsretlige normering af spørgsmålet. Herefter angår uenigheden om det konkrete spørgsmål derfor alene lovforklaringen. Og dette synes at være en mindre uoverensstemmelse. Trods dette findes dog også anledning til at kommentere forfatternes konkrete fortolkninger. Hvordan en simpel ordlydsfortolkning af ABL § 1 i sig selv kan medføre et krav om civilretskonformitet står som en gåde. Tilsvarende undrende må man stå over for fortolkningen af motiverne. Hertil kommer, at man må undre sig over, at forfatterne overhovedet har gjort sig den ulejlighed at konsultere retskildematerialet, når der henses til deres grundholdning. I henhold til denne grundholdning fremsættes der netop et generelt ulovfæstet og uhjemlet princip om, at civilretten generelt skal tillægges forrang i forhold til civilretten. Forfatternes eksercits synes således unødvendig i henhold til deres eget grundpostulat. Debatten er siden fulgt op af *Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graff Nielsen* i Festskrift til Ole Bjørn, Susanne Pedersen m.fl. (red.), 2004, s. 211 ff.

eksempel på, hvor uheldigt det kan gå, når man ikke gør sig den bagved skattespørgsmålet liggende civilret klar. Forfatterne ønsker på denne baggrund ikke, at afgørelsen skal danne skole.

Som det ses, bygger den anførte kritik på nogle *antagelser*. Det forudsættes således, at civilretten er underliggende i den forstand, at den skatteretlige kvalifikation af konvertible obligationer må tage udgangspunkt i den civilretlige regulering heraf og med den yderligere konsekvens, at den skatteretlige kvalifikation skal følge civilretten, med mindre der foreligger særlige hensyn. Ovenstående har imidlertid vist: (1) at civilretligt foreligger der formentlig ikke en definition på konvertible obligationer, (2) at der intet retskildemæssigt belæg findes for at antage, at skatteretten skal lægge den selskabsretlige begrebsdannelse til grund i den konkrete situation og dermed forhindre udformningen af en selvstændigt skatteretligt udformet definition for konvertible obligationer, (3) at der er derimod er meget der taler for at opfatte begrebet »konvertibel obligation« som et relationsbegreb, som ikke direkte udspringer af civilretten med den følge, at der ikke består et egentligt samspil mellem skatte- og civilretten og endelig (4), at der formentlig ikke er retspolitiske holdepunkter for et krav om en kongruent retstilstand.

Af denne årsag findes der ingen retlig binding i skatteretten med hensyn til en bestemt definition af en konvertibel obligation, som nøje stemmer overens med selskabsretlige karakteristika. Denne udledning følger af det forhold, at der hverken kan findes retskildemæssigt belæg herfor i bestående retskilder, fortolkningsregler eller retspolitiske betragtninger.

Kritikernes opfattelse af, at der skatteretligt er foretaget en omkvalifikation af den konkrete konvertible obligation er efter min vurdering ikke rigtig, men synes derimod at være udtryk for en sammenblanding af retspolitik og retsdogmatik.

Afslutningsvis kunne man anføre, at kritikken kan forekomme rigoristisk i sin opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Herved opstår der efter min vurdering risiko for en vis form for »civilretsimperialisme«.

På ovenstående grundlag kan en selvstændig skatteretlig begrebsanvendelse hos Ligningsrådet derfor ikke uden videre kritiseres, – hverken retsdogmatisk eller retspolitisk⁴²⁰. Derimod må det naturligvis kri-

420. Det skal bemærkes, at der herved ikke er taget stilling til Ligningsrådets konkrete kvalifikation af instrumentet som en option frem for som en warrant.

tiseres, når Ligningsrådet alligevel til dels vælger at lægge sig op ad dele af den civilretlige regulering, in concreto ASL § 41, stk. 4, men herefter foretager en fejlfortolkning af denne civilretlige regel og lader denne fejlfortolkning være udslagsgivende for den skatteretlige fortolkning⁴²¹. Ligningsrådet kunne efter min vurdering meget vel være nået til samme resultat ud fra almindelig lovfortolkning, uden samtidig at gå den uheldige vej at fejlopfatte civilretlige regler. Ligningsrådet kunne simpelt hen have konstateret, at der efter Rådets opfattelse findes en selvstændig skatteretlig definition af konvertible obligationer, som netop forudsætter forudgående indbetaling, jf. også udsagnet i TfS 2002, 41 LSR. Kritikken mod Ligningsrådets afgørelse måtte da efterfølgende alene antage retspolitisk karakter⁴²².

5.5.2. Udbyttegivende gældsbreve

Med ASL 1973 blev der i dansk ret givet regler om udbyttegivende gældsbreve. Som navnet antyder, er der civilretligt tale om gæld. I regnskabsmæssig henseende optages udbyttegivende gældsbreve tillige en som forpligtelse (gæld), jf. ÅRL § 93. Udbyttegivende gældsbreve giver anledning til samspil mellem skatteretten og civilretten i forbindelse med kvalifikation af afkastet herpå.

ASL § 43 indeholder en selskabsretlig definition af udbyttegivende gældsbreve (participating debentures, *Gewinnschuldverschreibungen*). Heraf fremgår det, at der med udbyttegivende gældsbreve er tale om obligationer eller andre gældsbreve med ret til rente, hvis størrelse helt eller delvis er afhængig af det udbytte, selskabets aktier afkaster, eller af årets overskud.

ASL § 43 indebærer, at generalforsamlingen eller bestyrelsen efter bemyndigelse kan træffe beslutning om optagelse af lån mod udbytte-

421. Rasmus Kristian Feldthusen & Jacob Graff Nielsen finder i Festskrift til Ole Bjørn, Susanne Pedersen m.fl. (red.), 2004, s. 248 ff, at afgørelsen utilsigtet har ført til en uoverensstemmelse mellem skatteret og civilret. Forfatterne finder endvidere at afgørelsen medfører et resultat, der er i strid med EU-retten, idet der i sagen var tale om et tysk moderselskab og at den konvertible obligation efter al sandsynlighed anerkendtes i tysk civilret og skatteret. Det anføres endvidere, at begrebet konvertibel obligation nødvendigvis må fortolkes i overensstemmelse med forståelsen i selskabsretten og finansieringsretten, idet der ikke er særlige skatteretlige holdepunkter for noget andet. Som det er fremhævet ovenfor kan det ikke med sikkerhed konstateres, at begrebet faktisk stammer fra civilretten, hvorfor jeg ikke fuldt ud deler forfatterernes opfattelse.

422. Det kan bemærkes, at Erik Werlauff i Selskabsret, 2003, s. 246, trods debatten tilsyneladende alligevel forholder sig retspolitisk til afgørelsen.

givende gældsbreve. Den hybride karakter af udbyttegivende gældsbreve ses ved det forhold, at afkastet på gældsbrevet følger afkastet på aktiekapitalen. ASL § 43 omfatter tillige kombinationsformer mellem fast rente og overskuds- eller udbytteafhængigt overskud.

Civilretligt er der ikke anledning til at tage stilling til, hvorledes afkastet skal kvalificeres. Afkastet vil dog civilretligt anses som værende en *rente*, jf. udtrykkeligt ordlyden af ASL § 43. Derimod er kvalifikationen afgørende i skatteretlig henseende. Det skatteretlige spørgsmål er navnlig, om afkastet falder ind under det snævre skatteretlige rentebegreb med den følge, at debitor opnår fradragsret.

De skatteretlige implikationer ved anvendelsen af udbyttegivende gældsbreve blev der ikke taget stilling til ved introduktionen af reglerne. I Betænkning nr. 540/1969 om En fællesnordisk aktieselskabslovgivning, blev der s. 90 anført følgende: »... Anvendelsen af denne låneform vil til dels bero på, om lånevilkårene er sådanne, at selskabet kan opnå skattemæssig fradragsret for renteudgiften ...«. Hvornår denne fradragsret forventes at blive tilladt, gives der ikke vejledning i, hvorfor spørgsmålet er overladt til den i dansk ret almindeligt gældende snævre rentedefinition⁴²³. Dette betyder selvsagt, at der findes begrænsede fradragsmuligheder for vederlag, der betales i henhold til udbyttegivende gældsbreve.

Regnskabsmæssigt er der tale om gæld, og såvel basisrente som overskudsafhængig rente er udtryk for en renteudgift. Skatteretligt er der med udbyttegivende gældsbreve ligeledes tale om gæld. Som udgangspunkt vil en overskudsafhængig rente derimod ikke falde ind under skatterettens snævre rentebegreb, idet der ikke er tale om en periodisk ydelse, der beregnes som en bestemt procentddel af den i perioden til enhver tid værende restgæld⁴²⁴. Overskudsafhængig rente på lån anses

423. Jf. herom *Aage Michelsen* i NTS 1999, s. 99. Forfatteren benytter problemstillingen til at illustrere behovet for, at man i videre omfang end hidtil analyserer og vurderer om ændringer på henholdsvis selskabsrettens og skatterettens område gør det nødvendigt at foretage korresponderende ændringer på et andet retsområde.

424. Jf. Betænkning nr. 1050 1985, afsnit 3.5.3., *Bent Ramskov*: Intern selskabsomstrukturering, 2001, s. 602 og bemærkningerne til lov nr. 1008 af 28.12. 1998 (L 94), s. 14 ad § 2, stk. 8 i lov om vækstfond. Modsat dette synes det at være forudsat i det nu ophævede cirkulære nr. 134 af 29.7. 1992, pkt. 37, at afkastet må betragtes som udbytte og hertil *Søren Dalby Madsen* i SR-Skat 2004, s. 190. Sidstnævnte forfatter har sympati for at kvalificere afkastet som udbytte omfattet af SL § 4, stk. 1, litra e i stedet for rente eller kursgevinst. Dette standpunkt lider imidlertid under den væsentlige svaghed, at et udbytte formentlig pr. definition forudsætter tilstedeværelsen af et aktionærforhold. Det må dog medgives, at ordlyden af SL § 4 e ikke er klar på dette punkt.

derfor i stedet for et kurstab⁴²⁵. Dog afhænger dette resultat formentlig af lånets vilkår.⁴²⁶ Såfremt det ikke er muligt på forhånd at beregne den pålydende rente, må en overskudsafhængig forrentning formentlig si-destilles med et fradragsberettiget kurstab⁴²⁷.

Den civile retlige rente ved udbyttegivende gældsbreve udgør dermed ikke renter i skatteretlig forstand. Eventuelle renter aftalt ud over den overskudsafhængige del, vil derimod udgøre en rente også i skatteretlig forstand.

Resultatet i TfS 1998, 77 LR kritiseres af *Erik Werlauff*, idet det anføres, at retsopfattelsen efter forfatterens vurdering forekommer tvivlsom, antageligvis fordi såvel grundrente, som en eventuel overskuds- eller udbytteafhængig tillægsrente regnskabsmæssigt betragtes som en renteudgift, og at dette logisk set også burde være tilfældet i skatteretlig henseende⁴²⁸. Dette svarer til *Thøger Nielsens* holdning, som også synes at have det – yderst rimelige – grundsynspunkt, at det bør tillægges stor betydning, at de skattemæssige fradragsregler ikke skal hæmme udviklingen af nye hensigtsmæssige finanseringsformer⁴²⁹.

Der er således tale om et samspil mellem skatteret og civilret, nemlig at skatteretten ikke ubetinget lægger civilrettens begrebsdannelse til grund, og at der i stedet er tale om en selvstændig skatteretlig begrebsanvendelse. Samspillet er dog ikke begrænset til at vedrøre udbyttegivende gældsbreve, men er generelt i forhold til rentegrebet som er et selvstændigt skatteretligt begreb. Der kan næppe opstilles et retskildemæssigt kongruenskrav i forbindelse med forståelsen af rentebegrebet. Det er således almindeligt antaget, at skatteretten anvender et snævrere rentebegreb end civilretten, og dette snævrere er allerede tidligt anerkendt af Højesteret. Derimod er der noget der taler for, at der kan identificeres et vist koordinationsbestemt kongruensbehov. Således synes det ikke rimeligt, at skatteretten skal kunne skabe hindrin-

425. Jf. TfS 1998, 77 LR, TfS 1989, 249 LR og TfS 1989, 288 LR. De to sidstnævnte vedrørte dog ikke direkte overskudsafhængig forretning.

426. Se også *Niels Jøsephsen* i SU 1999, 7.

427. Mindsterenten er ikke opfyldt, hvis der er tale om et overskudsafhængigt afkast, der ikke kan fastlægges på forhånd, jf. TfS 1998, 77 LR. *Svend Erik Holm* anser i R&R 1998 SM s. 85 afgørelsen for at skabe den størst mulige symmetri i beskatningen. Afgørelsen er også kommenteret af advokatfirmaet *Tommy V. Christiansen* i JUS 1998/4. Se også om problemstillingen *Søren Dalby Madsen* i SR-Skat 2004, s. 186 ff.

428. Jf. Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 253.

429. Jf. Indkomstbeskatning I, 1965, s. 236 f.

ger for udviklingen af nye hensigtsmæssige finansieringsformer⁴³⁰. Nedenstående afsnit om perpetual loans synes at bekræfte den antagelse, at det nævnte udgør den nutidige grundholdning hos lovgiver.

5.5.3. Anden lovreguleret hybrid kapital – perpetual loans

Såkaldte *perpetual loans* er lån, der ikke har en udløbsdag, eller har en meget lang løbetid, og ikke skal tilbagebetales. Besidderen modtager dog en løbende betalingsstrøm. Et perceptual loan kan kombineres med overskuds/tabsrettighed (*jouissance right*) eller sammenblandes med en efterstillet karakter. Der er ikke i dansk skatteret taget stilling til behandlingen af sådanne lån⁴³¹.

Med lov nr. 428 af 6.6. 2002 (L 176) blev der indført særlige regler om hybrid kapital for finansielle virksomheder. Disse regler findes nu i lov om finansiell virksomhed § 132. Oprindeligt blev det anført, at der var tale om gældsinstrumenter. Dette er siden ændret til betegnelsen: »hybrid kernekapital«⁴³².

Under nærmere opregnede betingelser medregnes de hybride gældsinstrumenter til den ansvarlige kapital for pengeinstitutter, fondsmæglerselskaber, realkreditinstitutter og investeringsforvaltningsselskaber. Med andre ord er der altså tale om fremmedkapital, som efter særregler tillades medregnet som egenkapital. Aktiekapital kan således erstattes med lånekapital, når den såkaldte kernekapital skal opgøres. I stedet for at udvide aktiekapitalen får pengeinstitutter mv. mulighed for at optage lån inden for de rammer, der fastlægges i lov om finansiell virksomhed. Betingelserne er ganske detaljerede og fremgår af lovens § 132, stk. 1, nr. 1-13. Betingelserne er:

1. Beløbet skal være indbetalt til den finansielle virksomhed
2. Gælden må ikke forfalde på et forud fastsat tidspunkt
3. Gælden må kun forfalde, hvis den finansielle virksomhed træder i likvidation eller erklæres konkurs
4. Gælden må kun tilbageleveres på den finansielle virksomheds initiativ

430. Denne konstatering har imidlertid ikke betydning for udlægningen af gældende ret.

431. Det er dog fremført, at sådanne lån vil blive behandlet efter kursgevinstlovens regler, jf. Erik Banner-Voigt og Jens Wittendorff i *Journal of Derivatives and financial instruments* 2000, s. 3.

432. I fagterminologien benævnes denne type kapital Tier 1-kapital, jf. herom Cato Baldwin m.fl.: *Dansk Bankvæsen*, 2000, s. 151 f.

Del IV – Konfrontation

ativ og med Finanstilsynets tilladelse tidligst 10 år efter indbetalingen

5. Långivers krav mod den finansielle virksomhed skal være efterstillet at anden ikke efterstillet gæld samt den i § 136 nævnte kapital
6. Långivers krav mod den finansielle virksomhed må ikke være dækket af sikkerhed stillet af andre finansielle virksomheder m.fl. eller på anden måde være sikret en fortrinsret i forhold til virksomhedens øvrige kreditorer
7. Forrentning af gælden bortfalder, hvis den finansielle virksomhed ikke har frie reserver i forhold til seneste årsrapport
8. Renten må ikke ændres på grundlag af kreditors vurdering af den finansielle virksomhed
9. Betalinger af renter kan udskydes, hvis basiskapitalen på forfaldstidspunktet ikke overstiger kapitalkravet
10. Ikke betalte renter, der er udskudt i medfør af nr. 9, må kun forfalde til betaling, hvis kapitalkravet på ny overholdes
11. Virksomhedens øverste myndighed skal kunne nedskrive den hybride kernekapital og ikke betalte renter, hvis egenkapitalen er tabt
12. Aftaler i forbindelse med gældsstiftelse må ikke indeholde bestemmelse om en stigning af renten på mere end visse angivne faktorer
13. Aftaler i forbindelse med gældsstiftelse må kun indeholde bestemmelse om én stigning i renten. Rentestigningen må tidligst indtræde 10 år efter udstedelsen.

Denne nye form for kapital er egenkapital efter Europaparlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF, art. 34, stk. 4. Ud over nævnte formkrav gælder det generelt, at gældsinstrumenterne højst må udgøre 15% af kernekapitalen, og at kernekapitalen mindst skal udgøre 5% af de vægtede aktiver. Rationalet bag medregningen må være, at gældsinstrumenterne tilnærmer sig egenkapital, og derfor tillades medregnet som sådan i henhold til solvenskravene.

Det er uafklaret, om nævnte hybride gældsinstrumenter udgør gæld i skatteretlig forstand. Tvivlen opstår som følge af, at debitor ikke har en forpligtelse til at betale gælden, idet der ikke er aftalt forfaldstid på gælden og debitor selv bestemmer om, og i givet fald hvornår, gælden skal betales. Konsekvensen af, at der ikke skulle være tale om gæld er, at der ikke er fradragsret for renter for debitor, idet en af rentebetingerne er eksistensen af et gældsforhold. Som følge heraf er der ej heller tale om en fordring for kreditor, hvorved kursgevinstlovens reg-

ler ikke finder anvendelse, ligesom rente ikke beskattes hos kreditor som renteindtægt⁴³³.

Allerede under behandlingen af forslaget til den ændringslov, der indførte de civilretlige regler (L 173, Folketingsåret 2001-02, 2. samling), blev der afgivet det løfte, at de skatteretlige regler indrettes sådan, at gæld i henhold til de nævnte hybride gældsinstrumenter behandles som gæld i skattemæssig forstand.

Der blev således givet skatteretlige særregler om gældsinstrumenter i LL § 6 B og KGL § 1, stk. 5 og stk. 6, jf. lov nr. 457 af 9.6. 2004 (L

433. At der er tale om gæld forfægtes af *Hans Severin Hansen & Clive Baxter* i *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVa, 2000, s. 266 og Bilag 71 til lov nr. 457 af 9.6. (L 60), hvori FSR imødegår den retsopfattelse, at en lovændring skulle være nødvendig for at sikre rentefradragsretten. Til støtte for sin argumentation henviser foreningen til LSRM 1955, 76, hvor en skatteyder som medlem af den romersk-katolske kirke havde skænket et pantebrev til en katolsk stiftelse. Pantebrevet var uopsigeligt, men kunne dog opsiges ved ejerskifte. Skatteyderen blev anset som værende berettiget til rentefradrag. Skatteministeren fastholder udlægningen af gældende ret i bilag 76 og anfører blandt andet om den nævnte afgørelse, at netop opsigelsesadgangen ved ejerskifte medførte, at debitor ikke selv kunne bestemme om gælden (nogensinde) skulle betales. Det anføres atter, at hybrid kernekapital ikke opfylder de almindelige betingelser for at være gæld, idet der ikke findes nogen retligt forpligtelse til at tilbagebetale gælden samt at forrente denne. Diskussionen vedrører foruden hybrid kernekapital tillige ansvarlig lånekapital uden fast løbetid. Foranlediget af den tvivl der under lovbehandlingen blev rejst har Kammeradvokaten analyseret retstilstanden nærmere, jf. bilag 92 til L 60. I notatet fastslås indledningsvis, at hybrid kernekapital udgør gæld i civilretlig (lov om finansiel virksomhed) henseende. I obligationsretlig henseende adskiller hybrid kernekapital sig fra den almindelige definition af pengelån, idet der ikke er fastsat nogen forfaldsdato, og at lånebeløbet heller ikke forfalder på anfordring. Den konkluderes dog, at disse forhold ikke fører til, at man ikke efter obligationsretlige regler ville opfatte forholdet som et lån med en egentlig bestående retlig gældsforpligtelse for debitor. Baggrunden synes navnlig at være aftalefrihedens valgfrihed med hensyn til udformning af låne- og afbetalingsvilkår. Der er således ikke tale om en ensidig gaveoverdragelse af en kapital. Kammeradvokaten finder, at tilbagebetalingsforpligtelse for debitor, uanset den manglende forud aftalte forfaldstid må betegnes som reel, idet debitor alene kan frigøre sig fra forpligtelsen ved at indfri lånet krone for krone. Gælden forsvinder med andre ord ikke, selv om den teoretisk kan indestå evigt, hvis debitor aldrig tager initiativ til at indfri gælden. Kammeradvokaten lægger endvidere til grund, at skatterettens rentebegreb er styret af civilretten (rets faktum) og at der ikke ses at være særlige skatteretlige forhold der bevirker at vi fjerner os fra dette udgangspunkt. Konklusionen lyder: »... På baggrund af en samlet afvejning af de ovenfor anførte momenter og ikke mindst, fordi forholdet lovgivningsmæssigt betragtes som lån, finder jeg – med den usikkerhed, der følger af, at spørgsmålet skattemæssigt ikke tidligere er vurderet i teori eller praksis – at det ligger indenfor rammerne af statsskattelovens § 6, stk. 1, litra e, at anse kapitalinstrumenterne hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital uden fast løbetid som gæld i skattemæssig henseende, eller i hvert fald som låneforhold, der kan sidestilles med gæld, uanset den ubegrænsede løbetid på lånene. Det er derfor min opfattelse, at renter, der betales af disse instrumenter, må være fradragsberettigede for debitorselskaberne i medfør af statsskatteloven ...«.

60). Af LL § 6 B, stk. 1 fremgår, at renter af gæld, der ikke forfalder til et forud fastlagt tidspunkt, ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst behandles som anden gæld. Tilsvarende gælder efter LL § 6 B, stk. 2, at renteindtægter for kreditor af pengefordringer, der ikke forfalder til et på forhånd fastlagt tidspunkt ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, skal behandles som andre renteindtægter. Endvidere følger det af KGL § 1, stk. 5, at pengefordringer, der ikke forfalder til et forud aftalt tidspunkt, behandles som andre pengefordringer og af stk. 6 noget tilsvarende for gæld. For såvel debitor som kreditor er det en nødvendighed, at følgende betingelser opfyldes i begge de nævnte bestemmelser:

1. Gældsforholdet skal være fastlagt ved udstedelse af gældsinstrumentet. Dematerialiserede instrumenter, skal være registreret i en værdipapircentral.
2. Debitor i henhold til gældsinstrumentet skal enten være en stat, et kreditinstitut i henhold til direktiv 2000/12/EF, et fondsmægler-selskab eller investeringsforvaltningsselskab som omhandlet i lov om finansiel virksomhed eller tilsvarende hjemmehørende i et andet EU/EØS-land.
3. Kreditor i henhold til gældsinstrumentet skal have en årlig rente. Vilkårene for rentens størrelse og variation skal være fastlagt ved udstedelsen af gældsinstrumentet, og vilkårene kan efterfølgende alene ændres som følge af forhold, hvorpå såvel debitor som kreditor er uden indflydelse.

Bestemmelsen er generel og omfatter ikke alene de finansielle virksomheder, som omfattes af lov om finansiel virksomhed. Med LL § 6 B anerkendes afkastet af hybrid kernekapital som værende rentebetalinger. Der er dog ikke taget stilling til, hvorledes afkastet skal kvalificeres i de tilfælde, hvor LL § 6 B ikke finder anvendelse.

Vedrørende *samspeilet mellem skatte- og civilretten* må det noteres, at der som udgangspunkt med gældsinstrumenterne er tale om gældsinstrumenter, der kan tillades at blive behandlet som egenkapital. Lovgiver har lagt til grund, at hybride gældsinstrumenter imidlertid ikke udgør gæld i skatteretlig henseende⁴³⁴. Den egentlige baggrund for at indføre skatteretlige særregler herom må være, at man ikke ønsker at

434. I bilag 71 til lov nr. 457 af 9.6. 2004 (L 60) anfører FSR, at hybrid kernekapital både selskabs-, regnskabs- og skatteretligt er en gæld, så længe fordringen er retskraftig.

forhindre den civilretlige brug af gældsinstrumenterne som egenkapital. Nogen ensretning mellem skatte- og civilretten er der således ikke tale om, snarere tvært imod, idet *skattereglerne i denne sammenhæng benyttes til at muliggøre de civilretlige reguleringsintentioner, eller i det mindste ikke at lægge hindringer i vejen herfor*. Således anskuet kan reguleringen ikke kritiseres.

5.5.4. Andre ikke-lovregulerede hybride finansieringsformer

Aktier, der kan konverteres til gæld (konvertible aktier (convertible shares)), kan udstedes i overensstemmelse med dansk selskabsret, jf. ASL § 47, stk. 1 om amortisation af aktiekapital. Man taler hermed om egenkapital, der kan blive fremmedkapital⁴³⁵. Regnskabsmæssigt er der tale om egenkapital indtil indløsningen. Indløsningsbeløbet vil normalt blive betragtet som udbytte i skatteretlig henseende, jf. LL § 16 A⁴³⁶, som et tilbagesalg til udstedende selskab, jf. LL § 16 B eller som en kapitalnedsættelse⁴³⁷.

Aktier kan udstyres med et eller flere gælds karakteristika. Man taler herved om *præferenceaktier*. Således kan det i selskabets vedtægter vedtages, at en aktieklasse, eventuelt mod nedsat stemmeret, opnår en forrang til udbytteudlodninger eller likvidationsprovenu. I visse situationer kan aktionærerne kræve indløsning af aktierne. Trods disse klare gælds karakteristika er der næppe tvivl om, at sådanne aktier i langt de fleste tilfælde skal anses for at være egenkapital såvel i regnskabsmæssig og selskabsretlig som i skatteretlig henseende⁴³⁸. Eventuelle udlodninger skal således beskattes som udbytte.

Gæld kan være udstyret med forskellige egenkapitalkarakteristika. Dette er tilfældet ved *ansvarlig lånekapital*, hvor kreditor er efterstillet i forhold til andre kreditorer i tilfælde af insolvens eller opløsning, men fortsat indtager en bedre retsstilling end aktionærerne⁴³⁹. Ansvarlig lånekapital optræder i praksis også som såkaldt *mezzanin kapital*, der

435. Jf. Jørgen Nørgaard & Erik Werlauff: Vedtægter og aktionæroverenskomster, 1995, s. 170.

436. Jf. Erik Werlauff: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 265.

437. Jf. Hans Severin Hansen & Clive Baxter i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, 2000, s. 264.

438. Jf. Hans Severin Hansen & Clive Baxter i Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, 2000, s. 265.

439. Se eksempelvis om ansvarlig lånekapital Lars Hedegaard Kristensen: Studier i erhvervsfinansieringsret, 2003, s. 407 ff og Henning Jakhell i TFR 1967, s. 422 ff.

Del IV – Konfrontation

dækker samme realitet, men udbudt af særlige udbydere⁴⁴⁰. Ansvarlig lånekapital kan ligeledes kombineres med overskudsafhængig forretning. I regnskabsmæssig og skatteretlig henseende er der tale om gæld. Afkastet er derfor renter og kursgevinster/tab.

I praksis opstår der afgrænsningsvanskeligheder i forbindelse med kvalifikationen af visse udenlandske konvertible obligationer, der i realiteten indeholder en *tegningspligt* frem for en tegningsret. Sådanne instrumenter kendes eksempelvis i Fransk ret, og benævnes *Obligations Remboursables en Action (ORA)*⁴⁴¹. Disse behandles i fransk ret som værende gæld, mens instrumentet eksempelvis i amerikansk ret anses som værende egenkapital. Der kan ikke udstedes tegningspligter i dansk ret⁴⁴². I USA og England benævnes sådanne instrumenter »mandatory convertibles»⁴⁴³. Den skatteretlige kvalifikation af sådanne instrumenter er ikke endeligt afklaret i dansk ret. På den ene side kan instrumentet betragtes som et aktielignende instrument omfattet af ABL. Dog er det klart, at der ikke er tale om et egentligt aktionærforhold. På den anden side kan der antages at være tale om en fordring kombineret med et finansielt instrument omfattet af KGL § 29, men eventuelt fritaget i medfør af KGL § 30, stk. 1, nr. 5. Hertil må det dog også erkendes, at der ikke foreligger et retligt krav på betaling i form af penge, som er det afgørende kriterium i forhold til KGL. I TfS 2003, 895 LR. har Ligningsrådet taget stilling til kvalifikationen af en ORA. Det blev således konstateret, at der ikke var tale om en aktie, hvori der kunne ske

440. Se om mezzanin kapital *Jørgen Jensen* i Inspi 2002/4, s. 21 ff.

441. Instrumenterne varierer naturligvis betydeligt i udformningen og der ligger typisk et komplekst aftalegrundlag til grund. Ud over den nævnte tegningspligt kan nævnes følgende karakteristika: En ORA giver ret til en fast rentebetaling uanset om udstederselskabet er tabsgivende. Alternativt forekommer en delvis fast rente og delvis overskudsafhængig rente eller en helt overskudsafhængig forretning. I tilfælde af konkurs og likvidation af selskabet kan ORA-ejerne betales i konanter og indtager ordinær kreditorstatus i disse situationer. I alle andre situationer kan ORA-ejeren ikke tilbagebetales kontant. Her udover har ORA-ejerne betydelige rettigheder i det udstedende selskab. Efter fransk ret gælder det således, at selskabet ikke kan udføre en række dispositioner uden samtidig at reservere tilsvarende rettigheder til ORA-ejerne. Dispositionerne omfatter: kapitalforhøjelser, udlodninger af overskud, udstedelse af nye obligationer, enhver fusion der involverer aktiebytte. I tilfælde af kapitalnedsættelse i udstederselskabet nedsættes ORA-ejerne tilsvarende.

442. Jf. hertil *Erik Werlauff*: Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2002, s. 244.

443. Se herom i skatteretlig henseende *Linda E. Carlisle* i Izzy Nelken (ed.): *Handbook of Hybrid Instruments*, 2000, s. 105 ff.

succession i forbindelse med en omstrukturering⁴⁴⁴. Hermed er der dog endnu ikke tages stilling til den eventuelle kvalifikation af afkastet på sådanne finansieringsinstrumenter, idet det som nævnt ikke er givet, at der er sammenhæng i anvendelsesområdet for ABL og aktionærbegrebet i LL § 16 A.

444. Selvom de offentliggjorte oplysninger om det konkrete instrument ikke var fyldige nok til at vurdere om der også i sagen var tale om en tegningspligt, kan det dog lægges til grund, at der var tale om en tegningspligt. Dette fremgår af sagens dokumenter.

Del V – Syntese

§ 1 Alment

Hermed er afhandlingens undersøgelser tilendebragt og resultaterne lagt frem. Afhandlingens Del I har frembragt de nødvendige overvejelser om emne og videnskabelig metode. Del II har tilvejebragt det overordnede teoretiske fundament. Del III har bidraget med retssammenlignende indsigt, mens Del IV har konfronteret afhandlingens grundsynspunkter med virkelighedens retsforhold. Tilbage står herefter at fremhæve hovedlinierne i de indvundne resultater. Endelig må det være tidspunktet at sammenfatte og videreudvikle de forsøg på kritisk selvrefleksion, der har været udført undervejs.

§ 2 Om emne og målsætning

Afhandlingens emne er en analyse af de retlige relationer mellem skatteret og civilret. Der blev anlagt en overvejende skatteretlig synsvinkel på forholdet mellem disciplinerne. Inddragelsen af civilretlige retsforhold i afhandlingen tjener således primært som baggrundsret i den forstand, at beskrivelsen af disse retsforhold indgår i analysen af samspillet med skatteretten. Analysen af disciplinernes samspil er udført såvel som retsdogmatiske som retspolitiske studier. Retsdogmatisk er afhandlingen forankret i den almindelige juridiske og skatteretlige fortolkningslære. Retspolitisk er afhandlingen centreret om et ønske om forøget koordination mellem disciplinerne. Begge aspekter er indarbejdet i afhandlingens grundlæggende koordinationstankegang. Hermed kan det med rette hævdes, at afhandlingen frembyder et nyt syn på forholdet mellem skatteret og civilret i dansk ret. En målsætning for afhandlingen har i denne forbindelse været at bidrage til udviklingen af skatterettens almindelige del.

Emnets centrale placering og store betydning er påvist. Afhandlingen har dog ikke afdækket, eller søgt at afdække samtlige de problemer, der

forekommer i samspillet mellem skatteret og civilret. På tidspunktet for afhandlingsarbejdets begyndelse befandt afklaringen af den almindelige retlige relation mellem disse forskelligartede discipliner sig på et tidligt stadie.

I forbindelse med emnevalget har følgende parametre spillet en afgørende rolle:

- at der skal være tale om et centralt skatteretligt emne,
- at emnet skal have stor teoretisk og praktisk relevans,
- at emnet ikke er endeligt afdækket i dansk ret,
- at emnet ikke er tidstypisk, og
- at behandlingen af emnet skal medvirke til at forankre skatteretten videnskabeligt.

Det er konstateret, at samspillet mellem skatteret og civilret som emne for videnskabelige studier opfylder de nævnte kriterier til fulde.

Det har været den overordnede *målsætning* med afhandlingen at tilvejebringe en samlet anskuelsesmåde på baggrund af principielle overvejelser om skatte- og civilrettens relationer og samspil. Herunder at identificere en generel systematik til brug for analysen af de retlige samspil mellem skatteret og civilret, hvad enten der er tale om retsanvendelse eller lovgivningsarbejde, retsdogmatik eller retspolitik. Endelig har det udgjort en central målsætning, at gældende ret vedrørende konkrete samspil mellem skatteret og civilret skulle afdækkes.

På baggrund heraf anlægges i afhandlingen et *koordinationsperspektiv* på analysen af de interdisciplinære relationer. Herved er tilvejebragt en samlet anskuelsesmåde til vurdering og analyse af disse relationer og samspil. Koordinationsperspektivet har betydning såvel i retsdogmatisk som i retspolitisk henseende. I retsdogmatisk henseende dækker koordinationstankegangen over det forhold, at det i afhandlingen undersøges efter hvilke principper samspillet mellem skatteret og civilret skal gribes an de lege lata. Herom bliver det fastslået, at problemstillingen ikke adskiller sig fra øvrig retsanvendelse, og følgelig skal løses i overensstemmelse med almindelige principper i den juridiske metodelære. Koordinationsperspektivet indebærer således i denne henseende, at der fokuseres på hvorledes der i gældende ret er skabt fornøden koordination mellem skatte- og civilretten.

Retspolitiske overvejelser står tillige centralt i koordinationstankegangen. Således indgår det tillige som et betydeligt element heri at

overveje, hvorledes samspillet mellem skatteret og civilret bør gribes an såvel ved retsanvendelsen som i lovgivningsprocessen. Med andre ord identificeres saglige argumenter for hvornår og under hvilke betingelser koordination bør efterstræbes.

Med andre ord indebærer koordinationstankegangen, at der fokuseres på hvornår der *er skabt*, hvornår der *ikke er skabt* og hvor når *bør* skabes koordination i samspillet mellem skatteret og civilret. Det er vigtigt at påpege, at der ikke med koordinationstankegangen er tilsigtet et opgør med den traditionelle anskuelse af civilrettens styrende funktion for skatteretten. Derimod tiltrædes i afhandlingen det centrale budskab i denne teori. Afhandlingens grundbetragtninger udgør i stedet en nuanceret og videregående anskuelse af en række samspil mellem skatteret og civilret, som rækker ud over den situation som sædvanligvis beskrives under betragtningen om civilrettens styrende funktion for skatteretten. Ligeledes det skal fremhæves, at der ikke argumenteres for at skatteretten generelt er autonom i forhold til civilretten. I afhandlingen fremføres det grundsynspunkt, at der ikke kan opstilles generelle udsagn om hvorvidt skatteretten skal indordnes i overensstemmelse med civilretten eller ej. I stedet argumenteres for, at der i alle henseender skal foretages en *konkret vurdering* af dette spørgsmål.

Ved den valgte anskuelelsesmåde adskiller afhandlingen sig fra den hidtidige retsdogmatiske fokusering i dansk teori på retsanvendelsesprocessen. Hertil kommer, at der i afhandlingen er opstillet en objektiviseret model til anvendelse ved analysen af samspil mellem skatteret og civilret.

Som et biprodukt ved konfrontationen er frembragt et katalog over typisk anvendte begrundelser for at skatteretten og civilretten ikke er koordineret. Dette katalog skal ikke opfattes som værende udtømmende. Snarere er der tale om et indledende katalog, der kan udbygges og ændres over tiden. Kataloget vil derfor primært have sin berettigelse deri, at det giver et udgangspunkt for videre analyser, men samtidig at det tillige indeholder de mest udbredte og typiske forekommende fravigelsesbegrundelser.

Den valgte tilgang til emnet afviger fra den traditionelle indgangsvinkel, som den kendes fra dansk teori. Således gribes problemstillingen an på en sådan måde, at den involverer behandling af såvel det mere teoretiske tema om det principielle forhold mellem skatteret og civilret, som det mere praktiske spørgsmål om forholdet mellem disciplinerne de lege lata. De generelle udledninger er anvendt på faktisk forekom-

mende retlige problemstillinger. Ligeledes er medtaget en behandling af problemer, der vedrører forholdet mellem skatteret og civilret på lovgiverniveau, men samtidig er også inddraget sådanne problemer, der opstår ved retsanvendelsen. Den hidtidige fokusering på forholdet mellem skatteret og civilret har været centreret om omgåelses- eller skatteudnyttelsesproblematikken. Hermed adskiller denne afhandling sig ydermere fra tidligere arbejder, idet sigtet i vidt omfang er at undersøge forholdet mellem skatteret og civilret uden for skatteudnyttelsessituationen mv. Dermed ikke sagt, at misbrugsaspektet ikke er vigtigt, snarere tvært imod. Det må antages at være bekræftet, at skatteretsmisbrugssituationerne er det område, hvor problematikken i videst omfang aktualiseres. Selvom det formentlig forholder sig således i dansk ret, at jurister anser samspillet mellem skatteret og civilret som værende synonymt med skatteudnyttelsesproblemet, er det mit håb, at foreliggende afhandling i et vist omfang har medvirket til at ændre dette traditionelle fokus, og i stedet anlægge et noget bredere syn på problemstillingen.

Det postuleres overordnet, at *det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at anvende de grundbetragtninger der kommer til udtryk i afhandlingen ved den nærmere analyse af samspillet mellem skatteret og civilret.* Dette gælder såvel det principielle syn på forholdet mellem skatteret og civilret som den præsenterede evalueringsmodel, der udgør en generel objektiviseret analysemodel til anvendelse ved vurderingen af konkrete samspil. Dette overordnede udsagn understøttes og suppleres af en række konkrete udsagn. Således gøres det gældende:

- At der kan hentes betydelig inspiration til dansk ret i den udvikling i teori og praksis vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret, der har fundet sted i fremmed ret, herunder særligt i tysk, svensk og schweizisk ret.
- At det ikke er muligt at udlede en samlet opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret af retspraksis eller offentlige udredninger mv. og herunder, at det ikke er muligt med sikkerhed at sige om der i de senere år er sket en forøget emancipation eller koordination mellem disciplinerne.
- At det er muligt at identificere en række forskelligartede samspil mellem skatteret og civilret og at der intet er til hinder for at behandle disse samspil efter det samme overordnede tankemønster.

- At forholdet mellem skatteret og civilret navnlig sættes under pres i tilfælde af skatteretsmisbrug.
- At der består et behov for analyser af samspillet mellem skatteret og civilret, som ikke er baseret på sort-hvide betragtninger om autonomi eller forrang.
- At skatte- og civilretten er ligeværdige og sideordende juridiske discipliner, hvor der ikke gælder grundregler om forrang for den ene disciplin frem for den anden.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at analysere samspillet mellem skatteret og civilret med udgangspunkt i koordinationstankegangen.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at gennemføre samtidige analyser af såvel retsanvendelsesspørgsmål som lovgivningsspørgsmål vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at gennemføre samtidige analyser af såvel retsdogmatisk som retspolitisk karakter vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret.
- At det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at analysere samspil mellem skatteret og civilret efter en standardiseret bedømmelsesmetode (en evalueringsmodel).
- At samspillet mellem skatteret og civilret ved retsanvendelsen skal bedømmes efter almindelige fortolkningsprincipper.
- At der gælder en almindelig formodningsregel, hvorefter civilretligt og regnskabsretligt retskildemateriale tillægges afgørende betydning i mangel af selvstændigt skatteretligt retskildemateriale.
- At analysen af konkrete samspil mellem skatteret og civilret kræver, at der foretages konkrete vurderinger.
- At der kræves konkrete holdepunkter for at opfatte skatte- og civilretten kongruent.
- At udgangspunktet i mangel af sådanne holdepunkter må være en autonom retstilstand.

Validiteten af disse udsagn er efterprøvet gennem afhandlingen. Den endelig stillingtagen hertil fremgår nedenfor.

Afhandlingens analyser befinder sig i et grænseland mellem de lege lata, de lege ferenda og de sententia ferenda¹.

1. Forskellen mellem udsagn de sententia ferenda og de lege ferenda, er at førstnævnte

§ 3 Udviklingslinier

Som en del af de udførte almenstudier, er forholdet mellem skatteret og civilret i *offentlige udredninger og lovforarbejder mv. samt i teori og praksis* undersøgt i afhandlingens almindelige del.

Det konstateres, at der i danske *bemærkninger til lovforslag* ikke tages særskilt stilling til forholdet mellem skatteret og civilret. Et gennemsyn af tilfældigt udvalgte tekster bekræftede denne antagelse. Ofte benyttes begreber, der har en vis sproglig lighed med civilretlige begreber. Heller ikke i sådanne situationer er der foretaget bemærkninger om forholdet til civilretten. Der findes tillige begreber, der udelukkende forekommer i skatteretlig sammenhæng, ligesom skattelovgivningen i flere tilfælde direkte tilsigter at foretage en fravigelse fra civilretten. Det fremhæves, at det dog flere steder tilsyneladende forudsættes, at skattemyndighederne som udgangspunkt skal anerkende parternes civilretlige aftaler. Generelt må det konstateres, at der i forbindelse med vurderingen af skattelovgivningen ikke foretages analyser af skattereglerenes påvirkning på civilretten eller samspil med samme. Sådanne analyser kunne udføres i stil med de benyttede skøn over provenuvirkninger, miljøvirkninger og forhold til EU-retten mv., der allerede i dag foretages i forbindelse med fremsættelsen af lovforslag. Det antages i afhandlingen, at det er u hensigtsmæssigt, at der ikke i lovbemærkninger mv. tages stilling til skattelovgivningens forhold til civilretten.

Det antages, at det som et almindeligt fortolkningsprincip gælder, herunder også i skatteretten, at givne juridiske begreber anvendes i disses almindeligt anerkendte juridiske betydning, såfremt lovgivningen anvender sådanne begreber, og ikke andet fremgår af loven eller dennes bemærkninger. Domstolspraksis giver støtte for at antage, at en sådan fortolkningsregel faktisk eksisterer.

Det konkluderes, at der næppe kan udledes en generel linie af *domstols- og administrativ praksis* vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. De retsanvendende instanser har ikke gennem ratio decidendi eller obiter dictae tilkendegivet en generel opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Den foreliggende praksis er præget af den naturligt forekommende kasuisme og er oftest konkret begrundet. Dog

hvilker på retsstillingen, som den er eller må antages at være, dog uanset om dette fremgår af retspraksis eller ej. Sidstnævnte udtrykker retsstillingen efter visse ændringer er gennemført.

må det erkendes, at der fra tid til anden fremkommer bemærkninger, der tilsyneladende er udtryk for, at civilretligt gyldige dispositioner generelt tillige må tillægges skatteretlig virkning. Det konkluderes imidlertid om denne praksis, at der ikke af heraf kan udledes generelle retningslinier vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret. I afhandlingen analyseres udvalgte domme, der i retslitteraturen er blevet taget til indtægt for det standpunkt, at der gælder en generel civilretlig styring af (forrang for) skatteretten. Det konkluderes, at en sådan udlægning af de omhandlede domme er forkert og udtryk for en overfortolkning uden støtte i dommenes præmisser, idet der oftest blot er tale om almindelig lovfortolkning. Højesterets ytringer kan ikke opfattes som principerklæringer om en generel accept af civilretlige dispositioner i skatteretlig henseende eller civilretskonform fortolkning i øvrigt. I hvert enkelt tilfælde kan der påvises en anden forklaring end den påståede civilretlige styring af skatteretten. Så meget desto mindre kan der på baggrund heraf udledes et universelt skatteretligt grundprincip om civilrettens styrende funktion, i den forstand at civilretten har forrang for skatteretten. Eksistensen af et sådant grundprincip må forudsætte en eksplicit tilkendegivelse heraf i praksis.

Derimod er omfanget af afgørelser, der indebærer en fravigelse fra civilretten, ganske omfattende. Dette gælder navnlig i de specielle misbrugssituationer. Dog kan der ej heller heraf udledes grundsætninger om styring eller autonomi. Der ligger snarere en skatteretlig fravigelse fra civilretten heri end en forestilling om, at civilretten stedse udgør en styrende parameter. Der kan tillige observeres situationer, hvor domstolene tilsyneladende opererer med en fra civilretten frit svævende skatteretlig fortolkning. Yderligere forekommer der sager, hvor det skatteretlige udfald formentlig er en konsekvens af, at et civilretligt faktum end ikke civilretligt kan accepteres. Dette vil blandt andet være tilfældet, hvor der foreligger *pro forma*.

På dette grundlag konkluderes det, at domstolene og landsskatteretten ikke har udtalt sig i generelle termer om forholdet mellem skatteret og civilret. Praksis udviser en noget spredt fægtning, hvilket kunne tyde på, at der ikke hos domstolene opereres med en fælles indarbejdet opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret. I visse tilfælde opretholdes en stærk styring, mens der i andre tilfælde ikke tøves med at foretage fravigelser fra civilretten i forskellige situationer. Det kan således ikke generelt konkluderes, om domstolene generelt arbejder for kongruens mellem disciplinerne eller en generel autonomi, ligesom der

ikke kan udledes nogle generelle retningslinier om spørgsmålet. Dertil har afgørelsernes præmisser været for uklare. Det kan derfor heller ikke sluttes, om en aktuel fravigelse skyldes, at der savnes en præcis civilretlig kvalifikation eller om der er tale om en skatteretlig kvalifikation, der utvetydigt afviger fra den civilretlige kvalifikation.

I *hidtidig akademisk doktrin* har forholdet mellem skatteret og civilret ikke haft den store bevågenhed i dansk ret. Endvidere er det kendetegnende, at der alene har været fokuseret på retsanvendelsesspørgsmålet. Det er dog muligt at identificere forskellige skoler i opfattelsen af forholdet mellem disciplinerne. Således indeles den skatteretlige teori i to skoler, hvoraf den herskende opfattelse kan udtrykkes ved udsagnet om »skatterettens relative binding til civilretten«, »civilrettens styrende funktion« eller udsagnet om en »kongruent retstilstand«. Ifølge denne opfattelse indtager civilretten en styrende funktion i forhold til det skatteretlige faktum samt tillige i flere konkrete tilfælde i forhold til det skatteretlige retsfaktum. Denne udlægning af civilrettens rolle ved retsanvendelsen vinder tilslutning i afhandlingen.

Med udgangspunkt i udsagnet om civilrettens styrende funktion påvises i afhandlingen en ny vidtgående tendens i teorien. I henhold til denne nye tankegang antages der at gælde et generelt hjemmelskrav ved skatteretlige fravigelser fra civilretten, hvorved civilretten de facto indtager en forrangstilling i forhold til skatteretten. Udsagnet imødegås, idet det anføres, at standpunktet er alt for unuanceret, og at der ikke kan udledes et hjemmelskrav af civilrettens præjudice som faktum.

Som den anden skole i den skatteretlige litteratur ses synspunktet om skatterettens autonomi. Dette synspunkt indebærer det modsatte af synspunktet om kongruens eller skatterettens styrende funktion, nemlig, at skatteretten ikke er bundet af civilretten og dennes begreber.

Med henblik at opnå mulighed for at holde værdigrundlaget og centrale skatte- og civilretlige grundhensyn op mod hinanden afdækkes sådanne for de respektive discipliner. Civilrettens centrale værdigrundlag består som udgangspunkt i privatautonomien. Under påvirkning af andre samfundsmæssige hensyn er dette dog fraveget, hvorfor det konstateres, at der er tale om en grov forenkling at anse privatautonomien som civilrettens værdigrundlag og grundhensyn. Skatteretten har et ganske andet værdigrundlag og varetager ganske andre hensyn end civilretten. I afhandlingen fremdrages centrale skatteretlige og skattepolitiske hensyn og målsætninger, herunder evneprincippet, retssikkerhedsprincippet og neutralitetsprincippet. Neutralitetshensynet kobles

sammen med afhandlingens centrale koordinationstanke, hvorved det påpeges, at koordinationstankegangen vedrører et ønske om at skabe neutralitet mellem skatteretten og civilretten. Dog anvendes alene koordinationsterminologien i fremstillingen.

Trods det klare udgangspunkt om, at skatteretten og civilretten er væsensforskellige i formål og grundhensyn, påvises det, at der eksisterer tætte forbindelseslinier mellem skatteretten og civilretten. Inspireret af tysk og schweizisk retsvidenskab nås den erkendelse, at der utvivlsomt er tale om væsensforskellige målsætninger disciplinerne imellem, men samtidig, at der eksisterer visse indre forbindelseslinier og fælles koblingspunkter mellem disciplinerne. Heraf findes der dog ikke at kunne udledes selvstændige kongruenskrav. De tydelige forskelle mellem skatteretten og civilretten taler for, at der ikke kan gælde en generel forrang for den ene disciplin frem for den anden, men at de indre forbindelseslinier og fælles koblingspunkter i stedet taler for en vis koordination mellem retsområderne.

§ 4 Teoretiske resultater

På baggrund af ovenstående almindelige observationer er afhandlingens to grundbetragtninger efterfølgende fremsat. Dette har endvidere mundet ud i fremsættelsen af en generel evalueringsmodel. Disse grundbetragtninger, argumentationen for og imod, evalueringsmodellen og de i øvrigt tilgrænsende spørgsmål, udgør en del af afhandlingens primære resultater.

Konfronteret med virkeligheden danner afhandlingens grundbetragtninger på visse områder grundlag for at rette kritik mod konkrete samspil mellem skatteret og civilret. Den intensitet, hvormed en given retsopfattelse eller retstilstand kritiseres, afhænger af styrken og karakteren af et konkret konstateret kongruensbehov eller kongruenskrav. Eventuelt konstaterede retskildebestemte kongruenskrav har i tilfælde af konstaterede disharmonier mellem disciplinerne stor betydning de lege lata. Hvor der derimod er tale om koordinationsbestemte kongruensbehov, aftager følgelig kritikens betydning for gældende ret. Gennem den foretagne systematisering af skatte- og civilretlige forhold og eksplicitte formulering af hypoteser og grundbetragtninger om dette forhold, kan det dog ikke udelukkes, at sådanne betragtninger på sigt vil opnå en vis betydning i retsanvendelsen gennem »forholdets natur«.

Dette kan blive tilfældet, hvor andre relevante retskilder ikke tilsiger en bestemt opfattelse af forholdet mellem skatteret. Videre sigter de retspolitiske betragtninger mod fremtidige reguleringsinitiativer.

Afhandlingens første grundbetragtning indeholder en præsentation af *koordinationstankegangen*. Herved foretages en generel teoretisk stillingtagen til forholdet mellem skatteret og civilret på både lovgivnings- og retsanvendelsesniveau. Det er i den forbindelse fundet berettiget at tale om en revurdering af opfattelsen af forholdet mellem skatteret og civilret. Betegnelsen koordinationstankegang og »relativ autonomi« er anvendt i stedet for »relativ styring« for at signalere, at udgangspunktet i foreliggende afhandling er det modsatte, og at der ikke gælder et generelt princip om civilrettens forrang. Den nærmere udformning af afhandlingens grundbetragtning er inspireret af udviklingen i udenlandsk ret, herunder særligt af udviklingen og den generelle opfattelse i tysk og schweizisk ret, dog således at der er taget hensyn til den pragmatiske tradition i dansk (skatte)ret.

Grundbetragtningens beskrivelsesmæssige udgangspunkt er, at skatteretten som et groft men principielt udgangspunkt er autonom i forhold til civilretten. Det antages, at civilret og skatteret grundlæggende er selvstændige ligeordnede retlige discipliner. Den ene disciplin har ikke forrang for den anden. Derimod er der tale om, at civilretten i stort omfang er præjudiciel for skatteretten. Mulige argumenter for og imod dette udgangspunkt vendes, og det konkluderes, at udgangspunktet er berettiget. Dette udgangspunkt skal ikke forstås som en bekendelse til en generel opfattelse af skatteretten som autonom i forhold til civilretten. Der er tale om et groft udgangspunkt, der benyttes som led i en samlet teoretisk nuancering. Heri ligger et signal om, at der skal holdes punkter til for at kræve kongruens i forholdet mellem skatteret og civilret.

Grundantagelsens udgangspunkt opretholdes ikke ubegrænset, idet flere hensyn taler for, at dette i et eller andet omfang bør fraviges, således at der i stedet etableres en kongruent retstilstand. Særligt to situationer kan opstå: enten er der hjemmel til kongruens (retskildebestemt kongruens), og/eller der kan påpeges retspolitiske argumenter for en kongruent retstilstand (koordinationsbestemt kongruens). Der skal i hvert enkelt tilfælde foretages en *konkret afvejning* af de relevante hensyn og eksisterende retskilder, før det kan besluttes, om tilpas tungtvejende forhold tilsiger opretholdelsen af kongruens ved den specifikke skatte- og civilretlige relation. Synspunktet er lanceret i en såkaldt

»koordinationstankegang«. Herved er fokus rettet mod de situationer, hvor der i gældende ret er sikret koordination skatte- og civilretten imellem og de situationer, hvor der i retspolitisk henseende bør sikres en sådan koordination.

Efterfølgende er introduceret en terminologisk inddeling af kongruensbehovene eller -kravene i *koordinationsbestemt* og *retskildebestemt kongruens*. Eksistensen af et koordinationsbestemt kongruensbehov indebærer, at reale hensyn i den konkrete situation taler for at opfatte skatteretten og civilretten kongruent. Baggrunden findes i de retspolitiske betragtninger, der kommer til udtryk i de nævnte centrale antagelser om koordination mellem retlige discipliner. Eksistensen af et retskildebestemt kongruenskrav indebærer, at der (med større eller mindre sikkerhed) er skabt et retligt grundlag for at bedømme et givet forhold efter dette udgangspunkt, med mindre der er hjemmel til andet. Metoden indebærer en objektivisering i bedømmelsen af, om givne begreber mv. skal fortolkes civilretskonformt eller ej. Bedømmelsen medfører tillige en konkret vurdering.

Afhandlingens første grundbetragtning tydeliggøres med henblik på at formindske risikoen for forveksling med de tidligere teorier om autonomi eller kongruens i forholdet mellem skatteret og civilret. Således opstilles følgende udsagn: *jo* større betydning eller indflydelse et ideal, hensyn eller begreb har i civilretten, *jo* mere fundamentalt et givent institut eller hensyn er i civilretten, *jo* klarere og tydeligere en civilretsfigur er udviklet i lovgivning og retspraksis og *jo* mindre spillerum, der herved overlades til de involverede parter, *jo* mere civilretten udgør et passende udtryk for de reelle økonomiske- eller blot reelle strømme eller forhold, *jo* bedre det objektivt kan konstateres, at et givent retsinstitut eller lignende, der er lånt fra civilretten, fra lovgivers side er forudsat benyttet i overensstemmelse med den civilretlige forståelse heraf, *jo* klarere tilkendegivelser, der findes i praksis for, at den civilretlige opfattelse skal lægges til grund, *desto* mere skal skatteretten tage højde for civilretten.

Ligeledes udbygges grundbetragtningen med det krav, at *jo* mere en kongruent retstilstand medvirker til at skabe *enkelthed, overskuelighed og praktisk håndterbare resultater* (»praktikabilitetshensynet«) og tilsikring af *retssikkerheden*, *desto* mere taler dette for etablering af- eller opretholdelse af en kongruent retstilstand.

Som overvejende argument for grundbetragtningens modifikationer anføres anvendelsen af den almindelige juridiske metode samt, at det

ikke forekommer fornuftigt at lade juridiske discipliner underminere hinanden. Ligeledes understøttes koordinationstanken af elementære interne og eksterne evalueringskriterier. Der opstilles betingelser for at vurdere, om en målsætning om kongruens forekommer berettiget. Således fremsættes forudgående krav om meningssammenhæng og civilretlig stillingtagen.

I afhandlingen introduceres en styrkeinddeling af kongruenskrav- og behov. Inddelingen består af følgende grader af styrke i kongruenskravet og behovet: *svag*, *middelsvag* og *stærk*. Det følger af denne inddeling, at der selvsagt skal tungtvejende hensyn til, førend et konstateret stærkt kongruenskrav kan tilsidesættes. Ligeledes gælder det, at der skal mindre tungtvejende hensyn til at fravige et konstateret svagt koordinationsbestemt kongruensbehov.

En nærmere analyse fører til den konklusion, at der ikke i almindelighed, og ej heller af grundbetragtningen om kongruens kan udledes et hjemmelskrav til skatteretlige fravigelser fra civilretten ved retsanvendelsen. Hvis der konstateres hjemmel til at opretholde en kongruent retstilstand, skal denne opretholdes. Hvis der ikke findes en sådan hjemmel, er der ikke noget krav om kongruens.

Grundbetragtningen indebærer, at et konstateret retskildebestemt kongruenskrav eller koordinationsbestemt kongruensbehov kan fraviges gennem en varetagelse af særlige skatteretlige hensyn, herunder muligheden for at gardere sig mod skatteretsmisbrug samt varetagelsen af andre særlige skatteretlige- og politiske hensyn.

Der er endelig opstillet en *formodningsregel*, hvorefter civilretten antages at være afgørende i de tilfælde, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale. Idet formodningsreglen finder støtte i domstolspraksis, må postulatet herom siges at være verificeret.

I afhandlingen analyseres udstrækningen af *relationslærens forklaringsværdi*. Denne lære har spillet en betydelig rolle i skandinavisk skatteretlig teori. Det konkluderes, at relationslæren ikke udgør en generel forklaring på alle forekommende retlige problemer i forbindelse med samspillet mellem skatteret og civilret. Teorien bidrager på dette område alene til at afdække, hvorvidt der faktisk er tale om tale om skatteretlige fravigelser fra civilretten, eller om den afvigende begrebsanvendelse kan holdes inden for begrebernes kernehold, og derved reelt ikke udgør en fravigelse. Det må herved medgives, at den tankegang, der kommer til udtryk i relationslæren, kan eliminere visse samspilsproblemer mellem skatteret og civilret, i det omfang det konkret kon-

stateres, at der ikke har fundet en skatteretlig fravigelse fra civilretten sted.

Mens afhandlingens første grundbetragtning forsøger at tilvejebringe anskuelsesmåder til at løse grundlæggende konflikter mellem disciplinerne, søges tankegangen tydeliggjort og konkretiseret ved afhandlingens *anden grundbetragtning*, hvor de retstekniske aspekter af relationen præsenteres. Afhandlingens anden grundbetragtning falder i tre led. For det første er det analyseret, hvilke overordnede samspil der kan forekomme mellem skatteret og civilret. Af sådanne er identificeret (1) civilrettens betydning for den skatteretlige faktumfrembringelse, herunder anerkendelsesspørgsmål – fravigelse af kontraktsfriheden, (2) anvendelse og fortolkning af civilretlige begreber og forhold i skatteretlig sammenhæng, (3) anvendelse af selvstændige skatteretlige begreber, (4) opståen af en selvstændig skatteretlig civilret, (5) koordinationsproblemer, (6) skatterettens afsmittende effekt og (7) anvendelse af udenlandsk civilret i dansk skatteret.

Denne opregning er fulgt op af et tentativt katalog over mulige fravigelsesbegrundelser, som indeholder følgende typebegrundelser: (a) varetagelsen af forskellige hensyn og målsætninger i skatte- og civilretten, (b) imødegåelse af misbrug, omgåelse og skatteplanlægning, (c) uoverensstemmelse mellem formalitet og realitet, (d) hensyntagen til erhvervslivets forhold, (e) manglende koordinering / fragmentarisk reguleringsteknik, (f) forkerte forudsætninger: fejlagtig opfattelse af civilretlig retstilstand, (g) praktikabilitetshensyn (forenklet og operativ civilret), og (h) følgeslutning af tidligere fravigelse. Det antages, at *misbrugshensynet* og de *pragmatiske fravigelsesgrunde* udgør de hyppigst forekommende og vigtigste kategorier. Dette katalog skal ikke opfattes som værende udtømmende. Snarere er der tale om et indledende katalog, der kan udbygges eller ændres over tid. Kataloget har derfor primært sin berettigelse deri, at det giver et udgangspunkt for videre analyser, men samtidig at det også indeholder de mest udbredte og typiske forekommende begrundelser for at foretage skatteretlige fravigelser fra civilretten.

Endelig er observationerne opsummeret i en central *evalueringsmodel*, der forener afhandlingens første og anden grundbetragtning i et generelt anvendeligt analyseapparat ved vurderingen af forholdet mellem skatteret og civilret. Denne evalueringsmodel beskriver blot analyseprocessen, men siger ikke noget i sig selv om forholdet mellem skatteret og civilret. Der er med modellen tale om en generel bedømmelsesmodel

og bedømmelsessystematik, og det er i afhandlingen gjort gældende, at anvendelsen heraf er hensigtsmæssig og fordelagtig. Dette gælder, selvom der med modellen lægges op til en skematiseret bedømmelse af interdisciplinære relationer. Den anbefalede skematisering udgør såvel afhandlingens styrke som afhandlingens svaghed. Styrken fremkommer derved, at modellen tilsikrer en ensartet behandling af de retlige samspil, hvor dette er muligt. Svagheden kan siges at bestå i, at der levnes mindre plads til konkrete vurderinger, hvori der indgår pragmatiske synspunkter. Der er så vidt muligt forsøgt at tage højde herfor gennem afhandlingen.

Afhandlingens evalueringsmodel er inddelt i 4 trin. Så vidt muligt gennemløbes disse trin simultant. *På første trin (trin 1)* fastslås eksistensen af det konkrete samspilsproblem, og problemstillingen klassificeres i forhold den præsenterede typologi. Herefter vurderes det gennem særlige censureringsforanstaltninger, hvorvidt den givne problemstilling egner sig til en nærmere analyse med udgangspunkt i evalueringsmodellen. Såfremt dette ikke er tilfældet, bortfalder problemstillingen efter evalueringens første trin, og der er ikke behov for at behandle spørgsmålet nærmere med udgangspunkt i evalueringsmodellen. Består problemstillingen imidlertid fortsat efter at have været undergivet censuren, bliver resultatet efter trin 1, at udgangspunktet for det konkrete samspil er, at skatteretten er autonom i forhold til civilretten.

Forudsat den givne problemstilling har passeret trin 1, undersøges det på *andet trin (trin 2)*, om der kan identificeres eventuelle fravigelser fra udgangspunktet i form af et krav om eller behov for kongruens. Før dette finder sted, må det konkret undersøges, om forudsætningerne for kongruens overhovedet er til stede. Disse forudsætninger udgøres af kravene om meningssammenhæng og eventuel civilretlig stillingtagen. Falder denne delundersøgelse positivt ud, er der dannet basis for at konkretisere et eventuelt kongruenskrav eller -behov. Så vidt det er muligt, forsøges konstaterede kongruenskrav eller -behov styrkeinddelt, hvormed trin 2 er tilendebragt. Består der efter analysen ikke noget kongruenskrav, må evalueringen selvsagt slutte. Herved springes direkte til modellens trin 4.

På det tredje trin (trin 3) konstateres følgelig på baggrund af kongruenskravet eller -behovet, om der finder en fravigelse herfra sted gennem lovgivning og praksis mv., og i givet fald hvilken. Eventuelle fravigelser konfronteres med ovennævnte katalog over fravigelsesmuligheder.

Såfremt der ikke forekommer nogen fravigelse springes trin 3 over, og analysen fortsættes i stedet gennem *fjerde og afsluttende trin (trin 4)*. Tilsvarende gælder det efter en konstatering og klassificering af en konkret fravigelse, at fjerde trin i evalueringsmodellen skal iværksættes. Heraf følger, at retstilstanden analyseres gennem en vurdering af praktiske og teoretiske implikationer af de fremkomne resultater. Dette gælder uanset fra hvilket trin af evalueringsmodellen, der er henvist til trin 4, dog forudsat at modellens første trin er gennemført. Såfremt der i trin 3 er konstateret en skatteretlig fravigelse fra civilretten, må der foretages en legitimitetsundersøgelse af denne eller disse fravigelser. Herved foretages der således en afvejning af de relevante hensyn. Endelig skal der på trin 4 tages stilling til de indledningsvist konstaterede opståelsesmuligheder for samspil. Det må således vurderes, hvilke af de mulige samspil der faktisk forekom, hvorledes dette samspil forekom, samt vurderes om forbedringer hertil er påkrævet.

Bedømmelsesmetoden bibringer ensartethed og systematik i analysen af samspilsspørgsmål mellem skatteret og civilret. Dermed er det formodningen, at anvendelse af modellen medfører forudberegnelighed og sammenhæng i de dele af skattesystemet, hvor anvendelsen sker. Dette medfører i sidste ende, at skatteydernes retssikkerhed tilgodeses.

I relation til hidtidig teori indebærer afhandlingens grundbetragtninger en nuancering af anskuelsesmåden, og det har været en målsætning at tilvejebringe en af grundstenene til en mere permanent løsning af koordinationsproblemet mellem skatteret og civilret.

I kølvandet på præsentationen af grundbetragtningerne har afhandlingen afdækket forholdet mellem skatteretten og dennes tilgrænsede discipliner, herunder selskabsretten og regnskabsretten. Om forholdet til selskabsretten sluttes det, at der herved er tale om en problemstilling, der skal behandles på samme vis som andre samspil mellem skatteret og civilret. Undersøgelsen af forholdet til regnskabsretten tjener imidlertid et andet formål, idet der hermed er tilvejebragt et praktisk kontrolgrundlag ved vurderingen af skatterettens afhængighed af civilretlige dispositioner og konstateringer. Dette opnås ved at undersøge dels regnskabsrettens forhold til civilretten, dels skatterettens forhold til regnskabsretten. Det udledes, at udgangspunktet om årsregnskabet præjudice for skatteregnskabet ikke medfører systematiske afvigelser mellem skatteretten og civilretten. Der er således ikke tale om et system, der per se er løsrevet fra civilretten. Det blev påvist, at der i regnskabsretten langt hen ad vejen foretages en civilretlig kvalifikation

af givne omstændigheder eller, at civilretlige kriterier lægges til grund i regnskabsmæssig henseende. Endelig blev det påvist, at regnskabsmateriale kan få afgørende betydning i tilfælde, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale. Der er dog ikke kongruens mellem skatteret og regnskabsret. Denne delvise adskillelse mellem skatteret og regnskabsret kan anses som noget positivt, idet der ikke tillades en regnskabsmæssig skævvridning på grund af skattereglerne, hvorved hensynene bag disciplinerne kan tilgodeses. De konkret forekommende samspilsproblemer løses i vidt omfang gennem konverteringen af årsregnskab til skatteregnskab. Dette gælder i hvert tilfælde for helt åbenbare konflikter. De steder, hvor regnskabsretten indeholder en fuldstændig løsrivelse fra det civilretlige system, foretages således som udgangspunkt de nødvendige korrektioner herfor i skatteretten. Det konkluderes, at der skal udvises omhu ved den skatteretlige anvendelse af det regnskabsretlige faktum, såfremt det ønskes at sikre skatteretlig overensstemmelse med civilretten på det givne område. Dog skal det endnu en gang påpeges, at der som udgangspunkt kun sjældent vil være tvivl om givne posteringers civilretlige kvalifikation.

§ 5 Komparative observationer

Forholdet mellem skatteret og civilret har nødvendigvis måttet anskues komparativt. Der er således i afhandlingen foretaget omfattende retssammenlignende studier. De udvalgte retssystemer udgøres af svensk, norsk, tysk og schweizisk ret, dog med en naturlig hovedvægt på tysk ret. Den væsentligste opgave for observationerne fra disse studier har været at tjene til inspiration for afhandlingens teoriapparat. Länderberichtmetoden er benyttet, og har vist sig ganske egnet til belysning af et emnevalg som det foreliggende, navnlig idet emnet er horisontalt. Hertil kommer, at komparationen er dynamisk ved at indeholde en beskrivelse af den historiske udvikling. Dette valg skyldes, at vi i dansk ret ikke er kommet så langt i erkendelsesprocessen vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret, hvorved der har kunnet hentes megen inspiration også i den tidligere analyse i udlandet. Den analytiske metode er samtidig anvendt, hvor der visse steder søges inspiration til konkrete forekommende problemstillinger i udenlandsk ret.

Afhandlingen har med stor detaljeringsgrad afdækket udviklingslinjerne i teori og praksis, i det omfang der fandtes tilstrækkeligt materiale

til en sådan eksercits. Gengivelsen af denne udvikling og de gennem tiderne herskende teorier har et andet og mere nyttigt sigte end den blotte sammenligning og beskrivelse. Således er afhandlingens grundbetragtninger i vidt omfang udformet på baggrund af og præget af denne internationale udvikling, selvom den skandinaviske pragmatisme og metode er holdt for øje. Baggrunden herfor er, at forholdet mellem skatteret og civilret ikke er blevet behandlet dybdegående i dansk teori og praksis, og at der nærmest rutinepræget forudsættes en tvungen skatteretlig respekt for civilretten. Herved er det fundet naturligt at søge inspiration til en revurdering i andre lande (særligt Tyskland), hvor udviklingen har stået på i godt 100 år. Det synes rimeligt at konkludere, at der har kunnet bibringes dansk ret fornyet inspiration gennem den foretagne retssammenligning.

Det er fremgået, at den teoretiske og praktiske udvikling i *tysk ret* har forløbet i faser. I den første fase indebar den herskende opfattelse, at civilretten havde forrang for skatteretten, hvorved skatteretten alene opfattedes som en følgeret eller annexret. Den anden fase i den tyske retsudvikling indebar, at skatteretten i stedet blev opfattet som værende autonom i forhold til civilretten. I udviklingens tredje fase kan det imidlertid konstateres, at pendulet atter slog over i retning af en forstærket tilpasning mellem skatteretten og civilretten. Den fjerde og aktuelle udviklingsperiode indebærer et temmelig nuanceret syn på forholdet mellem disciplinerne. Således indebærer den herskende opfattelse, at der er enighed om civilrettens præjudice for skatteretten, ligesom der ikke længere er nogen, der principielt bestrider skatterettens selvstændighed og legitimiteten i autonom begrebsdannelse, og at selvstændige konstruktioner er almindeligt anerkendt. Mange tyske forfattere repræsenterer efterhånden det standpunkt, at det er misvisende at tale om civilretten som en moderret for skatteretten, eller at tale om at civilretten har forrang for skatteretten. De civilretlige begreber må også tage hensyn til den skatteretlige betydningssammenhæng, hvorved mål og funktion med lovene og enkeltreglerne tages i betragtning. Det er tillige almindeligt antaget, at der ikke gælder en værdiforrang for civilretten. Endelig gøres der i henhold til den herskende opfattelse overvejelser om skatteretten som en del af den samlede retsorden. Denne opfattelse påvistes at have vundet tilslutning i Bundesverfassungsgericht. Ud over det anførte generelle om forholdet mellem skatteret og civilret lader der sig ikke umiddelbart identificere en generel enighed i litteraturen vedrørende andre spørgsmål.

Idet den tidlige tyske teori om forholdet mellem skatteret og civilret i vid udstrækning havde »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« som omdrejningspunkt, indtager teorien en central placering i hidtidig skandinavisk komparativ teori om forholdet mellem skatteret og civilret. Det påvises imidlertid i afhandlingen, at »die wirtschaftliche Betrachtungsweise« ikke længere er centralt placeret i tysk, schweizisk og østrigsk teori vedrørende forholdet mellem skatteret og civilret.

I *schweizisk ret* har emnet ikke været behandlet i samme omfang, som det er tilfældet i Tyskland, men der er udarbejdet temmelig interessante bidrag i teorien. Også i Schweiz har udviklingen i teori og praksis været kendetegnet ved varierende standpunkter i kortere eller længerevarende perioder. Store dele af den juridiske behandling af forholdet mellem skatteret og civilret har været præget af problemstillingerne vedrørende skatteomgåelse og »die wirtschaftliche Betrachtungsweise«. Schweizisk retspraksis har været kendetegnet ved tilstedeværelsen af en autonomifase som den første konstaterbare fase, hvilket efterfulgtes af en moderat integrationsfase, hvilken blev efterfulgt af en ny emancipationsfase

I nyere teori har *Thomas Koller* tilvejebragt det hidtil mest omfattende forsøg på en samlet beskrivelse af forholdet mellem skatteret og civilret. Forfatteren opstiller et grundlæggende krav om kongruens med henvisning til de fælles koblingspunkter for begge underordnede retssystemer i den samlede retsorden. *Kollers* anskuelsesmåde indebærer, at der skal foretages en afvejning mellem koordinationsrelevante værdielementer i interaktionsfeltet mellem begge retsområder ved enkelte problemer. En centrale erkendelse hos forfatteren ligger i afhandlingens grundbetragtning om, at skatteretten ikke må underminere grundlæggende civilretlige reguleringsstrukturer, benævnt som »*Der Grundsatz der Massgeblichkeit zivilrechtlicher Ordnungsstrukturen für das Steuerrecht*«. Det sås at være *Koller's* opfattelse, at en retsorden der skal kunne bære denne benævnelse, ganske enkelt ikke kan leve med sådanne inkonsistenser, selvmodsigelser og modsætningsforhold. *Kollers* teser udtrykker en ny grundholdning til forholdet mellem skatteret og civilret, som i enkelttilfælde (ved siden af andre faktorer) kan vise sig relevant for konkrete afgørelser. *Koller* tese adskiller sig væsentligt fra den tidligere forfægtede tese om civilrettens bindende virkning for skatteretten.

I *svensk ret* har forholdet mellem skatteret og civilret haft en vis akademisk bevågenhed. Fokus har dog navnlig været rettet mod an-

vendelsen af civilretlige begreber i skatteretten. Den centrale erkendelse er, at civilretlige begreber ikke i skatteretlig sammenhæng bør anvendes i en betydning, der afviger for meget fra den civilretlige betydning. Hertil kommer, at det antages, at relationslæren medfører, at der ofte slet ikke er tale om skatteretlige fravigelser fra civilretten, men i stedet om skatteretlig anvendelse af relationsbegreber der anvendes i forskellige betydninger fra relation til relation og fra retsområde til retsområde.

Norsk teori har ikke bidraget afgørende til yderligere forståelse af forholdet mellem skatteret og civilret.

Som en særlig del af forholdet mellem skatteret og civilret fremtræder forholdet mellem civilretten og den internationale skatteret. Afhandlingen tilvejebringer en introduktion til denne del af forholdet mellem skatteret og civilret. Således omtales muligheden for et samspil mellem dansk udlandsskatteret og civilretten, mellem udenlandsk udlandsskatteret og dansk civil- og skatteret, mellem national civilret og dobbeltbeskatningsoverenskomsten, samt forholdet mellem civilret og skatteret i EU-retten.

§ 6 Resultater opnået ved konfrontation

Afhandlingen har frembragt resultater ved den konkrete konfrontation af grundbetragtningerne med faktisk forekommende retlige samspil mellem skatteret og civilret. Konfrontationen tjener et dobbelt formål. Dels frembringes de nævnte resultater af selvstændig værdi, idet forholdet mellem skatteret og civilret på konkrete retsområder analyseres. Dels medvirker analyserne og de heraf udledte resultater til at belyse afhandlingens grundbetragtninger. Analyserne tjener dermed også som fundament for de principielle udledninger og overvejelser om forholdet mellem skatteret og civilret. Afhandlingens retsdogmatiske og retspolitiske resultater er dermed gensidigt afhængige. De i afhandlingen indeholdte specialstudier har taget læseren vidt omkring. Denne rejse har dog været tilsigtet, og de detaljerede analyser har dels afdækket gældende ret, dels analyseret konkret forekommende samspil mellem skatteret og civilret på udvalgte områder. Herved har analyserne selvstændig juridisk værdi, ligesom denne del af afhandlingen vel nok på kort sigt og ud fra praktikerens perspektiv udgør de mest tilgængelige og anvendelige af afhandlingens afsnit. Hertil skal dog foretages den re-

servation, at det i flere tilfælde har vist sig vanskeligt at beskrive den gældende retstilstand med tilstrækkelig præcision. I disse tilfælde afsvækkes afhandlingens fundament for analyse af samspillet mellem skatteret og civilret, ligesom de afledte anbefalinger nødvendigvis må ses i lyset af de usikkerheder, der er forbundet med den blotte kortlægning af gældende ret.

Centralt står den generelle *konfrontation ved privatautonomiens civilretlige og skatteretlige betydning*, jf. kapitel 17. Der er i dette kapitel foretaget en generel konfrontation mellem privatautonomien og afhandlingens grundbetragtninger. Privatautonomiens rolle i civilretten er analyseret, hvorved det blev konstateret, at det nærmeste man kommer en generel konfrontation, er vurderingen af forholdet mellem privatautonomien og de centrale skattepolitiske principper om beskatning efter evne, ligebehandlings- og neutralitetsprincipperne.

Idet de nævnte skattepolitiske hensyn må antages at have samme betydning i skatteretten som partsautonomien har i civilretten, må en skatteretlig censureringsaktivitet, der indebærer et værn mod forstyrrelser af disse hensyn, anerkendes ud fra koordinationstankegangen.

Det præciseredes dog, at der må stilles krav om, at en disposition er civilretlig gyldig, såfremt denne skal respekteres i skatteretten, idet skattemyndighedernes ikke er tvunget til at respektere en disposition, som ikke engang binder parterne selv.

På denne baggrund udgøres det relevante samspil af anerkendelses-spørgsmålet. Ligeledes på denne baggrund er det konstateret, at der må antages at gælde et stærkt koordinationsbestemt kongruensbehov ved den skatteretlige behandling af aftalefriheden. Samtidig er konstateret et middelstærkt retskildebestemt kongruenskrav. Herefter er privatautonomiens betydning i skatteretlig henseende klarlagt. Dette har indebåret en analyse af skatteretsmisbrug og mulighederne for indgriben mod dette gennem vilkårs- og dispositionskorrektioner, samt betydningen af omgåelses- og misbrugsbestragtninger. Forud for afdækningen af gældende ret på dette område, er selve sondringen mellem vilkårskorrektioner og dispositionskorrektioner nærmere undersøgt. Trods visse uklarheder og kritikpunkter sluttet det, at sondringen er anvendelig og bør opretholdes og videreudbygges.

Det retlige fundament for vilkårskorrektioner er analyseret. Dette har indebåret en detaljeret analyse, idet der i dansk ret er uenighed om hvilke korrektionsmuligheder, der eksisterer herfor. Holdt op mod de særlige skatteretlige hensyn, der ligger til grund for foretagelsen af

vilkårskorrekationer, blev det konstateret, at der som udgangspunkt er tale om varetagelse om beskyttelsesværdige hensyn. Varetagelsen af disse hensyn kan der ikke rettes indvendinger mod i henhold til afhandlingens grundbetragtninger.

Det retlige fundament for dispositionskorrekationer er ligeledes analyseret. Dispositionskorrekationer kan foretages i henhold til realitetsgrundsætningen og læren om rette indkomstmodtager. Realitetsgrundsætningens eksistens er tiltrådt. Det er ligeledes konstateret, at læren om rette indkomstmodtager i denne henseende såvel synes at dække over, hvad der allerede fremgår af SL § 4 om beskatning af realiserede indkomster, som resultater, der fremkommer via en konkret realitetsbedømmelse. Holdt op mod de særlige skatteretlige hensyn, der ligger til grund for foretagelsen af dispositionskorrekationer, blev det konstateret, at der herved som udgangspunkt er tale om varetagelse af beskyttelsesværdige hensyn. Ej heller disse hensyn kan der rettes indvendinger mod i henhold til afhandlingens grundbetragtninger. Hertil kommer, at visse af korrekationerne tilsyneladende end ikke udgør en fravigelse fra civilretten.

Spørgsmålet om *skattesubjektivitet på selskabsskatterettens* område er centralt placeret i grænselandet mellem skatteret og civilret, og rejser herved en række problemstillinger, der vedrører dette samspil. Disse samspil udgør en vigtig del af det samlede samspil mellem skatteret og civilret, jf. kapitel 18.

Fremstillingen har vist, at det *juridiske personlighedsbegreb* ikke klart kan defineres, ligesom der ikke kan udledes retsvirkninger heraf. Trods dette forhold er begrebet anvendt i nyere skattelovgivning. Om denne anvendelse blev det trods alt konkluderet, at der er tilsikret en kongruent retstilstand, hvorved den skatteretlige anvendelse af begrebet indtil videre praktiseres i overensstemmelse med begrebets almenretlige indhold. Af denne årsag blev det konkluderet, at det konstaterede kongruenskrav er sikret. Praktisk må retstilstanden derfor bifaldes. Dog blev dog understreget, at der ved inddragelsen af det juridiske personlighedsbegreb i skattelovgivningen er indført nogle utilsigtede uhensigtsmæssigheder, som kunne undgås.

Afhandlingen har fremlagt de *skatteretlige kriterier for subjektqualifikation* og undersøgt disse kriteriers samspil med civilretten. Grundet evalueringsmodellens censureringsforanstaltninger blev det fundet, at problemstillingen vedrørende skatteretlig subjektqualifikation ikke er egnet til behandling efter afhandlingens evalueringsmodel. Dette inde-

bærer imidlertid ikke, at problemstillingen ikke rummer adskillige samspil mellem skatteret og civilret. Samspillet mellem skatteret og civilret består ikke i, at der sideløbende eksisterer en civilretlig og en skatteretlig metode til brug for subjekt kvalifikationen. Civilretligt har problemstillingen ikke stor relevans. Som det er fremgået beror den skatteretlige subjekt kvalifikation på en konkret samlet vurdering af sammenslutninger. Denne vurdering inddrager en række parametre i bedømmelsen. Det blev påpeget, at det ikke er muligt at udtale sig generelt om oprindelsen af disse parametre, men samtidig, at kriterierne udgør nogle karaktertræk, der kendetegner de forskellige selvstændige skattesubjekter, der er omfattet af SEL § 1. Ved udfindelsen heraf må der i vidt omfang henses til den relevante selskabsret, hvorved forudsatte karakteristika for de omfattede selskabers normaltyper kan formuleres og inddrages. Herved ses i vidt omfang at finde et samspil sted mellem skatteret og civilret. De enkelte kriterier ved subjektivitetsbedømmelsen har da også et klart slægtskab med selskabsretten. Dette gælder eksempelvis den skatteretlige hensynstagen til hæftelse, kapitalforhold og ledelse mv.

Endvidere er spørgsmålet om *kvalifikationen af udenlandske selskaber i dansk skatteret* analyseret. Herom blev det påpeget, at de overordnede betragtninger vedrørende subjekt kvalifikation som fremført ovenfor tilige gælder denne problemstilling. Det påpegede mulige samspil vedrørende anvendelse af udenlandsk civilret måtte siges faktisk at bestå. Samspillet er dog kun middelbart. Det er rammende at sige, at udenlandsk civilret bidrager til fremskaffelsen af faktum til brug for det dansk beregningsgrundlag, men at den endelige bedømmelse sker i henhold til intern dansk skatteret. Problemstillingen tager til i kompleksitet i det omfang, der ikke i dansk ret findes retsinstitutter eller begreber, der svarer til det udenlandske begreb, der skal tages stilling til.

Herefter blev fokus rettet mod samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med *konkrete skattesubjekter*. Det blev indledningsvis påvist, at det ikke er muligt på baggrund af et retskildemæssigt tilbageblik at konstatere en klart og objektivt tilkendegivet forudsætning for skattepligtsreglerne i SEL § 1, om at skattesubjekterne følger af det civilretlige kvalifikationssystem (in casu det selskabsretlige kvalifikationssystem). Derimod er der næppe tvivl om, at systemet faktisk i et eller andet omfang implicit hviler på sådanne forudsætninger, hvorved de selskabsformer, der opregnes i SEL § 1, stk. 1, som udgangspunkt er

forudsat at skulle opfattes i overensstemmelse med den selskabsretlige kvalifikation heraf. Udsagnet kunne ikke påvises, men er lagt til grund i afhandlingen. Dette taler for en høj grad af konformitet med civilretten, selvom civilretten på dette område fortsat ikke er helt klar.

Sammenfattende har analysen vist, at skatteretten, for så vidt angår spørgsmålet om skatteretssubjektivitet, er nært forbundet med selskabsretten. Skatteretten har generelt ikke formået at vurdere skattesubjektivitet ud fra økonomiske kriterier om, hvad der synes at være hensigtsmæssige enheder til brug for skatteretten. Selvom skatteretten dog i visse situationer er tvunget til at anlægge en realitetsbedømmelse i forhold til konkrete selskabsdannelser, må det fortsat siges, at der benyttes civilretlige og rent skatteretlige kriterier i forbindelse med spørgsmålet om skattesubjektivitet. Skatteretten har således ikke formået at skille sig afgørende fra sit selskabsretlige grundlag, hvorefter man ved anvendelsen af selskabsskatteretten må lægge afgørende vægt på de selskabsretlige formaliteter. Så længe der er aftalefrihed på selskabsrettens område, forbliver forholdet formentlig som det nuværende, idet det herved ikke vil være muligt udtømmende at angive samtlige forekommende selskabsformer. Aftalefrihed kan ikke overføres til fastlæggelsen af juridiske personers skatteretlige retsevne. Skatteretten opstiller visse betingelser for skatteretlig retsevne for sammen slutninger, som er stiftet i henhold til den selskabsretlige aftalefrihed. Der er hermed tale om en bunden skatteretlig kvalifikation. Det er karakteristisk, at skattelovgivningen i vidt omfang formulerer skattepligtsevnen *som om* de begreber, der benyttes, har et anerkendt og entydigt indhold, der er fastlagt i andre retsdiscipliner.

Den konkrete konfrontation har vist, at skatteretten i nogle tilfælde direkte overtager den civilretlige begrebsdannelse, andre gange foretages afgrænsninger med inspiration hentet i civilretten, og atter andre gange foretager en nærmest selvstændig skatteretlig kvalifikation.

Det gælder for aktie- og anpartsselskabsbegrebet og fondsbegrebet, at der er tale om primære retsbegreber. Ved den skatteretlige anvendelse af sådanne må der antages at gælde snævre rammer for de skatteretlige afvigelser fra civilretten. Realiteten er for sådanne enheder indeholdt i formaliteten.

Skatteretlige fravigelser fra civilretten finder dog sted i et vist omfang. Disse fravigelser er der oftest efter konkrete analyser ikke anledning til at kritisere. Vurderingen hos *Thøger Nielsen* kan derfor tilsluttes, når det ytres, at man nok ikke har ramt det helt rette med henvis-

ning til den juridiske person, herunder aktie- og anpartsselskaber, men når – som erfaringen viser – et så tilpas rigtigt resultat, at systemet i lang tid kan fungere til trods for dets svagheder også i den praktiske verden².

Selvom koncernbegrebet og filialbegrebet ikke direkte vedrører spørgsmålet om skattesubjektivitet, er der i kapitlet alligevel medtaget en analyse af disse fænomener. Selve det juridiske *koncernbegreb* giver ikke anledning til samspilsproblemer mellem skatteret og civilret. Derimod udgør *koncernbehandlingen* en central problemstilling, idet skatteretten hyppigt indebærer en fravigelse fra den civilretlige koncernopfattelse gennem enhedsteorien. De lege lata anvendes enhedsteorien udelukkende i begrænset omfang på yderst afgrænsede områder, med henblik på at tilgodese neutralitetshensynet. Det er ofte forekommende, at man gennem pligtlovgivning eller rettighedslovgivning fraviger det selskabs- og skatteretlige udgangspunkt om koncerner som bestående af separate enheder, idet der ellers findes misbrugsmuligheder eller opstår uhensigtsmæssigheder eksempelvis i form af økonomisk dobbeltbeskatning. Som skatteretten er indrettet på nuværende tidspunkt konkluderes det, at anvendelse af enhedsteorien og neutralitetshensynet ikke synes at give anledning til koordinationsteoretiske betænkeligheder.

Filialbegrebet synes ej heller at give anledning til samspilsproblemer mellem skatteretten og civilretten. Derimod indebærer selve *filialbeskatningen* en latent konflikt mellem skatteret og civilret. Beskatningen af filialer er indrettet således, at den i vidt omfang svarer til beskatningen af selskaber. Baggrunden herfor ligger i neutralitetshensynet. Den essentielle hensynsafvejning står mellem opretholdelsen af filialens retlige natur som værende en integreret del af hovedkontoret mod det skatteretlige neutralitetsprincip. Den konkrete afvejning mellem at opretholde filialen og hovedkontoret som et og samme rets- og skattesubjekt mod et neutralitetshensyn fører til, at der ikke kan gøres alvorlige indvindinger mod udfaldet til fordel for neutralitetsstandarden. Da der i alle tilfælde ses at være hjemmel til at fravige det retskildebestemte kongruenskrav, er også de formelle retlige krav opfyldt i denne henseende. Konklusionen understøttes af det forhold, at den skatteretlige selvstændighedsfiktion er begrænset, hvorved grundlæggende civilretlige anskuelser respekteres i en vis udstrækning.

2. Jf. Indkomstbeskatning I, 1967, s. 11 f.

Samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med *stiftelse af selskaber* er tillige analyseret, jf. kapitel 19. Analysen har begrænset sig til udvalgte problemstillinger i forbindelse med hermed. De behandlede problemstillinger udgjorde: (1) udøvelse af erhvervsmæssig aktivitet inden registreringen, (2) tidspunktet for selskabsstiftelse og (3) forkert værdiansættelse ved indskud af realaktiver.

Det blev konstateret, at der ved praksis, der indebærer skattepligt efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, trods *urigtig registrering* ikke er modstrid med problemstillingens selskabsretlige baggrund. Således må det også selskabsretligt antages, at retssubjektiviteten afhænger af den formelle registrering, hvorved en juridisk person eksisterer fra registrering og indtil en afregistrering. Dette må gælde så meget desto mere, såfremt fejlene ved den selskabsretlige registrering ikke er oprindelige. Set i dette lys fandtes der ikke at være anledning til at foretage nærmere analyser af forholdet mellem skatteretten og civilretten. Sammenfattende må opretholdelsen af kongruens på dette område bifaldes. Samtidig kan det bemærkes, at den konstaterede kongruens må ses som en direkte konsekvens af det forhold, at aktie- og anpartsselskaber udgør et produkt af retsordenen, hvorfor en skatteretlig håndtering heraf må nødvendigvis holde sig til civilrettens udgangspunkt også i henseende til spørgsmålet om, hvornår sådanne selskaber opnår skattesubjektivitet.

En fravigelse fra selskabsretten er der heller ikke tale om ved den skatteretlige praksis vedrørende beskatning af virksomhedsindkomster i *selskaber under stiftelse*. Formentlig skal denne praksis ses som et udslag af ligningsmæssig fleksibilitet og praktabilitet, idet ligningen af det endnu uregistrerede selskab sker under et indforstået forbehold om, at »selskabet« senere registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og således kommer til eksistens som juridisk person og dermed som skatteretssubjekt. Den civilretlige forudsætning for skattesubjektiviteten bortfalder således ikke, men fremrykkes i fleksibilitetens navn i skatteretlig henseende. Sådanne ordninger kan næppe gøre nogen skade og kan vanskeligt kritiseres. Dette gælder uanset det konstaterede retskildebestemte kongruenskrav og koordinationsbestemte kongruensbehov.

Regler om skatteretlig *tilbagevirkende kraft* vedrørende selskabsstiftelse kunne som udgangspunkt synes at være udtryk for en skatteretlig fravigelse fra selskabsretten, idet selskaber forud for stiftelsen undergives en skattemæssig behandling som et selvstændigt skattesubjekt. Et selskab, der endnu ikke er stiftet, udgør selvsagt ikke noget retssubjekt i civilretlig henseende. Stiftelsen med tilbagevirkende kraft er dog ikke

udtryk for en principiel skatteretlig opfattelse og håndtering af uregistrerede selskaber som selvstændige skattesubjekter. Dette understreges yderligere af den omstændighed, at en beskatning af et selskab i perioden forud for stiftelsesdatoen alene foretages under forudsætning af, at selskabet selskabsretligt kommer til eksistens som retssubjekt ved registreringen. Derimod er det fremgået, at der blot er tale om en praktisk foranstaltning, der skal lette virksomhedsomdannelser.

Sammenfattende måtte det derfor konstateres, at skatteretten grundlæggende ikke fraviger det civilretlige udgangspunkt om, hvornår selskabsdannelser skal tillægges retsevne. Der findes særlige skatteretlige regler og praksis, der modificerer udgangspunktet, men som ikke udgør brud med udgangspunktet. De skatteretlige modifikationer er alle betinget af praktikabilitetshensyn, hvorfor der ikke blev fundet anledning til at fremsætte en kritik heraf.

Spørgsmålet om forkert værdiansættelse i forbindelse med apportindskud er udslag af det bagvedliggende samspilsproblem om en skatteretlig fravigelse fra civilretten gennem anvendelse af armslængdeprincippet. Dette problemstilling er behandlet i kap 17.

Afhandlingen har afdækket flere retlige samspil mellem skatteretten og civilretten i forbindelse med fastlæggelsen af *selskaber hjemsted*, jf. kapitel 20.

Det er konstateret, at skatteretten bygger på det selskabsretlige registreringskriterium ved fastlæggelsen af aktie- og anpartsselskabers skattemæssige hjemsted. Der foretages ikke en skatteretlig fravigelse efter den hidtidige almindelige opfattelse og administrativ praksis. Formentlig har lovgiver ved konciperingen af selskabsskattelovens § 1, stk. 1, nr. 1 forudsat, at der selskabsretligt gjaldt et hjemstedskrav for selskabets ledelse. Den almindelige skatteretlige opfattelse af skattepligtsbestemmelsen i SEL § 1, stk. 1, nr. 1, hviler derfor formentlig på et forkert selskabsretligt fundament. Hermed er der altså forudsat kongruens i forholdet mellem skatteretten og civilretten, men en skatteretlig håndhævelse heraf bygger formentlig i realiteten på en misforståelse af den underliggende selskabsret.

For andre registreringspligtige virksomheder gælder et indregistreringskriterium i selskabsretten og et hovedsædekriterium i skatteretten. Hermed er lovfæstet en inkongruens i forholdet mellem skatteret og civilret. Forholdet kan dog næppe kritiseres.

Endelig synes der at være tilsikret kongruens i hjemstedsbedømmelsen, for så vidt angår ikke-registreringspligtige virksomheder.

For så vidt angår kriteriet om *ledelsens sæde*, blev det konstateret, at der er tvivl om eksistensen af et retskildebestemt kongruenskrav ved forståelsen heraf, ligesom der alene kunne identificeres et svagt koordinationsbestemt kongruensbehov. Det er ikke muligt at konstatere, om der ved forståelsen af begrebet overordnet består en kongruent eller inkongruent retstilstand. Spørgsmålet hænger sammen med forståelsen af begrebet »daglig ledelse«. Herom er det konstateret, at der gælder et svagt retskildebestemt kongruenskrav og et middelstærkt koordinationsbestemt kongruensbehov. Som udgangspunkt tilgodeses disse krav og behov af den relevante normering med tilhørende autoritative fortolkningsbidrag. Dette må bifaldes.

Sammenfattende efterlades man dog med det indtryk, at hjemstedsproblematikken ikke er tilstrækkeligt koordineret selskabsretten og skatteretten imellem. Særligt lader det til, at retsområdet er baseret på implicitte og uklare forudsætninger om selskabsretlige forhold. Retstilstanden kunne med fordel blive justeret, så disciplinerne i højere grad var tilpasset hinanden. Dog synes der ikke at være anledning til at kritisere den gældende retstilstand ud fra de konstaterede kongruenskrav og -behov, idet disse for så vidt er efterlevet. Ligeledes er der ikke store retssikkerheds- eller praktikabilitetsgevinster ved en sådan harmonisering.

Afhandlingens afsluttende konfrontationstema var *virksomheders finansieringsdispositioner*. Udvalgte finansieringsdispositioner er således analyseret i detaljer, jf. kapitel 21.

Første tema var kapitalforhold og solvenskrav. Dette affødte en fokusering på skatteretlige regler om tynd kapitalisering. Disse regler fandtes forebilledlige til at illustrere samspillene mellem skatteret og civilret. Reglerne om tynd kapitalisering i SEL § 11 giver således anledning til en række samspil med civilretten. Således ses reglerne først og fremmest at berøre selskabernes valgfrihed med hensyn til valg af kapitalstruktur og dermed i sin natur spørgsmålet om skatterettens accept af civilrettens aftalefrihed. I sammenhæng hermed ses spørgsmålet om anerkendelse af lån i skatteretlig sammenhæng, idet sanktionen af tynd kapitalisering er en nægtelse af rentefradragsret og fradrag for kurstab.

Yderligere giver reglerne anledning til et konkret samspil i henseende til anvendelse af civilretlige termer i lovgivningen, hvilket blandt andet indgår ved vurderingen af direkte og indirekte sikkerhedsstillelse. I naturlig tilknytning hertil opstår spørgsmålene om

opståen af selvstændige skatteretlige begreber, samt spørgsmålet om opståen af en selvstændig skatteretlig civilret. Yderligere synes reglerne at kunne give anledning til koordinationsproblemer mellem skatte- og civilretten. Endelig kan det overvejes, om den skatteretlige behandling af tynd kapitalisering kan få afsmittende effekt på den civilretlige behandling af spørgsmålet om underkapitalisering³.

Med visse forbehold måtte det samlet konstateres, at adgangen til korrektion som følge af tynd kapitalisering i dansk skatteret er baseret på et reelt misbrugshensyn, hvorfor en sådan standardiseret afvigelse fra privatautonomien må godtages trods det konstaterede stærke kongruenskrav og middelstærke kongruensbehov.

Tilsvarende fandtes der ikke at kunne rettes indvedninger mod den skatteretlige fravigelse fra civilretten gennem koncernenhedsbetragtningen i SEL § 11, stk. 4, idet denne regel også måtte antages at tilgode et misbrugshensyn.

Derimod er der anledning til at kritisere en uhensigtsmæssig begrebsanvendelse i forhold til skatteministerens anvendelse af begrebet støtteerklæring i den forstand, at dette begreb tillige skulle omfatte erklæringer, der ikke er bindende i juridisk forstand.

Som en konsekvens af den objektive karakter af SEL § 11 tages der ikke særlige branchehensyn eller lignende gennem reglerne om tynd kapitalisering. Således kræves det som udgangspunkt, at alle danske debitorselskaber skal have en solvensgrad på 20%. Dette gælder således også banker og andre finansielle virksomheder. Imidlertid er disse virksomheder undergivet selvstændige branchespecifikke solvenskrav som følge af EU's bankdirektiver og lov om finansiell virksomhed. Hermed er der i princippet skabt en uhensigtsmæssig modvirkende effekt i skat- telovgivningen i forholdet til andre retsdiscipliner og andre beskyttelses- hensyn.

Endelig blev det afvist, at den skatteretlige praksis og de skatteretlige om tynd kapitalisering kan smitte af på civilretten ved en eventuel

3. Ud over de anførte problemstillinger giver SEL § 11 ligeledes anledning til yderligere problemstillinger, herunder i forbindelse med kvalifikationen af kreditor og debitor, hvilket i begge tilfælde involverer samspil med civilretten. Disse spørgsmål er dog i vidt omfang behandlet i Del IV, kapitel 18 om rets- og skattesubjektivitet. Yderligere forekommer en egentlig skatteretlig begrebsdannelse uden civilretligt ophav, hvilket ses ved egenkapitalbegrebet i SEL § 11. Endelig kan også nævnes det samspil der består i anvendelse af en koncernenhedsbetragtning.

vurdering af spørgsmålet om underkapitalisering i civilretlig henseende.

Sondringen mellem gæld og egenkapital i skatte- og civilretten er analyseret i afhandlingens kapitel 21. Sammenfattende må det konstateres, at det ikke synes at være behov for en generel skatteretlig egenkapitaldefinition. Fremmedkapital kan sidestilles med gældsbegrebet i medfør af kursgevinstloven. Derimod er der behov for at kunne foretage en afgrænsning mellem egenkapitalafkast og fremmedkapitalafkast. Til brug herfor må der nødvendigvis indgå overvejelser om indskuddets karakteristika, hvilket tillige kan indicere tilstedeværelsen af henholdsvis gæld og egenkapital.

Fokus er derefter vendt mod konkrete egenkapitaldispositioner. Første udslag heraf var en generel analyse af skatte- og civilrettens aktionærbegreb. I fremstillingen er lagt til grund, at en aktionær *er den, der har ejendomsretten til en eller flere aktier*. Imidlertid forholder det sig sådan, at det ikke altid er ejeren af en aktie, der kan udnytte en aktionærbeføjelse. Det er en vigtig erkendelse, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem ejerskabet til en aktie og effektueringen af en aktionærbeføjelse. *Det samlede indtryk*, der dannes på baggrund af analysen er, at der i vid udstrækning er overensstemmelse mellem skatte- og civilretten. I grove træk må det således konstateres, at de konstaterede retskildebestemte kongruenskrav og koordinationsbestemte kongruensbehov ikke sættes over styr gennem den skatteretlige retsanvendelse. Den overvejende del af de konstaterede fravigelser er enten usikre og/eller baseret på en konkret skatteretlig realitetsbedømmelse. Om sådanne er det tidligere i afhandlingen konstateret, at de også ud fra en koordinationsstankegang må accepteres. De øvrige konstaterede fravigelser anses for at være ubetydelige, men dog kritisable.

Samspillet mellem skatteret og civilret i forbindelse med *overkurs ved stiftelse og emission* er behandlet. Skatteretten har direkte overtaget selskabsrettens overkursbegreb, hvorfor der på dette område gælder et stærkt retskildebestemt kongruenskrav. I den senere tid har det været genstand for betydelig debat, om en skattefri overkurs efter omstændighederne kan omkvalificeres til et skattepligtigt tilskud. Det anføres, at det er tvivlsomt, hvorvidt der er hjemmel til at gennemføre en tilskudsbeskatning af overkurs, selvom reale hensyn taler for at begrænse anvendelsesområdet for SEL § 13, stk. 1, nr. 1. Hermed må en almindelig fortolkning af de foreliggende retskilder føre til det resultat, at

skatteretten ikke kan fravige civilretten. Den nævnte praksis må i dette lys anses som forkert.

Herefter er fokus vendt mod afgrænsningen af *deltagelse i personselskaber*. Det er påvist, at der ikke i gældende ret er fuldstændig klarhed over, hvilke kriterier der faktisk indgår i afgrænsningen af selskabsdeltagelse i såvel skatteretlig som civilretlig henseende. Langt hen ad vejen synes det dog uproblematisk at fastslå, at der for så vidt er kongruens i fastlæggelse af den selskabsretlige og den skatteretlige personselskabsdeltagelse. Uenigheden vedrørende kriteriet om medejendomsret er imidlertid markant, hvorved det ikke er muligt at udtale sig klart om de konkrete samspil mellem skatteret og civilret. Idet det således antages, at der (endnu) ikke er fuldstændig kongruens mellem skatte- og civilretten, må der i tråd med øvrig teori opfordres til en ensretning af selskabsdeltagerbegrebet. En eventuel mangel herpå de lege lata kan imidlertid alene kritiseres ud fra de retspolitiske overvejelser, som ligger til grund for det konstaterede middelstærke koordinationabestemte kongruensbehov.

Der er ikke noget der tyder på, at der i praksis er sket en afvigelse skatte- og civilretten imellem, for så vidt angår *grænsedragningen mellem lån og tilskud*. Praksis synes at være centreret om det element i gælds-begrebet, der vedrører tilbagebetalingsforpligtelsen. Hvis ikke der foreligger en tilbagebetalingsforpligtelse, kan der næppe siges at være tale om gæld, hverken i civilretlig eller skatteretlig henseende. Låneforholdet anskues ens i skatte- og civilretten, hvorfor det er de samme kriterier, der må indgå i vurderingen heraf. Kriterierne må således være identiske, idet det endelige afkald på ejendomsret, som tilskuddet synes at forudsætte, i det hele er uforeneligt med låneforholdet. Den efter min vurdering mest nærliggende konklusion synes at være, at kongruens er sikret i teori og praksis, hvilket må bifaldes når der henses til de konstaterede kongruenskrav og kongruensbehov.

Afhandlingens sidste konfronterende afsnit indeholder en analyse af de aktuelle og potentielle samspil mellem skatteret og civilret ved kvalifikationen af *hybride finansieringsinstrumenter* og afkastet heraf. Afsnittet indeholder et generelt bidrag til kvalifikationen af hybride finansieringsinstrumenter. Herudover analyseres visse konkrete instrumenter. Afhandlingen har ikke på dette punkt tilsigtet en egentlig generel analyse af samspillet mellem skatteret og civilret, men i stedet at perspektivere over mulige fremtidige samspil mellem skatteretten og civilretten.

§ 7 Særligt om afhandlingens værdi de lege lata

Det står klart, at afhandlingens tankegods i flere henseender er retspolitisk. Der består imidlertid et behov for særskilt at redegøre for værdien af afhandlingens analyser de lege lata. Ofte mødes retsvidenskaben med et kontant krav om kortsigtet og praktisk anvendelighed. For så vidt angår afhandlingens emne, efterlyses ofte i praksis udsagn om civilrettens betydning for den skatteretlige fortolkning i givne situationer.

Det ses, at disse vigtige og praktisk anvendelige synspunkter ikke har indtaget en sådan rolle, som sædvanligvis er tilfældet for retsdogmatiske studier. Dette skyldes efter bedste skøn dog ikke videnskabelig forsømmelse. Foreliggende afsnit skal dog ej heller ses som et forsøg på ved efterrationalisering at råde bod på åbenbare mangler i afhandlingens teoretiske fundament. Baggrunden for den valgte fremgangsmåde har snarere været det synspunkt, at samspillet mellem skatteret og civilret bedst lader sig analysere ud fra en bredspektret tankegang. Det står dog ligeledes klart, at rent retsdogmatiske studier i samspillet mellem skatteret og civilret er nødvendige samt, at sådanne relationer meget vel kunne danne grundlag for en selvstændig afhandling. Fremgangsmåden ved en afhandling af en sådan karakter synes at måtte renses for det retspolitiske tankegods og alene forholde sig til relevant retskildemateriale. En sådan fremgangsmåde synes ikke at forudsætte formulering af generelle teoretiske udsagn om den retlige relation mellem skatteretten og civilretten. Eksercitsen bør herefter være at analysere retsstillingen, for så vidt angår de konkret forekommende samspilssituationer. En mulig fremgangsmåde er herefter at katalogisere de forekommende fravigelser eller kongruens mellem disciplinerne. Herved ses en markant forskel til den i afhandlingen valgte fremgangsmåde. Den valgte fremgangsmåde er således fundet mere frugtbar og interessant end en rendyrket retsdogmatisk analyse. Denne prioritering støttes tillige af det forhold, at der næppe kan påvises tilstrækkeligt klare linier i retspraksis vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret.

På baggrund af afhandlingens analyser kan dog fremsættes nogle udsagn om forholdet mellem skatteret og civilret i *gældende ret* til brug for den praktiske retsanvendelse.

De betragtninger, der præsenteres i afhandlingen under terminologien *retskildebestemt kongruens*, er udtryk for retsdogmatiske studier. Denne del af analysen søger at fastholde, at givne samspil mellem skat-

teret og civilret skal løses med udgangspunkt i almindelig juridisk fortolkningsvirksomhed. Fremsættelse af et sådant kongruenskrav har således større eller mindre støtte i retskilderne og bør derfor utvivlsomt indgå i den juridiske fortolkningsproces. Fastlæggelsen af kongruenskravet er derfor også udtryk for en fastlæggelse af gældende ret på konkrete områder. Heraf følger ligeledes, at der skal være retskildemæssigt belæg for fremsættelsen af påstande om civilretskonformitet. Herved kan afhandlingens analyser på dette punkt ses som en tilbagevisning af postulater om eksistensen af et per se hjemmelskrav, for så vidt angår civilretsautonome fortolkninger ved den skatteretlige retsanvelse. Modsat nye tendenser i teorien forfægtes det standpunkt, at der skal være konkrete holdepunkter for kongruens mellem skatteret og civilret. Med andre ord findes der ingen generel regel, der tilvejebringer modsatrettede holdepunkter. De påkrævede konkrete holdepunkter er i afhandlingen formuleret gennem begreberne: retskildebestemt- og koordinationsbestemt kongruens.

Afhandlingen bidrager på dette område til at systematisere denne vurdering og introducere en relevant generelt anvendelig terminologi på området. Der tilvejebringes herved metoder til fastlæggelse af kongruenskrav og i tilfælde af eksistensen heraf til fastlæggelse af styrken af sådanne krav. Denne fremgangsmåde harmonerer med traditionel juridisk metode dog modificeret, for så vidt angår det hjælperedskab, der består i styrkeinddelingen i kongruenskravet. Derfor volder fortolkningen i samspillet mellem skatteret og civilret de lege lata ikke større problemer end andre juridiske fortolkningsspørgsmål. Det er således en væsentlig konklusion, at samspillet mellem skatteret og civilret de lege lata langt hen ad vejen løses gennem almindelig juridisk fortolkning. Denne konstatering synes der at være bred opbakning til i teorien, hvorimod betydningen heraf dog er omdiskuteret. Hertil kommer, at ikke alle samspil mellem skatteret og civilret kan løses gennem fortolkning.

Disse forhold suppleres i et eller andet ikke nærmere bestemt omfang af en fortolkningsregel, der indebærer, at almindeligt kendte juridiske begreber skal fortolkes ensartet ved anvendelse heraf på forskellige retsområder i mangel af modsatrettede holdepunkter. Det er dog ikke muligt at præcisere indholdet og udstrækningen af en sådan fortolkningsregel, selvom det nok må stå fast, at den ikke uden videre kan strækkes ud over anvendelsen af almindeligt kendte juridiske begreber. Fortolkningsreglen vedrører ikke kun samspillet mellem skatteret og

civilret og kan ligeledes indebære, at et skatteretligt fastlagt begreb lægges til grund i civilretlig henseende.

Yderligere bør nævnes, at der består en mulighed for, at afhandlingens retsteoretiske koordinationstanker kan spille en vis rolle i fortolkningen eller fortolkningsprocessen qua *forholdets natur* og de herved gennemførte friere overvejelser⁴. Det er således ikke utænkeligt, at sagligt funderet argumentation for eller imod en given retstilstand kan smitte af på retsanvendelsen og indgå i dommerens overvejelser om sagens udfald. Hermed bidrager koordinationsteorien til gældende ret. En sådan påvirkning synes der dog ikke indtil nu at være grundlag for at konstatere. Tilsvarende kan koordinationstankegangen spille en rolle ved udarbejdelse af ny lovgivning.

Endvidere skal det bemærkes, at afhandlingen tilvejebringer et katalog over faktisk forekommende skatteretlige fravigelser fra civilretten. Også sådant et katalog er udtryk for retsdogmatiske studier. Der foretages analyser af de forekommende fravigelsers retlige legitimitet, herunder også i forhold til eventuelt konstaterede retskildebestemte kongruenskrav. Sådanne analyser er retsdogmatiske af natur, og påvisningen af fravigelser i strid med konstaterede retskildebestemte kongruenskrav kan følgelig opfattes som uhjemlede eller forkerte fortolkninger af skattelovgivningen.

Afhandlingen har endelig værdi de lege lata ved den foretagne udførlige afdækning af retstilstanden i et antal situationer, der belyser samspillet mellem skatteret og civilret. På denne vis indeholder afhandlingen adskillige fortolkningsbidrag og kommentarer til gældende skatteret på de behandlede områder. Det har således været tilsigtet at tilvejebringe et fyldestgørende grundlag for at tage stilling til gældende ret. Noget sådant lader sig ikke gøre uden en forudgående grundig analyse heraf.

På det således præsenterede grundlag er det berettiget tillige at antage, at afhandlingen indeholder nyttige redskaber og tankemønstre, der kan anvendes direkte af skatterettens praktikere.

4. Det er hermed givet, at der i denne henseende må lægges en bred forståelse af forholdets natur til grund, jf. eksempelvis *Torben Jensen* i UfR 1990, B, s. 441 ff, der anfører, at retten i mangel af andre holdepunkter må støtte resultatet ud fra forholdets natur, som dækker et spektrum af almene juridiske overvejelser, herunder sagligt begrundet rimelighed, lighedssynspunkter, konsekvensbetragtninger med hensyntagen til samfundsmæssige behov og almindelig udvikling. Denne opfattelse kategoriseres af *Jens Ewald* i Retsvidenskabeligt tidsskrift, 2002, s. 105, som værende bred.

§ 8 Særligt om afhandlingens værdi ved fremtidigt lovforberedende arbejde

Afhandlingens har fremlagt et materiale, der kan danne grundlag for udformning af fremtidig (skatte)lovgivning, for så vidt angår samspillet mellem skatteret og civilret. Afhandlingen er naturligvis ikke forfattet med en sådan målsætning for øje, men det er ikke desto mindre fundet berettiget at tydeliggøre afhandlingens værdi i denne henseende.

Anbefalingen er, at lovgiver i forbindelse med overvejelser om en eventuel begrebslig harmonisering mellem skatteret og civilret, kan tage udgangspunkt i koordinationstankegangen. Dette må indebære, at behovet for harmonisering hænger sammen med behovet for koordinationsbestemt kongruens. En gennemgang af det konkrete retsområde i lyset af afhandlingens tanker om koordinationsbestemt kongruens kan derfor siges at give retningslinier for, i hvilke situationer harmonisering er nødvendig og relevant, og i hvilke situationer dette ikke synes at være tilfældet. Sagt med andre ord vil konstruktionen af retskildebestemte kongruenskrav med fordel kunne tage udgangspunkt i konstateringen af koordinationsbestemte kongruenskrav. Herved kan afhandlingens analysemetode udgøre en rettesnor for fremtidig harmonisering af begreber mv. Et sådant arbejde foregår i Skatteretsrådets regi, hvor der er nedsat et udvalg, der skal se nærmere på problemstillingen⁵. Så vidt vides har Skatteretsrådet på nuværende tidspunkt forsøgt at afgrænse opgaven og har indtil videre lagt sig fast på at begynde med en

5. Jf. Skatteministeriets handlingsplan for forenklinger, Skatteministeriet, August 2002. Heraf fremgår det som en målsætning, at der i fremtiden skal tilsigtes en ensartet begrebsanvendelse i selskabsretten, regnskabsretten og selskabsskatteretten. Det fremgår således, at anvendelsen af begreber og principper, der har gyldighed på et lovområde, på et andet lovområde kræver, at begreberne korrigeres og tilpasses dettes andet lovområde. Sådanne ændringer findes administrativt besværlige både for virksomheder og myndigheder, og vil for virksomhederne udløse omkostninger til rådgivningsbistand, når det drejer sig om tilpasning til skattemæssige forhold. Det overordnede formål er herved at skabe en større grad af gennemskuelighed. Det anføres, at forskellighederne grunder i, at de enkelte regelsæt skal varetage forskellige formål. På denne baggrund fremhæves opgaven som en undersøgelse af, om der er muligheder for at opnå forenklinger ved, at formelt identiske begreber også materielt gøres identiske. Ved denne vurdering skal det indgå, hvilke økonomiske og skattemæssige forskydninger en større grad af ensartethed vil indebære. Idet undersøgelsen er fundet meget omfangsrig og samtidig berører centrale juridiske principper for lovkonciper og lovforklaring, er det derfor fundet mest hensigtsmæssigt at henlægge undersøgelsen til Skatteretsrådet, der forventedes at være færdig hermed i anden halvdel af 2003. Det var tanken, at eventuelle lovforslag herefter kunne fremsættes. Målsætningen blev ikke opfyldt.

intern skatteretlig begrebsharmonisering. Samtidig er de væsentligste problemstillinger for det fremtidige udvalgsarbejde identificeret. Således er det særligt blevet fremhævet som et problem, at skatteretten ved i tilfælde af en begrebsharmonisering kan stå overfor at skulle fravige indarbejdede skatteretlige og skattepolitiske hensyn til fordel for forenklingshensynet. Det er samtidig overvejet, hvilken disciplin der skal indrette sig. Hertil er den pragmatiske vurdering, at skatteretten så at sige skal trække læsset, idet navnlig regnskabsretten og selskabsretten er fællesskabsretligt reguleret.

Efter min vurdering kan afhandlingens tankesæt bidrage til disse vanskelige afvejninger, idet en brug heraf gør det muligt at identificere, hvornår en koordinerende indsats er særligt påkrævet.

§ 9 Særligt om den kritiske selvrefleksion

Kritisk selvrefleksion er en nødvendighed i videnskaberne. Også i dette lys må afhandlingens resultater og forudsætninger vurderes. Særligt to bestræbelser har i afhandlingsarbejdet været udfoldet med henblik på at tilgodese behovet for kritisk selvrefleksion i forhold til afhandlingens *forudsætninger og præmisser*. Dette gælder for *det første* den eksplicite afdækning af afhandlingens værdigrundlag, hvilket uvægerligt har haft betydning ved formuleringen af grundbetragtninger. Det blev konstateret, at afhandlingens værdigrundlag på dette punkt trækker på værdier, der – for den overvejende dels vedkommende – indgår i andre henseender i forbindelse med vurdering af en given retstilstand eller udformning af en given regulering. Disse parametre er suppleret af egne subjektive retsidealer.

For det andet er subjektive holdninger til de grundlæggende problemer så vidt muligt fremhævet løbende i afhandlingen. Dette har blandt andet resulteret i et argumentationsafsnit i forbindelse med præsentationen af grundbetragtningerne, hvor argumenter pro et contra de præsenterede forhold er trukket frem.

Kritisk selvrefleksion i forhold til afhandlingens samlede resultater har tillige stor betydning. Af denne årsag skal fremhæves nogle af de teoretiske og praktiske barrierer, der synes at bestå i forbindelse med anvendelsen og videreudviklingen af afhandlingens resultater.

Afhandlingen kan kritiseres for at levere en for bredspektret analyse. Således behandles en lang række samspil, ligesom såvel retsdogmatik

som retspolitik udgør centrale dele af analysen. Hertil kommer, at den retsdogmatiske konklusion kan synes spinkel, idet det konstateres, at samspillet mellem skatteret og civilret ved retsanvendelse løses med udgangspunkt i den almindelige fortolkningslære, når der herved bortses fra skatteudnyttelse.

Der har utvivlsomt været behov for en monografisk fremstilling om de principielle overvejelser i forholdet mellem skatteret og civilret. Konkrete udslag af samspillet vil fortsat opstå i nye ikklædninger og varianter, ligesom afhandlingen formentlig kun har afdækket en del af allerede eksisterende samspil. Analyser heraf må henlægges til senere specialstudier. Afhandlingen har tilvejebragt et brugbart analyseredskab, som må antages at dække de fleste forekommende og mulige samspil, skatte- og civilretten imellem. Fremtidige studier af samspillet mellem skatteret og civilret er derfor gjort betragteligt nemmere.

Yderligere kan der gøres den indvending, at en konkret vurdering af samspillet mellem skatteret og civilret, hvad enten for domstolene eller hos lovgiver, i sidste ende kan løses efter helt andre overvejelser, end de som vurderes i afhandlingen. En risiko herfor synes dog at bestå generelt for retsvidenskabelige studier.

Det præsenterede teoriapparat rummer nuancer. Måske for mange nuancer, som ikke kan indgå ved praktiske afvejninger. Der er ligeledes en oplagt fare forbundet med at formulere en objektiviseret procedure til at bedømme de komplekse samspil efter, idet nuancer og pragmatiske vurderinger herved kan gå tabt.

Udgangspunktet i afhandlingens grundbetragtninger om autonomi har allerede vist sig at rumme den fare, at diskussionen alene omhandler dette udgangspunkt, selvom dette i det store hele er af underordnet betydning. Udgangspunktet benyttes konkret til at konstatere, at der ikke eksisterer en generel pligt til at indordne skatteretten under civilretten. Fremstillingsmetoden anvendes således til at synliggøre et vigtigt spørgsmål, selvom der kunne synes blot at være tale om et spørgsmål om ord. Hvis derimod lovgiver faktisk har forudsat en sådan indordning på et konkret område, skal dette selvsagt respekteres. Koordinationstankegangen kan benyttes til at vurdere, hvornår noget sådant er hensigtsmæssigt og påkrævet. Grundbetragtningerne medfører, at ikke enhver skatteretlig fravigelse fra civilretten eller interdisciplinær disharmoni per se skal kritiseres. Der er hermed tale om et forsøg på at nuancere bedømmelsen.

I lyset af den senere tids debat om forholdet mellem skatteret og

civilret, synes de fremlagte anstrengelser med hensyn til at skabe et videnskabeligt fundament for kongruens mellem skatteretten og civilretten nærmest nytteløse. Der ses således en udbredt velvilje til at acceptere strenge krav om kongruens mellem disciplinerne alene ud fra common sense betragtninger. Det er i denne forbindelse helt passende atter at bekende kulør og vedstå fascinationen af tysk retstradition, hvilken navnlig er kendetegnet ved udførelsen af grundstudier.

Trods disse mulige indvendinger må det antages, at fordelene overstiger ulemperne ved den valgte fremgangsmåde. Kun eftertiden vil vise om afhandlingens målsætninger er opfyldt.

§ 10 Prøvede resultater – samlet vurdering, afslutning

Herefter står tilbage at samle resultaterne op og besvare de undervejs stillede spørgsmål, samt at tage stilling til holdbarheden af afhandlingens postulater.

På baggrund af teoretiske overvejelser er det påpeget, at afhandlingens grundbetragtninger er udtryk for hensigtsmæssige tankemønstre. På baggrund af afhandlingens sekundære resultater, som opstået ved konfrontation, er der dannet grundlag for en nærmere vurdering af den praktiske holdbarhed af de fremsatte postulater. Som det er fremgået, er der ikke efter konfrontationen fundet forhold eller argumenter, der taler mod at opretholde de antagelser, der kommer til udtryk i afhandlingens grundbetragtninger. Det må således fastholdes, at grundbetragtningerne er udtryk for hensigtsmæssige overordnede målsætninger i samspillet mellem skatteret og civilret. Hermed er det dog ikke udelukket, at der med tiden kan opstå behov for at modificere afhandlingens grundbetragtninger. *Postulatet om, at det er meningsfuldt og hensigtsmæssigt at anvende de fremsatte tanker ved vurdering af samspillet mellem skatteret og civilret, må derfor siges at kunne besvares bekræftende.* Tilsvarende må det besvares bekræftende, at udenlandsk ret i vid udstrækning kan tjene til inspiration for dansk ret på dette område.

Afhandlingens *evalueringsmodel* udgør en anvendelsesorienteret konkretisering af de overordnede grundbetragtninger. Denne evalueringsmodel har vist sig at være såvel teoretisk acceptabel, som et udmærket analyseredskab til vurderingen af konkrete samspil mellem skatteret og

civilret. De væsentligste hovedbrud har således været af rent fremstillingsteknisk karakter.

Præsentationen og anvendelsen af evalueringsmodellen udgør nogle af afhandlingens mest centrale erkendelser. Evalueringsmodellens styrker ligger i selve formuleringen af en generelt anvendelig model. Svaghederne ligger åbenlyst i risikoen for, at modellen er udformet så generelt, at de relevante hensyn, grundet selve modellens udformning, forsømmes inddraget i analysen af konkrete samspil mellem skatteret og civilret. Afhandlingen har dog ikke entydigt frembudt eksempler på denne eller andre faldgruber. Der skal hertil erindres, at modellen faktisk er formuleret så bredt, at der stedse er mulighed for at inddrage nye og andre overvejelser, hvis noget sådant skulle være påkrævet. Det må derfor konstateres, at evalueringsmodellen har fungeret tilfredsstillende til brug for afhandlingens konfrontation men tillige, at modellen med fordel kan og bør anvendes ved andre nutidige og fremtidige samspilsanalyser.

Ud over den overordnede erkendelse, at evalueringsmodellen har været anvendelig, har det været muligt at identificere et katalog over typiske situationer, hvor forholdet mellem skatteret og civilret aktualiseres, samt et katalog over mulige begrundelser for en eventuel fravigelse mellem disciplinerne. De nævnte kataloger må og kan ikke betragtes som værende udtømmende. Katalogerne bør løbende vedligeholdes, idet der kan komme nye samspil og fravigelsesbegrundelser til, ligesom allerede eksisterende begrundelser og samspil kan være overset eller udeladt af fremstillingen.

Afhandlingens grundbetragtninger og evalueringsmodellen bæres ikke af retstilstanden de lege lata. Grundbetragtningerne fortæller således ikke noget om, hvordan retsopfattelsen vedrørende samspillet mellem skatteret og skatteret er. Dog bør det fremhæves, at afhandlingens grundbetragtninger ikke befinder sig i egentlig modstrid med praksis eller lovgivning.

Ved bekræftende besvarelse af afhandlingens overordnede postulat og som følge af afhandlingens konkrete analyser må det som en konsekvens heraf tillige antages, *at* det er meningsgivende og hensigtsmæssigt at gennemføre samtidige analyser af såvel retsanvendelsesspørgsmål som lovgivningsspørgsmål vedrørende samspillet mellem skatteret og civilret, *at* det er meningsgivende og hensigtsmæssigt at gennemføre samtidige analyser af såvel retsdogmatisk som retspolitisk karakter vedrørende samspillet mellem skatteret og civilr, *at* samspillet mellem skat-

teret og civilret ved retsanvendelsen skal bedømmes efter almindelige fortolkningsprincipper, *at* der kræves holdepunkter for at opfatte skatte- og civilretten kongruent, *at* analysen af konkrete samspil mellem skatteret og civilret kræver at der foretages konkrete vurderinger, og *at* det er muligt at identificere en række forskelligartede samspil mellem skatteret og civilret og at der intet er til hinder for at behandle disse samspil efter det samme overordnede tankemønster.

Den egentlige værdi af grundbetragtningerne ligger i præsentationen af et nyt tankemønster, systematiseringen og analysemetoden. Det kan ikke forventes at lovgiver, domstole, andre praktikere og teoretikere umiddelbart skulle adoptere afhandlingens tanker. Af denne årsag kan der i stedet fremsættes ønske om, at afhandlingens resultater i stedet munder ud i forøget tankevirksomhed om samspillet mellem skatteret og civilret. Afhandlingens tanker har herved taget hul på en løbende (videre)udvikling af forholdet mellem skatteret og civilret og hermed skatterettens placering i retssystemet og skatterettens almindelige del. Retsbevidstheden kan herved påvirkes med henblik på fremtidige overvejelser om samspillet mellem skatteret og civilret. Det er en forudsætning herfor, at det præsenterede ikke står i direkte modstrid med gældende ret. I den overvejende del af de konkrete samspil, som denne afhandling har afdækket, er denne forudsætning opfyldt. Fremtidsudsigterne for grundbetragtningernes og evalueringsmodellens beståen og anvendelse synes derfor gode.

Det er dokumenteret, at der består et behov for analyser af samspillet mellem skatteret og civilret, som ikke er baseret på sort-hvide betragtninger om autonomi eller forrang. Koordinationstankegangen er præsenteret som et kvalificeret modspil hertil, med sigte på at opnå en helhedsløsning.

Det er ligeledes dokumenteret, at skatte- og civilretten er ligeværdige og sideordende juridiske discipliner, hvor der ikke gælder grundregler om forrang for den ene disciplin frem for den anden.

Der er ikke objektivt grundlag for at udlede en generel opfattelse af forholdet mellem skatteret og civilret af retspraksis eller offentlige udredninger mv. Hertil kommer at det ikke er muligt at konstatere en generelt *stigende emancipation eller styring* i forholdet mellem skatteretten og civilretten⁶. Dog kan der konstateres en stigende tendens til

6. I lyset af, at store dele af skatteretten har udviklet sig til en art »revisorret« ville en konstatering af stigende emancipation ikke overraske.

indførelsen af antiudnyttelseslovgivning samt en hård kurs i retspraksis mod skatteretsmisbrug. Som et led heri synes det at kunne besvares bekræftende, at forholdet mellem skatteret og civilret navnlig sætter under pres i tilfælde af skatteretsmisbrug. Herved følger en emancipation. Samtidig er lovgiver i den senere tid påbegyndt et tiltrængt harmoniseringsarbejde på det begrebslige plan. Endvidere kan konstateres en tendens til civilretskonform fortolkning hos domstolene, dog uden at dette er konsekvent. Således forekommer det rimeligt at konkludere, at spørgsmålet ikke kan besvares med fornøden sikkerhed.

Afhandlingens *formodningsregler* bør opretholdes. Således taler meget for, at civilretten og regnskabsretten kan blive afgørende, hvor der ikke foreligger relevant skatteretligt retskildemateriale.

Samtlige afhandlingens postulater synes hermed underbygget.

Afslutningsvis synes det berettiget at konkludere, at afhandlingen har bidraget med forøget indsigt i samspillet mellem skatteret og civilret i dansk ret. Det synes ligeledes berettiget at konkludere, at de præsenterede grundbetragtninger og analyser udgør en revurdering og en betydelig nuancering i forhold til den hidtidige opfattelse i teori og praksis og dermed har bragt retsvidenskaben et væsentligt skridt videre. Pragmatisme medfører dog, at der ikke gøres forhåbninger om, at samtlige analyser og standpunkter uden videre vil vinde tilslutning og dermed umiddelbart spille en rolle i den praktiske og teoretiske skatteret i Danmark. Skulle derfor udtrykkes et håb for tankernes skæbne, må det ske med følgende: *Samspillet mellem skatteret og civilret udgør en af de mere komplekse problemstillinger i retsvidenskaben. Analysen af dette komplekse samspil fortjener tankemønstre, der ikke begrænser sig til sort-hvide betragtningssmåder om autonomi eller styring. Koordinationstankegangen tilvejebringer i denne forbindelse en nuanceret måde at anskue problemstillingen på. Herved fokuseres således på, hvor der er sikret koordination, hvor dette ikke er tilfældet og hvor der bør eller ikke bør sikres koordination. Koordinationstankegangen bibringer således retsdogmatiske og retspolitiske redskaber. Koordinationstankegangen fastholder dog, at løsningen af mange samspil mellem skatteret og civilret kan ske i medfør af almindelig fortolkningsvirksomhed. Kun eftertiden vil vise, om tankegangen vinder fodfæste. En vis inkubationstid må rimeligvis forventes.*

Summary in English

Tax law & Private law – A contribution on interdisciplinary interaction between tax law and private law

1. The subject of this thesis is the legal interaction between tax law and private law in Denmark. The relationship between tax law and private law has not been given attention corresponding to the practical and theoretical importance of the topic. The theoretical and practical clarification of tax law and private law relations presently finds itself in an embryonic stage. The traditional focus has been placed on the use of private law terms in tax law legislation and on the discussion on form and substance, tax avoidance and evasion. Thus the thesis represents a monograph on the topic. The thesis consists of five Parts (Part I-V).

2. The subject, its relevance, the hypotheses and issues regarding scientific method is analyzed in Part I. The *objective* of the Thesis is primarily to analyze the interdisciplinary relationship between tax law and Private law in Denmark from a theoretical macro-orientated angle. Secondly the objective of the thesis is to present a general model, which can be applied in the analysis of tax law and private law interaction. The focus is primarily tax law, and the contribution is aimed at improving the general tax law principles. Thus the final overall objective is to consider the position of tax law in the legal system as such.

The applied *scientific methods result* in statements *de lege lata*, *de lege ferenda* and *de sententia ferenda*.

In contradiction to the situation in several other countries the subject has not been profoundly analyzed in Danish legal science. The reasons for this may be many, but an obvious reason may be the historical lack of academical interest in tax law as such. The historical interest in countries such as Germany, Switzerland and Austria can be seen as an expression of recognition of the practical overlap between the disciplines. Such recognition is important due to the fact that modern business

Summary in English

implies multidisciplinary business advising by the solution of practical problems. Beginning by the last third of the 20th Century, Post-industrial service rendering business in Europe and North America has been characterized by a high and until then unseen degree of complexity. Hereby certain demands for interdisciplinary research arise. In the field of business advising, lack of knowledge across legal disciplines may lead to insufficient advice.

The importance of the subject is beyond doubt. Basically, most fact finding in tax law is based on private law. Taxation of business activities is thus based on the private law qualification and use of private law terms. From a theoretical point of view the subject is of utmost importance, since it regards the structure and position of tax law as such, and deals with the principle of legal security. The subject is, however, not only of theoretical interest. On the contrary, tax law and private law relations constitute a key problem in practice, which is emphasized by the increasing number of corrections of the taxable income made by the tax authorities. Such corrections have been seen on a regular basis in Danish law since 1919, whereby frequent tax law deviations from private law occur. Simultaneously it is important to be familiar with the use of private law terms in tax legislation, and for the tax legislator to be aware of potential problems arising when private law is not taken sufficiently into consideration.

Even though an immediate consideration shows no common points of coordination between tax law and private law, a more thorough analysis will show a common core inextricably connected despite differing contents and function of the legislation.

3. The lines of development in theory and practice are analyzed in Part II. The basic points of view are also presented in Part II. Finally Part II contains a background analysis regarding the relationship between corporate law and tax law and accounting law and tax law.

Regarding the lines of development in theory and practice it is concluded that, there is no tradition in Danish Law to make specific statements regarding tax law and private law relations in preparatory work concerning tax law statutes. This statement is verified by a random examination of such text materials. Often tax statutes make use of terms and concepts of a certain linguistic similarity to private law terms and concepts. Even in such situations no specific remarks regarding tax law and private law relation are made in the official documents. However,

as a general principle of interpretation legal terms must be used in their commonly known meaning, in so far such terms and concepts are used in tax legislation and no specific remarks are made in relevant sources of law relating to the statute in question. On several occasions tax legislation aim at making a detachment from private law. However, also on several occasions it is stated that tax authorities are as a starting point obliged to respect private law arrangements of the taxpayers.

In conclusion the general impression is that, *preparatory work* regarding tax law statutes suffers from an obvious lack of thorough analysis of tax law and private law relations or merely remarks concerning tax law and private law relations. In my opinion, the mentioned makes up a somewhat inappropriate situation. Such analysis or remarks could be introduced quite easily ad modum the analysis already carried out on the effects of the proposed tax legislation on tax yield, environment and EU law etc.

On the basis of an examination of Danish *case law* it is possible to conclude that, no general line of interpretation can be identified regarding the relationship between tax law and private law. Judicial authorities have not manifested a general opinion on tax law and private law relations through explicit *ratio decidendi* or the use of *obiter dictae*. The judicial decisions are beforehand marked by a natural casuism in tax law, and are often based on concrete circumstances. However, it must be acknowledged that courts' or tax authorities' remarks from time to time indicate that valid private law actions must be recognized for tax law purposes. A closer look at the judgments in question, however, leads to the conclusion, that no general guideline on tax law and private law relations can be extracted. Thus, it is not possible to conclude whether or not Danish courts and tax authorities support an idea of congruity between tax law and private law, or whether the mentioned in general supports an idea of tax law autonomy. The legal grounds have been unclear, why it additionally is not possible to conclude whether a specific tax law qualification, or lack of precise private law qualification is causing the occurring tax law detachments.

Legal theory on tax law and private law relations has led a quiet life so far in Danish legal tradition. However, it is possible to identify different opinions among scholars. The treatment by Danish scholars of the subject has so far been limited to a dogma point of view, according to which the tax law and private law relations are described by way of black-white schemes either resulting in a controlling function of private law or

Summary in English

resulting in statements involving tax law autonomy. The prevailing view taken by numerous authors is the opinion that private law takes a guiding position towards tax law. A leading Danish scholar has categorized the legal relation as follows, «... *Although it does not explicitly appear so from tax legislation, it is obvious that Danish tax law depends on and is guided by private law. In legal systematic, tax law is usually regarded as an independent discipline belonging to public law. In actual fact, however, tax law is intimately connected with private law concepts. The relations are so close that in a way private law guides tax law and has a decisive impact on its application, generally as well as specifically. The consequence is that the interpretation of tax legislation cannot be performed solely on a tax law basis, but implies a preliminary private law interpretation. In a way, tax law is a dependent discipline, which is incapable of taking care of it, but needs guidance from private law, just as the dog guides the blind man. The guiding function of private law is a result of the structure and nature of income taxation ...*»¹. In essence, and in its original version, this point of view implies private law prejudice and tax law respect of private law arrangements, concepts and terms etc. In other words, in accordance to this viewpoint the guiding function of private law leads to extensive congruity between tax law and private law. Furthermore it follows from this point of view that the primary occurrences of tax law detachments from private law only concerns tax abuse situations.

In recent time some scholars have taken the radical point of view that any tax law detachment from private law prerequisites a firm statutory authority for this. It is concluded, that such a point of view calls for considerable contradiction, since it is undifferentiated, and since no legal grounds for such statements can be presented with authority on the basis of the precedent of private law.

According to a different opinion some scholars advocate that tax law is basically autonomous. Only a few authors have supported the latter autonomy-point of view.

According to the prevailing opinion in Scandinavian law, private law concepts and terms often have varying meanings according to the functions and aims of the various rules. It has been recommended that tax law make use of this terminological flexibility, which may result in a situation where no tax law detachment from private law is necessary in

1. Cf. Jan Pedersen in *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. LXXXVIIa, 2002, p. 233 et seq.

many situations regarding the use of terms and concepts. It may be concluded that the terminological flexibility of private law terms and concepts does not represent a general explanation covering all tax law and private law interactions. The theory on terminological flexibility contributes to the clarification of whether a factual tax law detachment is present, or whether the tax law use of the term, concept etc. can be seen merely to constitute a usage of terms etc. within the flexible terminology and thereby not a tax law detachment from private law after all. The theory on terminological flexibility hereby eliminates certain problems – but only certain problems – of interaction between tax law and private law to the extent that it is concluded that no tax law detachment from private law has found place regarding the tax law use of private law terms and concepts.

4. Thus, the thesis presents a view upon tax law and private law relations in Danish Law differing from the traditional conception. This alternative is based on thoughts of *coordination*. This way of thinking is inspired by the development in particularly Swiss and German legal theory and case law. Based on this way of thinking the thoughts on coordination can be expressed by way of a basic view on coordination between tax law and private law, which may be applied as well in tax law design as in case law and legal science.

The thoughts on coordination imply a focus on the interactions where congruity is secured, the interactions where congruity is not secured, the interactions where congruity should be secured and the interactions where congruity should not be secured. Hereby the objective of the thesis is to bring forth a renewed interest in interdisciplinary legal coordination and to clarify the fundamental relationship between tax law and private law in Danish Law. Furthermore the thesis differs from the traditional view since a broader perspective is chosen, whereby as well the theoretical theme concerning the relationship between tax law and private law in principle as the related practical subjects are analyzed. Thus, the general results are applied on actual occurring legal interactions. Additionally the statements of the thesis apply as well for tax practice and judgments as for tax legislation from a policy point of view.

As a starting point, tax law can basically be seen as autonomous from private law. It can be assumed that tax law and private law are fundamentally independent and equal legal disciplines. None of the discipli-

Summary in English

nes take precedence over the other, why tax law is not tied up to private law. On the other hand, private law does establish precedent as regards the practical fact finding in tax law matters. Tax legislators, tax authorities and courts thus, from a theoretical point of view, may as a rough starting point keep tax law and private law separated in accordance with the statements presented by the basic points of view.

However, important considerations can be pointed out leading to the conclusion that the starting point should not be upheld unlimited. Thus, deviations from the basic contents of the basic points of view must be accepted to a certain – not quite significant – extent. The important considerations consist of the fundamental view that legal disciplines in general should not be allowed to undermine basic values and intentions in any other specific field of law. Fundamental structures of one part of the law (private law) must necessarily influence judgments in other parts of the law (as for instance tax law). Otherwise unacceptable inconsistencies between the different parts of the legal system may arise. Hereinafter private law should not undermine basic tax law values and intentions, as should tax law not undermine basic private law values and intentions. In so far these guidelines are not upheld, severe disturbances of the legal structures may occur. In each single case of occurring tax law and private law interaction a concrete weighing of affected values and intentions in private law and tax law should be carried out. On this basis it is possible to conclude whether or not important considerations should result in congruity with regard to the specific tax law and private law interaction.

The thoughts of coordination may result in either a demand for congruity or a need for congruity between tax law and private law. Thus, a *need* for tax law and private law congruity may occur on the basis of policy considerations, while a *demand* for congruity may occur on the basis of more or less certain statutory authority regarding the specific issue in question. The thought on interdisciplinary coordination may be clarified by pointing out essential parameters. Thus:

- The more important and fundamental a private law ideal, institute, value or intention,
- The more clarified and evident a private law phenomenon has been developed in statutory law and case law, hereby leaving little room of interpretation for the parties involved,

- The more appropriate private law reflects the economic substance of the transactions in question,
- The degree of certainty whereby it can objectively be stated that the tax legislator has presupposed the use of private law terms and concepts etc. in a private law meaning,
- The degree of certainty whereby it can objectively be stated that courts etc. has presupposed the use of private law terms and concepts etc. in a private law meaning,

the more should tax law pay attention to private law, i.e. congruity should be the objective. However, certain additional conditions should be fulfilled in order to put forth a demand or a need for congruity. Such conditions may be a general wish to obtain results in accordance with common sense, and a possibility to identify a private law position on the subject in question. Thus, a demand or a need for congruity is not valid in so far the subjects in question are not slightly identical or if private law has no solution for the question. Furthermore a rule of assumption can be presented, according to which private law is assumed to be decisive where no relevant sources of law exist from a tax law perspective.

It should be emphasized that no demand for statutory authority regarding tax law detachments from private law on the basis of the basic points of view can be put forth. The presented modification to the basic points of view ensures specific tax law considerations, of which the prevention against tax law abuse seems more important. However, other tax law considerations and political considerations may play a role.

It is concluded that tax law and private law relations consist of more than merely a treatment and an analysis of tax abuse. However, it is not hereby stated that tax law abuse as an issue of limited importance. On the contrary, tax law abuses presumably represent the single most important example of existing difficulties in tax law and private law relations. The thesis presents a somewhat broader view on the subject than the traditional focus on tax law abuse.

Tax law and private law interaction may take several forms. However, no generally accepted exhaustive catalogue or general consensus on potential interactions exists. In the thesis seven kinds of such interactions are presented.

(1) Primarily it is seen that tax law rely on private law in *fact finding*. As a part of this interaction recognition of the outcome of the Freedom

Summary in English

of contact represents an important issue. The interaction is relevant both by tax law design and by judicial decisions.

(2) In addition tax law makes *use of private law terms and concepts*, which accordingly are interpreted in a specific tax context. The reason for this is the obvious lack of specifically designed tax law terms and concepts, which may be explained by several factors². Knowledge about the use of private law terms and concepts is relevant matters for as well tax legislators as for interpreters and users of the tax legislation. A general demand for congruity based on legal authority cannot be set forth regarding the use of private law terms in tax legislation. However, this may be the case when private law terms and concepts are explicitly presupposed used in their private law meaning and understanding. In some cases private law terms have a broad and varying meaning, which may be taken over by the tax law usage of the same term. Hereby the extent and number of tax law deviations from private law is reduced. The difficulty of using private law concepts in their private law meaning is increasing when private law concepts are not clarified. Hereby a related interaction between tax law and private law occurs.

(3) Thus, an *independent tax law private law* may occur, whereby private law concepts are interpreted in a specific tax law meaning. Furthermore it may possibly occur that private law concepts are misunderstood by tax legislators or tax law interpreters that are assumed to be less skilful in the field of private law than in the field of tax law. In such situations a risk of uncertainty exists, which should be avoided and reduced.

(4) Furthermore the interaction between tax law and private law may occur by way of *problems in coordination*. The legal disciplines hereby may discourage or counteract each other whether intentional or unintentional. The type of interaction in question may e.g. occur when specific tax law terms are used without any linkage to private law terms etc. The problems of coordination can reach as far as resulting in the discouragement of private law values.

(5) In continuation of the abovementioned a field of interaction lies within the *use of specific tax law terms*. Certain problems arise when terms and concepts of a similar wording as in private law are used, but

2. Thus, the phenomenon may partly be explained by tradition, partly necessity, partly lack of superior alternatives and partly due to appropriateness.

it is not on the assumption that the terms and concepts are understood in their private law meaning.

(6) Furthermore tax law may have a *knock-on effect on private law*. Bearing in mind that taxes are burdens imposed on taxpayers, it seems evident that tax law may have an impact on private law. Thus the tax system may determine how the taxpayers will arrange actions and make use of the freedom of contract. Hereby tax law is of great importance to the choice between different alternatives and the contents hereof. Similarly the knock-on effect may occur due to the fact that concrete problems, which may rarely occur in private law, occur on a regular basis in the field of tax law. Hereby tax law may give rise to inspiration to private law solutions of similar circumstances. Finally the knock-on effect may give rise to a real knock-on, whereby tax law considerations are decisive in private law matters.

(7) Finally *private law rules of foreign countries may influence Danish tax law*. Thus, foreign private qualification of global income, taxable in Denmark, is essential. Similarly, the type of interaction is relevant by the Danish tax law qualification of foreign legal entities, if such entities are taxable in Denmark or may wish to qualify for specific beneficial tax rules.

Possible grounds of *tax law detachment* from private law can be elaborated. It should, however, be noted that no generally accepted exhaustive catalogue or general consensus on potential tax law detachments exists. The following grounds are commonly seen in Danish law, however, of a varying frequency: (a) the safeguarding of different values in tax law and private law, (b) the prevention of tax abuse (evasion and avoidance), (c) discrepancies between formality (form) and reality (substance), (d) coping with development in business life, (e) intentional or unintentional lack of coordination/a fragmentary technique in tax legislation design, (f) wrong preconditions due to a wrongful conception of private law, (g) avoiding to complicate legal tax laws, (h) practicability, (i) justice and (j) second tier consequences of a prior tax law detachment from private law.

The catalogue should not be considered as an attempt to present an exhaustive list of possible grounds of tax law detachment. It is assumed that the prevention of tax abuse and the pragmatic grounds are the most commonly seen and thereby represent the most important grounds.

It is not possible in an abstract manner to express which values etc. should be respected and which should not in tax law and private law

Summary in English

interaction from a policy point of view. A concrete evaluation is required in each interdisciplinary interaction between tax law and private law. Despite this circumstance potential grounds of tax law detachment are listed above in a non-exhaustive catalogue. The presented basic points of view implies a sophistication of the description of tax law and private law relations in Danish law. Hereby it has been a goal to set forth the foundation for the achievement of a permanent solution regarding the problems arising from interdisciplinary interaction between tax law and private law.

The general interaction between corporate law, accounting law and tax law is analyzed. It is concluded, that corporate law does not hold a different position from other branches of private law as far as the interaction with tax law is concerned. On the other hand, accounting law plays an important role in tax law fact finding.

5. Part III contains a legal comparison, where the development in theory and practice in German, Swiss, Swedish and Norwegian law is analyzed in depth. Thus an overview of the historical development is presented as well as the general opinion as of today in theory and practice in the respective legal systems.

In addition an international outlook is provided along with a brief presentation of potential aspects of tax law and private law interaction in international tax law. The value of the comparison mainly lies in the inspiration received in order to construct the presented theory on tax law and private law interaction.

6. In Part IV the theoretical framework of the thesis is confronted with actual interaction between tax law and private law. Thus a number of topics centered on Business Law are analyzed in depth.

A core issue is the possible reactions of the tax authorities towards taxpayers' arbitrary dealings, which is analyzed in accordance with the theoretical framework presented. Thus a confrontation takes place between the coordination theories. Another interesting issue is interaction on legal subjectivity and tax subjectivity as regards legal persons. The variety of tax law and private law interactions regarding this issue are analyzed. Furthermore tax law and private law interaction regarding the formation and incorporation of corporations is analyzed. Corporate residence also involves a number of interdisciplinary interactions, which

are analyzed, too. Finally tax law and private law interaction regarding corporate financing is analyzed.

7. In Part V the results of the thesis are summarized. Part V furthermore contains reflections regarding the value of the results. Finally it is concluded that the thesis has presented a new line of thinking regarding tax law and private law relations in Denmark. Instead of the traditional focus on either interdisciplinary autonomy or congruity, the thesis presents a basic point of view, which implies a certain degree of sophistication in tax law and private law coordination. It seems reasonable to conclude that the thoughts on coordination are suitable in order to deal with the complex interdisciplinary interactions between tax law and private law. Such a conclusion is supported by the confrontations in Part IV, under which actual interactions have been analyzed by the use of the coordination theory.

The coordination theory expresses sound goals for the legal system as such, and tax law in particular. It has been the objective of the thesis to present thoughts making way for a final solution regarding tax law and private interactions in Danish law. Thus, future alterations of the basic points of view may be needed. However, the width of the theory may reduce the potential need thereof. Apart from the recognition in the basic points of view it has been possible to formulate non-exhaustive catalogues over potential interdisciplinary tax law-private law interactions, and potential grounds of tax law detachment from private law. Even these catalogues may be altered in the course of time and should be maintained continuously, whereby new interactions and grounds of detachment may be recognized.

It should be emphasized that the basic points of view does not provide, and does not pretend to provide unavoidable statements of truth *de lege lata*, and thus does not reflect the prevailing attitude towards tax law and private law interactions in Denmark as of today. On the contrary, the thought on interdisciplinary coordination primarily consists of policy considerations. However, it should be noted that the presented way of thinking does not conflict directly with existing tax law theory, case law or legislation. The substantial value of the coordination thought is anticipated to lie within the mere presentation of a new pattern of thinking, the mere systematization and the presentation of methods of analysis. A pragmatic view may, however, more modestly imply hopefulness that the academical treatment of tax law and private relations

Summary in English

will lead to a badly needed increase in theoretical and practical treatment of the subject. The subject deserves such an increase, since it contributes to an essential understanding of the placement and nature of the tax law as a legal discipline and legal science. Such questions have so far been treated unsatisfactory. Tax law and private law interactions are complex. Legal Analysis of such complex interactions deserves patterns of thinking, which are wide ranging, and which are not limited to black and white theories on interdisciplinary autonomy or congruity. The thoughts on interdisciplinary coordination provide such a sophisticated line of thinking.

Thus it is concluded, that the theory of coordination should be maintained and contain valuable goals for the interaction between tax law and private law. In addition it is found, that the *analytical model* presented is an applicable concretization of the overall points of view. This analytical model has proven theoretical as well as practical acceptable as a tool for the analysis of legal interaction and coordination between tax law and private law.

Neither the presented basic points of view nor the analytical model is based on the legal order *de lege lata*, since they do not deal with the description of the present legal order. However, neither the basic points of view nor the analytical model should be seen as being in contradiction to the present practice and theory.

It does not seem possible to conclude whether an increasing emancipation or coordination has found place in Danish tax Law in recent years, since tendencies in both directions can be observed.

A characterization of the relationship between tax law and private law in Denmark can be done by way of a metaphor: tax law and private law relations are similar to a personal relationship between lovers, who are living together, unmarried and living without an obligation to remain faithful.

At the same time it is found legitimate to conclude that the presented basic points of view, the analytical model and the analysis itself should be seen as a renewed view upon the interdisciplinary interactions in question. Tax law and private law interaction is a complex legal matter. The analysis of such interaction deserves lines of thinking, which are not limited to black or white considerations on autonomy or dominance. To a certain extent the interaction is solved and can be solved by traditional legal interpretation. The theory on coordination provide a refined way of approaching the interaction between tax law and private

Summary in English

law and also represents a refined line of thinking. By way of applying the theory on coordination a focus on secured or not not secured congruity and on the needs of such congruity. Only the future will give us the answer as to whether the mission has been accomplished.

Anvendte forkortelser

ABL	Aktieavancebeskatningsloven
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFL	Afskrivningsloven
AO	Abgabenordnung
ApSL	Anpartsselskabsloven
ASL	Aktieselskabsloven
BB	Betriebs-Berater
Bekg.	Bekendtgørelse
Bet.	Betænkning
BF	Bindende forhåndsbesked
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichte
BIFD	Bulletin for International Fiscal Documentation
BverG	Bundesverfassungsgericht
CFC	Controlled Foreign Company
Cirk.	Cirkulære
DB	Der Betrieb
DBO	Dobbeltbeskatningsoverenskomst
DFI	Journal of Derivatives & Financial Instruments
DL	Danske Lov
DStJG	Tagungsbände der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft
DStR	Deutsche Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
EstG	Einkommensteuergesetz
ET	European Taxation
EU	Den Europæiske Union
FT	Folketingstidende
FUL	Fusionsskatteloven
GrEstG	Grundererwerbsteuergesetz
GRL	Grundloven
H	Højesterets dom
IAS	International Accounting Standard
IASC	International Accounting Standards Committee
IFA	International Fiscal Association
IFRS	International Financial Reporting Standards
IRC	Internal Revenue Code
ITPJ	International Transfer Pricing Journal
J	Juristen

Anvendte forkortelser

JUS	Juridisk Ugebrev Skat
JuS	Juristische Schulung
KGL	Kursgevinstloven
KSL	Kildeskatteloven
KstG	Körperschaftsteuergesetz
L	Lovforslag (nr.)
LEV	Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder
LL	Ligningsloven
LR	Ligningsrådets afgørelse
LSR	Landsskatteretskendelse
LSRM	Landsskatterettens afgørelser og meddelelser
LV	Ligningsvejledningen
NOU	Norges offentlige udredninger
NTS	Nordisk Tidsskrift for Selskabsret
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
R&R	Revision & Regnskabsvæsen
RAO	Reichabgabenordnung
RFH	Reichfinanzhof
RPL	Retsplejeloven
SEL	Selskabsskatteloven
SKD	Skatteministeriets Departement
SKL	Skattekontrolloven
SKM	Skatteministeriets nummering
SL	Statsskatteloven
SN	SkatteNytt
SOU	Sveriges Offentliga Utredningar
SpO	Skattepolitisk Oversigt
StApG	Steueranpassungsgesetz
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
SU	Skat Udland
SvSkT	Svensk Skattetidning
TfR	Tidsskrift for Retsvitenskap
TfS	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
TNI	Tax Notes International
Treas. Reg.	Treasury Regulation
TSS	Told & Skattestyrelsen
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom
VOL	Virksomhedsomdannelsesloven
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Ø	Østre Landsrets dom
ÅRL	Årsregnskabsloven

Litteraturfortegnelse

A

Aarbakke, Magnus

- Hvem har aktionærrettighederne? – Særlig om splitting og eierskifter, TfR 1993, s. 59 ff.
- Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem, Lov & Rett 1970, s. 1 ff.

Abrams, Howard E. & Richard L. Doernberg

- Federal Corporate Taxation, Foundation Press, 1998.

Advokatfirmaet Dahl, Koch & Boll

- Skatteretlig respons, 2001.

Agell, Anders m.fl.

- Studier i skatterett tillägnade Nils Mattsson, Iustus förlag, 1988.

Aldén, Stefan

- Regelkonkurrens inom inkomstskatterätten, N&S Förlag, 1998.

Almendal, Teresa Simon

- Skatteanpassade transaktioner och skattebrott, 2005, Norstedts Juridik.

Amstrup, Michael

- Kan man rette i uafhængige parter aftaler? SpO 1989, s. 297 ff.

Andersen, John Peter

- Stille selskaber og U 1978.205 VLD, UfR 1983 B., s. 373 ff.
- Stille selskaber og långivning, UfR 1984 B., s. 380 ff.

Andersen, John Peter m.fl.

- Skattesystemet – en elementær fremstilling, Nyt juridisk forlag, 1997.

Andersen, Jon

- Forvaltningsret – Sagsbehandling, hjemmel, prøvelse, Forlaget Thomson, 2000.

Andersen, Jørgen

- Aktieselskabsbeskatning m.m., FSR, 1966.

Andersen, Lennart Lyng

- Fra stiftelse til fond, Gjellerup, 2002.
- Lærebog i fondsret, 2. udg., Gadjura, 1998.

Andersen, Lennart Lyng, m.fl.

- Holdingselskaber, Gadjura, 1998.

Andersen, Lennart Lyng, m.fl.

- Festschrift til Bernhard Gomard, Forlaget Thomson, 2001.

Andersen, Lennart Lyng & Palle Bo Madsen

- Aftaler & mellemænd, 4. udg., Forlaget Thomson, 2001.

Litteraturfortegnelse

Andersen, Lennart Lynge & Erik Werlauff

- Finans & Kredit, 2. udg., Gad, 1995.
- Kreditretten, 3. udg., Forlaget Thomson, 2000.

Anthon, V.

- Statsskatteloven, 1928.

Arnt Nielsen, Peter

- International privat- og procesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997.

Arvidsson, Richard

- Dolda vinstöverföringar, Juristförlaget, 1990.

Arvidsson, Richard, Peter Melz & Christer Silferberg

- Festschrift til Gustaf Lindencrona, Norstedst Juridik, 2003.

Askholt, Steen

- Fikseret rente – afklaring på vej, SR-Skat 1994, s. 162 ff.

Atiyah, P. S., & Robert S. Summers

- Form and Substance in Anglo- American Law, Clarendon press, 1987.

Ault, Hugh J. (red.)

- Comparative income taxation – A Structural analysis, Kluwer, 1997.

Ault, Hugh J.

- The Impact of Tax Rules on Corporate Governance, SkatteNytt, 1997, s. 141 ff.

Avery Jones, John F. m.fl.

- Characterization of other states' partnerships for income tax, BIFD 2002, s. 288 ff.

B

Bak-Pedersen, Vibeke

- Gennemgang af vedtagne ændringer til IAS 32 og IAS 39, R&R 2004/4, s. 18 ff.

Baldvinsson, Cato m.fl.

- Dansk bankvæsen, 4. udg., Forlaget Thomson, 2000.

Banner-Voigt, Erik & Søren Rasmussen

- Aktieløn, 3 udg., Forlaget Thomson, 2004.

Banner-Voigt & Jens Wittendorff

- Taxation of Hybrid Instruments, Journal of Derivatives & Financial Instruments, 2000, s. 3 ff.

Banoun, Bettina

- Omgåelse av skattereglene – En studie av Høyesterettspraksis, Cappelen, 2003.
- Skatterettslig omgåelse, TfR 1998, s. 913 ff.
- Tax Avoidance Rules in Scandinavian and Anglo-American Law, BIFD 2002, s. 485 ff.

Ball, Kurt

- Steuerrecht und Privatrecht – Theorie des selbständigen Steuerrechtssystem, J. Bensheimer, 1924.

Basse, Ellen Margrethe & Henrik Zahle (red.)

- To reguleringstraditioner – Om sontringen mellem offentlig ret og privatret, Gadjura, 1996.

Bechmann, Tor

- Aksjekapitalforhøvelser i et skatteretsslig perspektiv, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/1997.

Bendi, Lene

- Skatteretlige aspekter ved ulovlige aktionærlåns indfrielse, Tfs 1995, 531.

Bengtsson, Bertil

- Om civilrettens splittring, i festskrift til Kurt Grönfors, Lars Gorton m.fl. (red.), 1991.

Bergström, Sture

- Arv og Skatt, SkatteNytt 1979, s. 381 ff.
- Begreppet virkelig innebörd i skatterätten, SkatteNytt 1976, s. 139 ff.
- Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synsvinkel, Liber Förlag, 1984.
- Privaträttslig oliltighet och beskattning, 31. Nordiske Juristmøde, Del I, 1987, s. 94 ff.
- Private law and Tax Law, Scandinavian Studies in Law, 1979, s. 33. ff.
- Skatter och civilrätt – En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang. Liber Förlag, 1978.

Berning, Jesper

- Finansieringsret, Gad, 1977.

Betænkning

- Nr. 540: Om fællesnordisk aktieselskabslovgivning, 1969.
- Nr. 945: Betænkning fra udvalget om eventuel styrkelse af lovfortolkningen inden for skatteadministrationen, 1982.
- Nr. 1048: Rapport fra Kulbrintebeskatningsudvalget, Skatteministeriet, 2001.
- Nr. 1050: Kursgevinster og kurstab, Skattelovrådets udtalelse om Den skattemæssige behandling af investeringer i finansielle fordringer, 1985.
- Nr. 1187: Fortolkningen af love og domstolsafgørelser. Betænkning fra arbejdsgruppen vedrørende fortolkningen af love og domstolsafgørelse.
- Nr. 1230: Børsnoterede selskaber – Oplysningspligt, navneaktier, nominee-ordningen, kontrol, 1992.
- Nr. 1388: Transaktioner mellem nærtstående parter. Delbetænkning IV afgivet af Justitsministeriets udvalg om økonomisk kriminalitet og datakriminalitet, 2000.

Birk, Dieter

- Steuerrecht I – Allgemeines Steuerrecht, 2. udg. Verlag C.H. Beck, 1994.

Bjare, Peter Rose & Søren Sønderholm

- Kursgevinst ved konvertering af gæld til indskudskapital i ApS, Tfs 1996, 767.

Litteraturfortegnelse

Bjerg Hausgaard, Otto & Peder Harbjerg Reuther

- Hybrider i selskabsretten, J 2000, s. 38 ff.

Bjerke, Joachim M.

- Internprissetning, Tano-Ascheoug, 1997.

Bjørn, Anders

- Transaktionsomkostninger – accessoriske udgifter (fradragsberettigede udgifter) eller etableringsomkostninger, R&R 2004 SM 236 ff.

Bjørn, Ole

- Beskatning af fikserede vederlag, R&R 1977, s. 277 ff.
- Fikseret vederlag – et forsøg på at gøre status, SpO 1999, s. 54 ff.
- På sporet af den tabte tid?, SpO 1992, s. 334 ff.

Blencke, Hans

- Gestaltungsfreiheit im Steuerrecht und ihre Grenzen, 4. udg. Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1979.

Block, Cheryl D.

- Corporate Taxation, Aspen Law & Business, 1998.

Blumberg, Phillip I.

- The Multinational Challenge to Corporation Law – The Search for a New Corporate Personality, Oxford University Press, 1993.

Blumenstein, Ernst & Peter Locher

- System des Steuerrechts, 5. udg., Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.

Bolander, Jane

- Gave, tilskud og udbytte i relation til kursgevinstloven, TfS 2000, 864.
- Skat ved gældseftergivelse, Forlaget Thomson, 1999.

Bonde Eriksen, Hans Henrik & Kurt Hansen

- Betalingskorrektion, omgørelse, skatteforbehold, Forlaget Thomson, 2003.

Brehm, Bernhard m.fl.

- Handelsrecht, Gesellschaftsrecht und Steuerrecht, Schäffer Poeschel, 2001.

Bryde Andersen, Mads

- Enkelte transaktioner – aftaleretten III, Gjellerup, 2004.
- Grundlæggende aftaleret, 2. udg., Gjellerup, 2002.
- Ret & Metode, Gjellerup, 2002.
- Retsmisbrug i formueretten, UfR 2002 B., s. 66 ff.

Bryde Andersen, Mads & Joseph Lookofsky

- Lærebog i obligationsret I, Thomson, 2000.

Bundgaard, Jakob

- Aktie- og anpartsselskabers skatteretlige hjemsted – Er registreringskriteriet afgørende for skattepligten?, SU 2005, 183.
- Aspekter af skatterettens civilretlige relationer – belyst ved selskabs-skattelovens § 11, SR-Skat 2000, s. 228 ff.
- Beskatning af SE-selskabet – en oversigt, SR-Skat 2004, s. 73 ff.
- Den skatteretlige behandling af transaktioner foretaget i skattebesparelsesøjemed, del I, TfS 2003, 299.

- Den skatteretlige behandling af transaktioner foretaget i skattebesparelsesøjemed, del II, TfS 2003, 316.
- Efter Lankhorst-Hohorst- nationale værn mod tynd kapitalisering i ny indpakning, SU 2004, 207.
- Holdingselskabers fradrag for etableringsomkostninger, TfS 2004, 671.
- Hvad er realiterne? – Bemærkninger til den første landsskatteretskendelse i tilbagesalgskomplekset, TfS 2004, 68
- Koncernskatteretlige neutralitetsstudier, Gadjura, 1998.
- Lidt mere om konvertible obligationer i skatte- og civilretten – TfS 2003, 113 revisited, TfS 2003, 523.
- On Tax Law and Private law Relations, i Scandinavian Studies in Law, Volume 44, Tax Law, Published under the auspices of The Stockholm University Law Faculty, 2003, s. 77 ff, genoptrykt i SR-Skat 2002 s. 396 ff.
- Regnskabet & skatteretten (I) – Årsrapportens civilretlige forudsætninger, SR-Skat 2002, s. 126 ff.
- Regnskabet & skatteretten (II) – Årsrapportens skatteretlige effekt, SR-Skat 2002, s. 224 ff.
- Sekundære korrektioner, Revision & Regnskabsvæsen 2003/3, s. 45 ff.
- Skatteretlig kvalifikation af udenlandske selskaber og fonde mv., SU 2002, 298.
- Skatteret og civilret – nok engang – duplik til Vinther og Werlauff, TfS 2003, 995.
- Tilskud som skatteretlig konstruktion, SpO 2004, s. 355 ff.
- Transfer pricing systematik – bemærkninger foranlediget af TfS 2000, 253 LSR, TfS 2000, 736.
- Tynd kapitalisering – en skatteretlig fremstilling, Thomson, 2000.
- Vilkårskorrektion og omgørelse, SR-Skat 2003, s. 43 ff.
- Bundgaard, Jakob & Jens Wittendorff*
- Armslængdeprincippet & Transfer pricing, Magnus Informatik, 2001.
- Burgers, Irene J. J. & Huub M.M. Bierlaagh*
- Some tax Aspects of Guarantees, Letters of Comfort and Keep-Well Agreements between Group Companies, BIFD 1998, s. 81 ff.
- Burke, Karen C.*
- Federal Income Taxation of Corporations and Stockholders, Thomson, 2002.
- Byskov Petersen, Torben*
- Selskabstømning – udbyttebeskatning, TfS 1999, 193.
- Børjesson, Jan m.fl.*
- Kursgevinstloven med kommentarer, 2. udg., Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2004.

C

Christiansen, Eivind

- Beskatning af aktionærer, 3. udg. Forlaget Magnus, 1998.

Litteraturfortegnelse

Christiansen, Tommy V.

- Anskaffelsestidspunktet for aktier erhvervet i henhold til tegningsretter, TfS 1994, 141.
- Hvornår er driftsmidler anskaffet?, R&R 1984, s. 241 ff.

Christensen, Bent

- Forvaltningsret – Opgaver, Hjemmel, Organisation, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997.

Christensen, Erna, Alex Dalgaard & Erik M. Hansen

- Selskabsbeskatning, 24. udg. Kommuneinformation, 2004.

Christoffersen, Jonas & Niels Bang Sørensen

- Støtteerklæringer, R&R 1999/11, s. 8 ff.

Cooper, Graeme S.

- The Debt-Equity Distinction in Australian Tax Law, BIFD 2003, s. 338 ff.

Cort Hansen, Lars

- Tynd kapitalisering – armslængdeprincippet, SU 2000, 55.

Couzin, Robert

- Corporate Residence and International Taxation, IBFD, 2002.

Crezeliu, Georg

- Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung – Grundlagen für eine liberale besteuungspraxis, Verlag Neue Wirtschafts Briefe, 1983.

Culbertson, Rob & Jaime King

- U.S. Rules on Earnings Stripping: Background, Structure, and Treaty Interaction, TNI 2003, s. 1161 ff.

D

Dalberg-Larsen, Jørgen

- Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og praksis, Akademisk forlag, 1994.

Dalberg-Larsen, Jørgen & Bettina Lemann Kristiansen (red.)

- Om retsprincipper, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.

Dalby Madsen, Søren

- Afkast af fordringer – valg mellem rente og kursgevinst, SR-Skat 2004, s. 186 ff.

Dam, Henrik

- Fire vægge gør intet hjem – om selskabers hjemsted, i Generations-skifte i ret og praksis, Lise Dybedahl (red.), 1999, s. 278 ff.
- Rette indkomstmodtager – allokering og fiksering, 2005, Forlaget Thomson.

Dam, Henrik & Søren Friis Hansen

- Sikkerhedsstillelse med garanti for problemer, UfR 2000, B., s. 352 ff.

Dam, Henrik, Kjeld Hemmingsen & Finn Taksoe-Jensen

- Skatteret – Almen del 2003, Magnus Informatik, 2003.
- Skatteret – Speciel del 2003, Magnus Informatik, 2003.

Davies, Paul L.

- Gower's Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, 1997.

Dreyer, Jens m.fl.

- Afskrivningsloven – en lovkommentar, Forlaget Magnus, 1999.

Dübeck, Inger

- Aktieselskabernes Retshistorie, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1991.

Dyrbye, Ernst

- Hvorvidt interessentskabet er en juridisk person, UfR 1984 B., s. 158 ff.
- Om andelsselskabet som begreb, UfR 1996 B., s. 13 ff.
- Registreringspligt efter virksomhedsloven, UfR 1998 B., s. 130 ff.

E

Eggert Møller, Mogens

- Fortolkningen af skattelove, R&R 1965, s. 151 ff.

Eide, Erling

- Rettsøkonomi for offentlig rett, Universitetsforlaget, 1999.

Elmer, Michael & Lise Skovby

- Ejendomsretten 1, 4, udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1999.

Ekelöf, Per Olof

- I Svensk Juristtidnings Festskrift för Birger Ekeberg, 1950, s. 151 ff.
- Juridisk slutledning och terminologi, TfR 1945, s. 211 ff.
- Til frågan om rättighetsbegreppet, TfR 1946, s. 309 ff.

Emge, C. A.

- Gratisaktien und Steuern – Grundfässliche Erwägungen über die Beziehung des Zivilrechts zum Steuerrecht, Spaeth & Linde, 1923.

Engholm Jacobsen, Jens Olav

- Selskabsskatteloven med kommentarer, Gad, 1997.

Engisch, Karl

- Einführung in das juristische Denken, Kohlhammer, 1983.

Engsig Sørensen, Karsten & Poul Runge Nielsen

- EU-retten, 3 udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.

Erhvervsministeriet m.fl.

- Debatoplæg om aktivt ejerskab, 1999.

Eriksen, Claus Hedegaard

- Myndighedernes adgang til at korrigere i parternes værdiansættelse, RETTID 2005, s. 4 ff.

Eriksen, Lars

- Ledelsens sæde som grundlag for fuld skattepligt, SU 1995, 174.
- Ledelsens sæde – status ét år efter, SU 1996, 150.

Evald, Jens

- Om »forholdets natur«, Rettid, 2002, s. 100 ff.
- Retskilderne og den juridiske metode, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.

Litteraturfortegnelse

- Retsmisbrug i formueretten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.

Evald, Jens m.fl.

- Om retspolitik, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.

F

Falk, Lena & Claus Pedersen

- Skatteplanlægning i internationale koncerner, FSR's forlag, 1996.

Faust Pedersen, Henrik

- Fuld skattepligt for udenlandske selskaber som ledes fra Danmark, SU 1995, 161.

Feldthusen, Rasmus Kristian

- Trusts, Forlaget Thomson, 2002.

Feilberg Jørgensen, Jens

- Omgåelse af retsregler, Juristforbundets forlag, 1966.

Flume, Werner

- Steuerwesen und Rechtsordnung, Nachdruck des Beitrages zur Festschrift Smend, 1952, Rechtsordnung und Steuerwesen, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1986.

Flämig, Christian

- Gesellschaften und Steuerrecht, Juristische Schulung 1978, s. 662 ff.

Fode, Carsten & Noe Munck

- Valg af selskabsform, GadJura, 2000.

Fogh, Lars & Preben Underberg Poulsen

- Anskaffelsestidspunktet for nytegnede aktier, Tfs 1994, 218.

Foreningen af statsautoriserede revisorer

- Internationale regnskabsstandarder, 1-39, Thomson, 2000.

Foighel, Isi

- Skatteudnyttelse – betydningsfuld disputats på skatteområdet, R&R 1990/5, s. 60 ff.

Frank, Michael

- Skattemæssig tilsidesættelse af visse udenlandske selskaber, Tfs 1988, 62.

Friis Hansen, Søren

- At være eller ikke at være selskabsdeltager – det er spørgsmålet – Om kvalifikation af komplementarer og interessenter i dansk civilret og skatteret, SpO 2004, s. 98 ff.
- Europæisk koncernret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1995.
- Kommanditselskaber – og det der ligner i krydsfeltet mellem selskabsret og skatteret, SpO 2003, s. 1 ff.
- SEL § 2 A; Det sorte hul – Om selskabsskattelovens § 2 A og gældende fællesskabsret, SpO 2004, s. 415 ff.
- Selskabers fri bevægelighed – Hovedsædteorien er død – registreringsteorien længe leve, NTS 2003, s. 431 ff.

Friis Hansen, Søren & Jens Valdemar Krenchel

- Lærebog i selskabsret I, GadJura, 1999.

- Lærebog i selskabsret II, Forlaget Thomson, 2000.
- Dansk selskabsret III, Forlaget Thomson, 2003.
- Friis Jørgensen, Rasmus*
- Gældsforpligtelser i årsrapporten, R&R 2002/6, s. 6 ff.

G

- Gam, Henrik m.fl.*
- International beskatning – en introduktion, Forlaget Thomson, 2000.
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl.*
- Forvaltningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.
- Garde, Jens m.fl.*
- Forvaltningsret – almindelige emner, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.
- Glistrup, Mogens*
- Skatteret, G.E.C. Gad, 1957.
- Godsk Pedersen, Hans Viggo*
- Bankgarantier, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.
- Kaution, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.
- Gomard, Bernhard*
- Almindelig kontraktsret, 2. udg., Jurist- og økonomforbundets forlag, 1996.
- Introduktion til obligationsretten, Juristforbundets forlag, 1979.
- Obligationsret 1. del, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1998.
- Obligationsret 2. del, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1995.
- Obligationsret 3. del, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1993.
- Obligationsret 4. del, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1994.
- Selskabsretten, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1999.
- Graff Nielsen, Jacob*
- Generelt om legalitetskravet ved beskatning, SpO 2002, s. 192 ff.
- Legalitetskravet ved beskatning – De forfatnings- og forvaltningsretlige rammer, Forlaget Thomson, 2003.
- Legalitetsprincippet byggesten – er fundamentet i orden?, J 2004/4.
- Gram Jensen, Svend*
- Om skatterettens egenart, i Ånd & Rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, 1997, s. 493 ff.
- Skattemyndighedernes kompetence, 2. udg., GadJura, 1996.
- Groh, Manfred*
- Das Steuerrecht als unerwünschte Quelle des Gesellschaftsrechts, BB 1984, s. 304 ff.
- Grosskopf, Göran*
- Finn det en särskild skatterättslig civilrätt, i festskrift til Kurt Grönfors, 1991, s. 211 ff.
- Grosskopf, Göran & Kurt Grönfors*
- Civilrätt och skatterätt – hönan och ägget, SkatteNytt, 1990/6.

Litteraturfortegnelse

Guldmann Hansen, Jan

- Betingelser i tegningsrets- og aktieoptionsaftaler, SR-Skat 2000, s. 309 ff.
- Skattemæssig omkvalifikation af selskabsstiftelser, kapitalforhøjelser, kapitalnedsættelser og udbytte – er praksis i bevægelse?, SR-Skat 2003, s. 204 ff.
- Skattemæssig omkvalifikation af selskabsretlige dispositioner – seneste praksis, SR-Skat 2004, s. 50 ff.

Gäverth, Leif

- Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor – en skatterättslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med under- respektive överkapitaliserade bolag, Uppsala Universitet, 1998.
- Stödbrev – Borgensliknande handlingar utställda företrädevis för svagt kapitaliserade bolag, Iustus, 1994.

H

Haagen Jensen, Claus & Carl Aage Nørgaard

- Administration og borger, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1988.

Hagstedt, Jan Anders

- Om beskattning av stiftelser, P A. Norstedt & Söners förlag, 1972.

Halling-Overgaard, Søren & Birgitte Sølvkær Olesen

- Generationsskifte, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.

Hansen, Jan & Lene Hjerminde

- Fra årsrapport til skatteregnskab for selskaber, Forlaget Thomson, 2002.

Hansen, Jan Steen

- Skattemæssig ejendomsret – en kommentar til TfS 2005, 885 VL, TfS 2005, 1016.

Hansen, Øyvind & Ingen Nilsson

- Realitetsgrundsætningen – en kommentar til TfS 2002, 720, TfS 2003, 326.

Hansen, Søren Jesper

- Købe- og salgsretter i relation til afståelse, TfS 1997, 409.

Harbjerg Reuther, Peter

- Aktieselskabslignende selskaber – hæftelse, TfS 2003, 653.
- Aktieselskabslignende selskab eller forening – afgrænsningsspørgsmål, TfS 2003, 665.

Harboe Wissum, Christian

- Comfort letters – støtteerklæringer i finansieringsforhold, UfR 1986 B., s. 340 ff.

Hariton, David P.

- Distinguishing Between Equity and Debt in the New Financial Environment, Tax Law Review, 1994, s. 499 ff.

Hartvig Jacobsen, J.

- Skatteretten – systematisk fremstilling, Nordisk Forlag, 1950.

Hasselbalch, Ole

- Foreningsret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.

Hasselbalch, Ole (red.)

- Juridisk Forskning, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.

Hastrup Andersen, Mette

- Skatteretlig genoptagelse – i forvaltningsretlig belysning, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.

Hauge, Harald

- Realisasjonsprincippet som periodiseringsregel, Universitetsforlaget, 2001.

Haverals, Jacqueline

- International Accounting Standards and International Financial Reporting Standards in Belgium: The Revaluation of the Relationship between Accounting and Taxation, ET 2005, s. 199 ff.

Hedegaard Kristensen, Lars

- Studier i erhvervsfinansieringsret – sikkerhed i fordringer – efterstillede kreditter, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.

Hedetoft Madsen, Liselotte

- Beskatning ved deltagelse i personselskaber, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.

Hein Bertelsen, Sune

- Indtægtsførelse af bestyrelshonorarer i virksomhedskonsulentselskab, TfS 2002, 267.

Heje Mikkelsen, Jytte, m.fl.

- Virksomheder eller hybrider, J 2000, s. 110 ff.

Helkett, C.

- Opgørelse af den skattepligtige formue, 5. udg., G.E.C. Gad, 1983.

Hellner, Jan

- Betaling av misstag – civilrätt och skatterätt, SkatteNytt 2001/1.
- Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt, Jure, 2001.

Helmers, Dag

- Kringgående av skattelag – Studier i svensk och utländsk beskattningsrätt, Almquist & Wiksell, 1956.

Helminen, Marjaana

- Beneficial Ownership of Dividends, ET 2002, s. 454 ff.
- Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments, BIFD 2004, s. 56 ff.
- The Dividend Concept in International Tax Law – Dividend Payments Between Corporate Entities, Kluwer, 1999.

Hemmingsen, Kjeld

- Driftsomkostninger i teori og praksis, Magnus Informatik, 2003.

Hermann, Alf

- Skatteretlig analogi – et debatoplæg, TfS 1998, 661.

Litteraturfortegnelse

Herz, Harald

- Die Einordnung grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften in das geltende System der Einkommensbesteuerung von Gesellschaften, Schriften zum Steuerrecht, Band 56, Duncker & Humblot, 1997.

Hjermind, Lene

- Beskatning af andelshavere, R&R 1989/11, s. 10 ff.
- Anvendelsesområdet for aktieavancebeskatningsloven, TfS 2001, 342.

Holm, Svend Erik

- Afsmitning – indkomstflytning, SpO 1994, 86 ff.
- Forretningsmæssig begrundelse, R&R 2000 SM 347 ff.
- Lovhjemmel – lejefiksering, R&R 2001 SM 372 ff.

Homburg, Stefan

- Allgemeine Steuerlehre, 2. udg., Verlag Vahlen, 2000.

Homilius, Christian

- Rette indkomstmodtager, ligningslovens § 2, realitetsgrundsætning, lighed etc., SpO 2000, s. 333 ff.

Hopt, Klaus J. m.fl.

- Handelsgesetzbuch, 30 udg. Verlag C. H. Beck, 2000.

Hultquist, Anders

- Legalitetsprincippet ved indkomstskatningen, Juristforlaget, 1995.

Høgsberg Kristensen, Svend

- Beskatning af koncerner, Gad, 1981.

Höhm, Ernst & Robert Waldburger

- Steuerrecht, Band I, 8. udg. Verlag Paul Haupt, 1997.

Hørlyck, Erik

- Aktieselskaber, Juristforbundets forlag, 1974.
- Dansk andelsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.
- Erhvervsdrivende virksomheder, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1994.
- Interessentsskaber og konsortier, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1996.

I

International Fiscal Association

- Cahiers de droit fiscal international, Vol 2., Would the incorporation of fiscal law in a separate system independent of other branches of the law, tend to facilitate international agreement?, 1939.
- Cahiers de droit fiscal international, Vol. 72 a, The fiscal residence of companies, 1987.
- Cahiers de droit fiscal international, Vol., 74a, The disregard of a legal entity for tax purposes, 1989.
- Cahiers de droit fiscal international, Vol., 81 b, International aspects of thin capitalization, 1996.
- Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVa, Kluwer, 2000.
- Cahiers de droit fiscal international, Vol LXXXVIIa, Form and substance in tax law, Kluwer, 2002.

- The Influence of Corporate Law and Accounting Principles in Determining Taxable Income, 1996.
- Iversen, Bent (red.)
- Juridiske emner ved Syddansk Universitet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.
- Iversen, Torsten
- Støtteerklæringer, Gad, 1994.
- Iversen, Torsten m.fl. (red.)
- Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.

J

- Jacob, Friedhelm
- German tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross Border Transactions, BIFD 2000, s. 442 ff.
- Jakobs, Horst Heinrich m.fl. (red.)
- Festschrift für Werner Flume, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1978.
- Jakhelln, Henning
- Ansvarlig lånekapital, TfR 1967, s. 422 ff.
- Jappe, Morten & Lars Bo Nielsen
- Salg af aktier til udstedende selskab eller bare salg?, TfS 2004, 315.
- Jensen, Jørgen
- Mezzanin kapital, Inspi 2002/4, s. 21 ff.
- Jensen, Martin K.
- Overkurs eller tilskud, TfS 2004, 706.
- Jensen, Poul & Ole Steen Jørgensen
- Egenkapitalregler i selskabslovgivningen, RevisionsOrientering E.1., 1991.
- Jensen, Torben m.fl. (red.)
- Højesteret 1661-1986, Særnummer af Ugeskrift for Retsvæsen, G.E.C. Gad, 1986.
- Joseph, Anton
- Debt-Equity Characterization and Cross-Border Investment: Australia and the United States, Journal of Derivates & Financial Instruments, 2004, s. 216 ff.
- Josephsen, Niels
- Dansk Krigs-Søforsikring for varer – hvorledes skal garantierne ved indkomstopgørelsen behandle likvidationsprovenu, TfS 1998, 589.
- Double dip og Check-the-box, SR-Skat 2000, s. 291 ff.
- Elevatormodellen, R&R 2005 SM 238 ff.
- Er der indført en 3+ % kapitaltilførselsafgift i Danmark?, R&R 2004 SM 202 ff.
- Tynd kapitalisering – herunder reglernes betydning for filialer, SU 1999, 7.
- Jul Clausen, Nis
- Sikkerhed i fordringer, 3. udg., GadJura, 2000.

Litteraturfortegnelse

Jul Clausen, Nis (red.)

- Nye tendenser i skandinavisk selskabsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1995.

Jul Clausen, Nis & Karsten Engsig Sørensen

- Ekspertundersøgelse vedrørende åbenhed om aktiebesiddelser, 2000.

Juul Hansen, Henrik & Noe Munck

- Det stille selskab som selskabsform – det indre selskab, UfR 1999 B., s. 437 ff.

Juul Kjær, Jane & Louise Lillebæk Johansen

- Begrebet erhvervsvirksomhed særligt i relation til ligningslovens § 8 J, TfS 2001, 98.

Jørgensen, Stig

- Kontraktsret, 1. bind, Juristforbundets forlag, 1971.
- Kontraktsret, 2. bind, juristforbundets forlag, 1972.
- Træk af privatrettens udvikling og systematik, Acta Jutlandica, Skrifter fra Aarhus Universitet, 1966.

K

Kelgren, Jan

- Mål och metoder vid tolkning av skattelag, Iustus, 1997.

Kerzel, Malene

- Beskatningen af fikserede (leje)vederlag – set i lyset af TfS 2004, 714 Ø.
- Hovedaktionærdispositioner i skatteretlig belysning, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.

Kirchhof, Paul m.fl. (red.)

- Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel, C.F. Müller Verlag, 2000.

Kjølbye, Niels Th.

- De nye selskabslove, Industrirådet, 1973.

Klingelhöffer, Hans

- Die Bedeutung des Steuerrechts bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen, DStR 1997, s. 544 ff.

Klingsten, Mette & Henrik Peytz

- Ligningsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.

Knobbe-Keuk, Brigitte

- Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?, Rechtsordnung und Steuerwesen, Band 4, Dr. Otto Schmidt, 1986.

Knobbe-Keuk, Brigitte m.fl. (red.)

- Handelsrecht und Steuerrecht – Festschrift für Georg Döllerer, IDW-Verlag, 1988.

Kobbernagel, Jan

- Direktøren – En håndbog for erhvervslivets ledere, 3. udg., Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1987.

Kobor, Hagen

- Die Auslegung im Erbschaftsteuerrecht: die Erbschaftsteuer zwischen Zivilrecht und Ertragssteuerrecht, Schriften zum Steuerrecht, Band 68, Duncker & Humblot, 2000.

Koch-Nielsen, Robert

- De faktiske økonomiske forhold, SpO 1975, s. 101 ff.
- Indkomstkatten, Berlingske lov og ret, 1970.
- Omgåelse og pro forma. Begrebernes betydning og afgrænsning i skatteretten, UfR 1970 B., s. 103 ff.
- Skatteplanlægningens grænser – grænser for skatteplanlægning, SpO 1984, s. 46 ff.

Koller, Thomas

- Privatrecht und Steuerrecht – Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Verlag Stämpfli & Cie, 1993.
- Privatrecht und Steuerrecht – Ein erschöpftes Thema?, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1995, s. 92 ff.

Kramer, Jörg-Dietrich

- Tax Avoidance, Tax Evasion, and Tax Fraud – German National Rules, TNI 2001, s. 1085 ff.

Krarup, Ole

- Øvrighedsmyndighedens grænser, Juristforbundets forlag, 1969.

Krenckel, Jens Valdemar & Søren Friis Hansen

- Refleksioner over foreningsbegrebet, UfR 1997 B., s. 273 ff.

Krüger-Andersen, Paul

- Aktie- og anpartsselskabsret, 8 udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.
- Studier i dansk koncernret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997.
- Krüger-Andersen, Paul (red.)*
- Selskabers organisation – Nye tendenser i skandinavisk (2), Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997.

Krüger-Andersen, Paul, Mette Neville & Niels Winther-Sørensen

- Festskrift til Aage Michelsen, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.

Krüger-Andersen, Paul m.fl.

- Dansk privatret, 13. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.

Krüger Andersen, Paul m.fl.

- Anparter i juridisk, skattemæssig og økonomisk belysning, Forlaget Systime, 1987.

Kuylentier, Carl W. U.

- Skatterätt och privaträtt, Förvaltningsrättslig tidskrift, 1950/1, s. 19 ff.
- Om skattefordran och skatterestitution, SvSkT 1950, s. 117 ff.

L

Lamers, Auke W.G. & Ton J.A. Stevens

- Classification of Foreign Entities and Classification Conflicts: Netherlands' Developments, Intertax 2005, s. 240 ff.

Litteraturfortegnelse

Lando, Ole

- Kort indføring i komparativ ret, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.

Landt, Henrik & Hans-Jørgen Mailand

- Beskatning af selskaber og foreninger, Gad, 1979.

Lang, Michael

- Hybride finanzierungen im Internationalen Steuerrecht – rechtsgrundlagen der Doppelbesteuerungsabkommen zur beurteilung von Mischformen zwischen Eigenkapital- und Fremdkapital, Orac, 1991.

Langhave Jeppesen, Inge

- Skatteretlig periodisering, Forlaget Thomson, 2005.

Langsted, Lars Bo (red.)

- Selskabers kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3), Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1999.

Larenz, Karl

- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. udg., Springer-Verlag, 1991.

Lau Hansen, Jesper

- Informationsmisbrug, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.

Lauesen, Niels

- Den skattemæssige kvalifikation, SpO 1989, s. 341 ff.
- Om generalklausulen i dansk skatteret og praksis, TfS 1993, 85.

Led-Jensen, Carsten

- Beskatning af lønindkomst – herunder aktiebaserede aflønningsformer, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.

Lego Andersen, Eigil

- Gavebegrebet – Gavereglerne og deres anvendelsesområde, G.E.C. Gad, 1988.

Lehmann Nielsen, Søren

- Skatteretten og realiteternes verden, Lov & Ret 2002/7, s. 20 ff.

Lerche, Henrik

- Bevisbedømmelse, regelanvendelse og omgåelse, SpO 1987, s. 202 ff.

Liebisch, Arnold

- Steuerrecht und Privatrecht – Ein Beitrag zur Förderung der Rechtseinheit, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1933.

Lilleholt, Kåre m.fl.

- Knophs oversikt over norges rett, 11. udg., Universitetsforlaget, 1998.

Lind, Stephen A. m.fl.

- Fundamentals of Corporate Taxation – Cases and materials, 4. udg., Foundation Press, 1997.

Lindencrona, Gustaf

- Skatterätt och civilrätt, SkatteNytt 1979, s. 199 ff.

Lindencrona, Gustaf m.fl. (red.)

- International Studies in Taxation: Law and Economics, Liber Amicorum Leif Mutén, Series on International Taxation, Kluwer.

Lindencrone, Lars & Erik Werlauff

- Dansk retspleje, 2. udg., Forlaget Thomson, 2000.

Lipross, Otto-Gerd

- Allgemeines Steuerrecht, 9. udg. Verlag dr. Otto Schmidt, 2001.

Ljungman, Seve

- Om skattefordran och skatterestitution, Almquist & Wiksell, 1947.

Locher, Peter

- Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Verlag Stämpfli & Cie, 1983.

Lodin, Sven-Olof

- Koncernskattningen i USA – Studier i koncernens skatterättsliga behandling, P A. Norstedts & Söners förlag, 1973.
- Perspektiv på skatterätten, Juridiska Fakulteten i Stockholm skriftserien, nr. 9, 1986.
- Skatter och civilrätt, SvSkT 1979, s. 720 ff.

Lodin, Sven-Olof, m.fl.

- Företagsbeskattning, Industriförbundets förlag, 1992.

Lodin, Sven-Olof m.fl.

- Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, 1999.

Lund, Anders & Lars Yde

- Ledelseskriteriet i dansk skatteret, Inspi 1997/11, s. 33 ff.

Lykke Wethelund, René

- Ledelsens sæde som grundlag for fuld skattepligt, TfS 2004, 229.

Löchten, Håkon

- Omgåelse om skatterettslig problem, Skatteret 2000, s. 107 ff.

M

Madsen, Bent S. & Erik Werlauff

- Hovedaktionærens hæftelse for skat (»nulstilling«) – særligt om fradragsret for den nultillede A-skat, TfS 1997, 46.

Madsen, Palle Bo

- Aftalefunktioner, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1983.

Maier, Walter & Jürgen Schmitt

- Bürgerliches Recht und Steuerrecht, 9. udg. Schäffer-Poeschel verlag, 2001.

Matre, Hugo P.

- Deductibility of Interest Paid on Profit-Participating Loans in Stock Companies, BIFD 2002, s. 456 ff.
- Hva er en aksjonær?, NTS 2001, s. 395 ff.

Mattsson, Nils

- Aktiebolagens finansieringsformer, Norstedts, 1977.
- Bolagskonstruktioner & Beskattnings effekter, Norstedts, 1974.
- Nya former för aktiebolagens finansiering, TfR 1976, s. 198 ff.
- Några skatterättsliga synpunkter på den nya aktiebolagslagen, SvSkT 1976, s. 502 ff.
- Skattepolitik, 5. udg., Iustus Förlag, 1995.
- Uttrycket utländsk juridisk person. Tillämpligt lagrum vid avyttring av andel i sådan association, SvSkT, 1997, s. 947 ff.

Litteraturfortegnelse

Mazanti-Andersen, J.

- Den skattemæssige behandling af interessentskabet, kommandit-selskaber og partrederier i forbindelse med stiftelse, opløsning mv., UfR 1964 B., s. 229 ff.

Mazanti-Andersen, J. & Henning Gilså

- Beskatning af selskaber og aktionærer mv., Nyt Nordisk Forlag, 1961.

Meincke, Jens Peter

- Bürgerliches Recht und Steuerrecht, Juristische Schulung, 1976, s. 693 ff.

Melz, Peter

- Förhållandet mellan redovisning och inkomstbeskattning i Sverige, Skatterett 2001, s. 32 ff.

Meyer, Klaus

- Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht, Verlag Neue Wirtschaft-Briefe, 2001.

Michelsen, Aage

- Aktivers karakterskifte i skattemæssig henseende, R&R 1998 SM 201 ff.
- Den skatteretlige betydning af sondringen mellem egenkapital og fremmedkapital, R&R 1991 SM 143 ff.
- Domstolskontrollen med skatteforvaltningen, R&R 1973, s. 273 ff.
- En replik vedrørende spørgsmålet om skatterettens kilder, R&R 1975, s. 142 ff.
- Er der behov for en generel omgåelsesklausul i skatteretten? SpO 1984, s. 96 ff.
- Fast driftssted, stille interessent samt dobbeltbeskatningslempelse, R&R 2004 SM 145 ff.
- Forholdet mellem selskabsret og selskabsskatteret, NTS 1999, s. 98 ff.
- Hjemmel til korrektion i dansk indkomstskatteret, R&R 2005 SM 260 ff.
- Hybride selskaber i skatteretlig henseende, SU 1998, 235.
- Højesterets betydning for skatteretten i de seneste 10 år, TfS 2003, 777.
- International skatteret, 3. udg., Forlaget Thomson, 2003.
- Kapitalgevinster – afsmitning – indkomstflytning mv., SpO 1994, s. 130 ff.
- Korrektion af samhandelsvilkår mellem selskaber – aktionærbeskatning, R&R 2001 SM 264 ff.
- Legalitetsprincippet bæredygtighed over for transaktioner foretaget udelukkende eller hovedsagelig i skattebesparelsesøjemed, R&R 1999 SM 150 ff.
- Lidt mere og anderledes om den skatteretlige domicilbegreb, R&R 1982, s. 496 ff.
- Lovlig udnyttelse af undtagelsesbestemmelser i skatteretlige værnsregler, R&R 2004 SM 2 ff.
- Næringsbeskatning og »afsmitning«, R&R 1993 SM 291 ff.

- Partnerselskaber og skatteretlig transparens, R&R 2003 SM 272 ff.
- Skatteretlig anerkendelse af udenlandske fonde, R&R 2005 SM 149 ff.
- Transfer pricing – Rette indkomstmodtager, R&R 1998 SM 41 ff.
- Michelsen, Aage m.fl.*
- Lærebog om indkomstskat, 10. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.
- Michelsen, Aage (red.)*
- Skatteret, FSR's årsskrift 1990, FSR's forlag.
- Mikkelsen, René & Elisabeth Rask Jørgensen*
- Formuebeskatning, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1984.
- Minke, Johanne & Lars Nyhegn-Eriksen*
- EU-pakken vedtaget – selskabsskattemæssige kommentarer, R&R 2004/6, s. 6 ff.
- Molbech Bendtsen, Claus*
- Interessentskabsretlige problemstillinger, Forlaget Thomson, 2003.
- Molenaars, Michael L. & Ernst B. Barten*
- New Legislation on Tax Treatment of Hybrid Loans, ITPJ 2002, s. 74 ff.
- Mou Jacobsen, N.*
- Anerkendelse af lån i skatteretlig henseende, R&R 2000 SM 194 ff.
- Successiv afhændelse – Formalitet, realitet eller retsusikkerhed, R&R 2002 SM 356 ff.
- Munch Pedersen, B.*
- Det skattemæssige hjemsted for selskaber mv., SU 1994, 263.
- Munck, Noe & Lars Hedegaard Kristensen*
- Selskabsformerne – en lærebog i selskabsret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.
- Mutén, Leif*
- Anmeldelse af Jan Anders Hagstedt: Om beskattning av stiftelser, Tfr 1974, s. 464 ff.
- Märkle, Rudi W.*
- Der Verein im Zivil- und Steuerrecht, 10. udg. Richard Boorberg verlag, 2000.
- Møll Pedersen, Bente*
- Anskaffelsestidspunktet for nytegnede aktier erhvervet på grundlag af tegningsretter, Tfs 1996, 659.
- Møller, Ulrik Gorm*
- Skattemæssig metode, samfundslitteratur, 2000.
- Skatterådgivning – metode og teknik, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1996.
- Møller, Ulrik Gorm (red.)*
- Det handler om skat – Festskrift i anledning af lektor Poul Olsens 70års dag, FSR's forlag, 1993.

Litteraturfortegnelse

Mørup, Søren H.

- Begrebet frivillig akkord i kursgevinstlovens § 24 – nogle bemærkninger om fortolkning af skattelovs bestemmelser, TfS 2002, 665.

N

Nelken, Izzy (red.)

- Handbook of Hybrid Instruments, John Wiley & Sons, 2000.

Nelson, Maria

- Überseeringdomen utgör ingen ändring av EG-domstolens praxis, NTS 2002, s. 417 ff.

Neuenhaus, David M. & Francis J. Helverson

- Circular Cash Doctrine in International Restructurings, TNI 2004, Special reports, s. 365 ff.

Neville, Mette

- Aktieselskabers tilknytning, J. 1997, s. 145 ff.
- Boligfællesskaber i selskabsform, Gad, 1993.
- Kommanditselskaber eller ej, TfS 1992, 190.

Neville, Mette & Karsten Engsig Sørensen (eds.)

- The Internationalisation of Companies and Company Laws, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.

Nielsen, Thøger

- Beregningsgrundlag og ligningsgrundlag – Bemærkninger om nogle skatteretlige grundproblemer, TfR 1963, s. 347 ff.
- Beskatning af indtægtsmuligheder, UfR 1972 B., s. 201 ff.
- Demaskering af generalklausulen, TfS 1988, 402.
- Den evige udfordring, i Dansk Skattevidenskabelig forening 1965-1990, s. 46 ff.
- Den tidsmæssige afgrænsning af det skatteretlige beregningsgrundlag, Acta Jutlandica, årsskrift for Aarhus Universitet, 1957.
- Domicilbegrebet i privatret, skifteret og skatteret, UfR 1982 B., 399 ff.
- Indkomstbeskatning I, Juristforbundets forlag, 1965.
- Indkomstbeskatning II, Juristforbundets forlag, 1972.
- Læren om maskeret udbytte på afveje, J 1962, s. 402 ff.
- Nogle bemærkninger om skattepligten for korporationer og stiftelser, J 1961, s. 603 ff, s. 651 ff og J 1962, s. 19 ff.
- Renteudgifter, J 1961, s. 647.
- Solgt – men ikke leveret – i grænselandet mellem skatteret og civilret, SpO 1978, s. 318 ff.
- Skatteretten som retsvidenskabelig disciplin, SpO 1954, s. 65 ff.
- Tanker omkring behovet for radikal reform af indkomstbeskatningen hos personer og selskaber, R&R 1967, s. 349 ff.

Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie

- Nr. 7: Skatteforskning och skattepolitik, 1979.
- Nr. 12: Rättssäkerheten i beskattningen, 1982.

- Nr. 13: Konflikten mellan beskattningens fiskala och icke-fiskala ändamål, 1983.
- Nr. 17: Förhållandet mellan bokföring och beskattning, 1986.
- Nr. 33: Samspelet mellan beskattningen av aktiebolag och aktieägare, 1996.
- Næsborg Jensen, Søren*
- EU-selskabsskatteret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997.
- Nørgaard, Cathrine*
- Hvordan er den skattemæssige retsstilling i et stille selskab – En kommentar til TfS 1990, 21 H, TfS 1990, 400.
- Nørgaard, Jørgen*
- Højesterets rolle i skattesager, J 2001, s. 65 ff.
- Lidt mere om stille selskaber – og sleeping partners, UfR 1985 B., s. 38 f.
- Mere om stille selskaber – og sleeping partners, UfR 1984 B., s. 279 ff.
- Nørskov stridsen, Kristian & Flemming Schiøler*
- Er holdingselskaber erhvervsvirksomheder?, TfS 2001, 373.
- O**
- OECD*
- Thin Capitalisation, Issues in international taxation, no. 2., 1987.
- Olivecrona, Karl*
- Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt, Uppsala Universitets Årsskrift, 1928.
- Olsen, Erik*
- Beviser i skatteretten, Forlaget Thomson, 2002.
- Lægmandsanvendelsen i ligningsforvaltning, 1988.
- Skatterettens kilder, SkatteOrientering, Ø.1., 1998.
- Olsson, Olof*
- Synpunkter på förhållandet mellan skatterätten och bolagsrätten, i festskrift til Curt Olsson, Edward Andersson m.fl. (red.), 1989, s. 264 ff.
- Oreby Hansen, Anders & Nikolaj Bjørnholm*
- Lempelse af dobbeltbeskatning, 3. udg. Magnus Informatik, 2002.
- P**
- Palsgaard, Carsten*
- Fiksering af indkomst i dansk skatteret, SpO 2000, s. 339 ff.
- Pedersen, Jan*
- Aktietegning til overkurs – »Triplebeskatning« – omgøelse, R&R 2005 SM 50 ff.
- Fiktion eller realitet, R&R 2002 SM 332 ff.
- Goodwill og personlige rettigheder – Lighed for realitetsgrund-sætningen, R&R 2000 SM 162 ff.
- Koncerninterne overdragelser – transfer pricing korrektion eller tilskudsbeskatning, R&R 2000 SM 284 ff.

Litteraturfortegnelse

- Mere om forholdet mellem skatteret og civilret, SR-Skat 1992, s. 101 ff.
- Periodisering – betingede og udskudte dispositioner, R&R 1999 SM.
- Realitetsgrundsætningen i ti år, Tfs 2000, 142.
- Skatteudnyttelse, Gad, 1989.
- Skatteudnyttelse og den overordnede retlige regulering, SkatteNytt 1992, s. 574 ff.
- Skattetænkning, skatteunddragelse og skattesvig – Retsmisbrug i skatteretten, SkatteOrientering Ø.5., 2000.
- Transfer pricing i international skatteretlig belysning, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1998.
- Transfer pricing og dispositionskorrektion, R&R 2000 SM 32 ff. 116 ff.
- Pedersen, Jan m.fl.*
- Skatteretten 1, 4. udg., Forlaget Thomson, 2004.
- Skatteretten 2, 3. udg., Forlaget Thomson, 2000 og 4. udg., 2004.
- Skatteretten 3, 3. udg., Forlaget Thomson, 2000.
- Pedersen, Susanne*
- Sambeskatning i koncernforhold, HHS, 1995.
- Subjektiv skattepligt for fonde – herunder betragtninger om skattemyndighedernes rolle som fondsmyndighed, SpO 2005, s. 343 ff.
- Pedersen, Susanne & Klaus Okholm*
- Lån og sikkerhedsstillelse mellem koncernforbundne selskaber, SU 1999, 94.
- Pedersen, Susanne m.fl. (red.)*
- Festskrift til Ole Bjørn, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.
- Persson Österman, Roger*
- Kontinuitetsprincippet i svenska indkomstbeskattningen, Juristförlaget, 1997.
- Peytz, Henrik*
- Aktieavancebeskatningsloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2003.
- Philip, Alan*
- Studier i den internationale selskabsrets teori, Juristforbundets forlag, 1961.
- Philip, Kjeld*
- Skattepolitik, Gyldendal, 1955.
- Philip, Marianne m.fl.*
- Selskabsret, Schultz, 2000.
- Pijl, H.*
- Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties of the Netherlands, Intertax 2003, s. 353 ff.
- Piltz, Detlev J., & Harald Schaumburg (red.)*
- Unternehmensfinanzierung im internationalen Steuerrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1995.
- Polack, E.*
- Skatterettens kilder, R&R 1975, s. 134 ff.

Polland, Wolfgang

- Steuerrecht und Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Bundesfinanz- hofs und der Finanzgerichte, 1959.

Poulsen, Henrik

- Huslejekfiksering – endnu eggang, TfS 2001, 991.

Prytz, Jesper & Mart Tamm

- Tilskott utan aktieteckning, 1995.

Pullen, Michael

- Körperschaftsbesteuerung nationaler und internationaler deutscher Konzerne – Eine kritische Analyse aus ökonomischer sicht, Duisburger betriebswirtschaftliche Schriften, Band 8, 1994.

Q

Quiste, Jørn

- Samspilsproblemer og retssikkerhed, TfS 1987, 577.

R

Ramsgov, Bent

- Aktieombytnng og uegentlig fusion, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004.
- Det skatteretlige goodwillbegreb, SpO 2002, s. 239 ff.
- Er kapitalnedsættelse en aktieafståelse?, SpO 2002, s. 301 ff.
- Fikseret vederlag – fortsatte hjemmelsmæssige problemer, TfS 2000, 834.
- Fordeling af overdragelsessummer – den materielle korrektionsadgang, TfS 2004, 889.
- Intern selskabsomstrukturering, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.
- Skillelinien mellem lovlig skattetænkning og ulovlig skatteudnyttelse ved intern selskabsomstrukture- ring, SR-Skat 2001, s. 293 ff.

Rasmussen, Mogens

- Ledelsens sæde – de nye holdingregler, SR-Skat 2000, s. 25 ff.

Rasmussen, Søren

- Armslængde og tynd kapitalisering, SR-Skat 1999, s. 252 ff.

Rasmussen, Søren & Preben Underbjerg Poulsen

- Aktieavancebeskatning, FSR's forlag, 1995.

Riis-Sørensen, Arne

- »Check-the-box« i amerikansk og international skatteret, Kroman Reumert Legatet, 2000.

Ring, Peter

- Stille selskabsindskud – særligt om indskyders stilling ved konkurs, UfR 2003 B., s. 131 ff.

Roos, Carl Martin

- Om sleeping partners, TfR 1971, s. 156 ff.

Litteraturfortegnelse

Rosenberg, Ida m.fl

- Aktieselskabsloven med kommentarer, GadJura, 1999.
- Anpartsselskabsloven med kommentarer, GadJura, 1997.

Ross, Alf

- Om ret og retfærdighed, Nyt Nordisk forlag – Arnold Busck, 1953.
- Tû-Tû i Festskrift til Henry Ussing, 1951, s. 468 ff.

Rumble, Tony & Richard Wood

- Enhancing Corporate tax Integration: Australian Reforms to the taxation of Debt, Equity and Innovative Financing Contracts, Intertax 2003, s. 409 ff.

Runge Johansen, Aksel, Jens Otto Damgaard & Henrik Steffensen

- Årsrapporten – Kommentarer til årsregnskabsloven, 4. udg., Forlaget Thomson, 2003.

Rynänen, Olli

- Fortäckt dividend i beskattningen, 1996.

S

Salling, Niels & Tom Nørgaard

- Sale and lease back-arrangementer, TfS 2003, 208.

Sandfeld Jakobsen, Søren & Nina Sandroos

- Administrativ praksis vedrørende kommanditselskaber, R&R 1999/4, s. 15 ff.

Sandström, K. G. A.

- Om skattelagers tolkning och tillämpning, SvSkT 1952, s. 241 ff.

Schans Christensen, Jan

- Kapitalselskaber – aktie- og anpartsselskabsret, Forlaget Thomson, 2003.

Schaumburg, Harald

- Steuerrecht und steuerorientierte Gestaltungen im Konzern, verlag Dr. Otto Schmidt, 1998.

Scheuchzer, Marco

- Konzernbesteuerung in der Europäischen Union, Erik Schmidt, Band 24, 1994.

Schick, Walter

- Haftung für Steuerschulden auf Grund Privatrechts? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung Steuerrecht – Privatrecht, Rechtsordnung und Steuerwesen, Band 19, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993.

Schjelde, David & Henrik Guldhammer Nielsen

- Kommanditselskabet – societas obsoleta?, Forlaget Thomson, 1999.

Schovsbo, Jens

- Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.

Schulze-Osterloh, Joachim

- Zivilrecht und Steuerrecht, AcP 1990, s. 139 ff.

Schwarz-Hansen, Christian

- Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, NTS 2001, s. 433 ff.

Schwencke, Hans R.

- Grensen mellom egenkapital og gjeld i norsk regnskabsrett, NTS 2002, s. 41 ff.

Schön, Wolfgang

- Die Auslegung europäischer Steuerrecht – Das harmonisierte Steuerrecht zwischen nationalem Zivilrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht, Rechtsordnung und Steuerwesen band 20, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993.
- International Accounting Standards – A »Starting Point« for a Common European tax Base?, ET 2004, s. 426 ff.

Schön, Wolfgang m.fl. (red.)

- Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1997.

Serbini, Stefano & Paola Flora

- Equity and Debt Instruments: The New Definition in the tax Reform and the Tax Consequences, ET 2005, s. 19 ff.

Serup, Michael

- Enkelte periodiseringsproblemer i skatteretten, TfS 1991, 543 og 560.
- Fusionsskatteloven med kommentarer, 2. udg., Forlaget Thomson, 2003.
- Generationsskifte – Omstrukturering, 2. udg., Forlaget Thomson, 2004.
- Skattemyndighedernes korrektionsadgang, R&R 1990/7, s. 29 ff.

Severin Hansen, Hans

- Kommentar til en højesteretsdom om realitet og legalitet, TfS 2004, 88.

Siggaard, Kurt

- Realitetsgrundsætningen og 10-mandsprojekter, TfS 2003, 435.

Silferberg, Christer

- Gåvobeskatningen i nordiskt perspektiv, Juristförlaget, 1992.

Sindballe, Kristian

- Dansk selskabsret I-VI, Gyldendalske Boghandel, 1928-1935.

Skatteministeriet

- Erhvervslivets skattemæssige rammevilkår, 1999.
- Ledelsens sæde, SpO 1996, s. 55 ff.
- Lovinstruks, 2004.
- Notat om aktieavancebeskatningslovens regler set i relation til ophørs- og overgangsbestemmelserne i selskabsskattelovens §§ 5 – 5C. Retssikkerhedskontoret, 1992.
- Redegørelse fra Skatteretsrådet, 2001.
- Skattemæssige konsekvenser i forbindelse med vædtægtsændringer i anparts- og aktieselskaber, 1992.
- Skattepolitisk redegørelse, 1989 og 1994.
- Vejledning om legalitetskravet på skatte- og afgiftsområdet, 1998.

Litteraturfortegnelse

Skouby, Gitte m.fl.

- Kursgevinstloven – en lovkommentar, Forlaget Magnus, 2000.

Sofsrud, Thorbjørn

- Bestyrelsens beslutning og ansvar – Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatnings ansvar, GadJura, 1999.

Spang-Hanssen Aage

- Lighedsgrundsætningen og realitetsgrundsætningen, TfS 1999, 719.

Sørensen, P. G.

- Årsregnskabet – Uafhængige aktie-, kommanditaktie- og anparts-selskaber, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1994.

Steuben, Norton L.

- Fundamental Aspects of a Good tax System, TNI 2000, s. 1571 ff.

Strahl, Ivar

- Til frågan om rättighetsbegreppet, Tfr 1946, s. 204 ff og Tfr 1947, s. 481 ff.

Stone, Richard B.

- Debt-Equity distinctions in the tax treatment of the corporation and its shareholders, Tulane Law Review, 1966, s. 251 ff.

Strobel, I. A.

- Forholdet mellem skatteret og privatret (Med nogle afsluttende bemærkninger om forholdet mellem skatteret og skatteret), SR-Skat 1991, s. 377 ff.
- Hvornår identificeres selskab og aktionærer?, SpO 1992, s. 146 ff.
- Konvertible obligationer og skat, UfR 1975 B., s. 16 ff.
- Kuldsejlet forsøg på skatteretlig ønsketænkning, SpO 2000, s. 147 ff.
- Maskeret udbytte, SkatteOrientering, S.4., 1998.
- Retspraksis vedrørende skattevæsenets tilsidesættelse af dispositioner på grund af interessefællesskab, UfR 1967 B., s. 233 ff.

Stuer Lauridsen, Preben

- Om ret og videnskab, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1992.
- Om de juridiske faggrænser, Juristen & Økonomen, 1978, s. 86 ff.
- Studier i retspolitisk argumentation, Juristforbundets forlag, 1974.

Sundby, Leif

- Anpartssagerne og 3 højesteretsdomme, SpO 2001, s. 62 ff.

Svanholm, Michael & Jan Steen Hansen

- Beskatning af vindmølleprojekter, TfS 2000, 694.

Søndergaard Birkmose, Hanne

- Hjemstedsbegrebet i anpartsselskabslovens § 5, stk. 1, nr. 2, NTS 2004, s. 265 ff.
- Konkurrence mellem retssystemer – Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv, Forlaget Thomson, 2004.

T

Taksøe-Jensen, Finn

- Person Familie Arve og Skifteret, 27. udg., GadJura, 1991.

Thomsen, Ove

- Skat, Gad, 1960.

Thorell, Per

- Skattelag och affärssed – en skatterettslig studie över sambandet mellan den bokföringsmässiga och skattemässiga redovisningen, Norstedts, 1984.

Thorlund Jepsen, Gunnar

- Skattepolitik, Handelshøjskolens forlag, 1996.

Thuronyi, Victor (ed.)

- Tax Law Design and Drafting, Kluwer Law International, 2000.

Thömmes, Otmar & Rijkele Betten

- EC Corporate Tax Law, IBFD Publications, 1991-2004.

Tipke, Klaus

- Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2. udg. Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000.
- Die Steuerrechtsordnung, Band II, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993.
- Die Steuerrechtsordnung, Band III, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1993.

Tipke, Klaus & Joakim Lang

- Steuerrecht, 17. udg., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2002.

Tokley, I. A.

- Company Securities – Disclosure of Interests, Butterworths, 1995.

U

Ulfbeck, Vibe

- Kontraktens relativitet – det direkte ansvar i formueretten, Forlaget Thomson, 2000.

Ussing, Henry

- Aftaler paa formuerettens omraade, 3. udg., Gad, 1950.
- Obligationsretten – Almindelig del, 4. udg., Juristforbundets forlag, 1961.

V

Vestberg, A.

- Nogle spørgsmål om pengelån, UfR 1962 B., s. 197 ff.

Vestergaard Hansen, Søren

- Koncernbidrag, SR-Skat 1995, s. 455 ff.

Veum, Harry A. & Vegard Kristiansen

- Hybridfinansiering av aksjeselskaper – Høyesteretts dom i »banksakene«, jf. Rt 2001, s. 851.

Vinding Kruse, Sysette

- Erhvervslivets kriminalitet, Gad, 1983.

Vinther, Nikolaj

- Civilrettens styring af skatteretten, Magnus Informatik / Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2005.

Litteraturfortegnelse

- Civilrettens styring af skatteretten – belyst gennem en redegørelse for de skatteretlige virkninger af ugyldighed og misligholdelse af aftaler, TfS 2004, 719.
- Den civilretlige kvalifikation af kursgevinstlovens § 24 – derfor må en gældskonvertering være skattefri, TfS 2002, 89.
- Den formueretlige betingelseslære i relation til skatteretten, TfS 2000, 945.
- Imødegåelse af skatteretlig omgåelse, J 2004/6.
- Lån, indskud og tilskud, UfR 2003 B., s. 180 ff.
- SE-selskabet og dets skatteretlige status, TfS 2002, 693.
- Skat og årsrapport – Refleksioner over regnskabsreformens betydning for skatteretten, UfR 2002 B., s. 243 ff.
- Vinther, Nikolaj & Erik Werlauff*
 - Når civilretten fraviges i skatteretlig sammenhæng – en kritisk kommentar til TfS 2003, 113 LR.
 - Overkursen der blev til et tilskud, TfS 2004, 281.
 - Skatteretten må ikke vilkårligt afvige fra civilretten, TfS 2003, 705.
 - Skatteretlig virkning af selskabsretlige begreber – konsekvenser af en dom om begrebet »erhvervsdri- vende«, UfR 2004 B., s. 298 ff.
- Vogel, Horst*
 - Wertungsdivergenzen zwischen Steuerrecht, Zivilrecht und Strafrecht, NJW 1985, s. 2986 ff.
- Vogel, Klaus*
 - Dobbeltbesteueringsabkommen, 4. udg., 2003.
 - On double taxation conventions, 3. udg., Kluwer Law, 1997.
- von Bahr, Stig*
 - Verkelighed, skablon eller fiktion, SkatteNytt 1988/11.
- von Eyben, Bo m.fl.*
 - Lærebog i obligationsret II, Forlaget Thomson, 2000.
- von Spori, Peter & Martin Moser*
 - Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 2004, s. 301 ff.
- von Wallis, Hugo*
 - Die Wirtschaftliche betrachtungsweise im Steuerrecht, i Probleme des Finaz- und Steuerrechts – Festschrift für Ottmar Bühler, Armin Spitaler (red.), Verlag Dr. Otto Schmidt, 1954, s. 251 ff.

W

- Wahlgren, Peter (red.)*
 - Tax Law – Scandinavian Studies in Law, vol. 44, 2003.
- Walz, Rainer W.*
 - Die Steuerrechtliche Herausforderung des Zivilrechts, ZHR 147/1983, s. 285 ff.
 - Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung – Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik, R.v. Dencker's Verlag, 1980.

- Wirtschaftsgüter und wirtschaftliches Eigentum. Rechtsvergleichende Überlegungen zur Gegenstandswelt von Zivilrecht und Steuerrecht, 1999, s. 463 ff.
- Walz, Rainer W. (red.)*
- Empfiehlt sich eine rechtsformunabhängige Besteuerung der Unternehmen, Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Band I og II, Verlag C. H. Beck, 1980.
- Weber-Grellet, Heinrich*
- Fainness, Aufklärung und Transparenz Wege su einer leistungsgerechten Besteuerung, *StuW* 1999, s. 311 ff.
- Wegener, Morten*
- Juridisk Metode, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2000.
- Weizman, Leif*
- Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1994.
- Welter, Reinhard*
- Wiederkehrende Leistungen im Zivilrecht und im Steuerrecht, Duncker & Humblot, 1984.
- Werlauff, Erik*
- Anpartssaftalers bindende virkning, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1994.
- EU-selskabsret – 28 staters fælles virksomhedsret, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.
- Generalforsamling og beslutning, FSR's forlag, 1983.
- God selskabsskik (I og II), *R&R* 1997/6, s. 25 ff og *R&R* 1997/7, s. 30 ff.
- Hovedsædekriteriet i ny skikkelse, *UfR* 2000 B., s. 465 ff.
- Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, *TfS* 1997, 822.
- Håndbog for dirrigenter (A/S og ApS), FSR's forlag, 1987.
- Intern selskabsomstrukturering, i *UfR* 2001 B., s. 420 ff.
- Koncernretten, *GadJura*, 1996.
- Let us pretend, *TfS* 1999, 237.
- SE-selskabet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.
- Selskabsmasken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten, *Gad*, 1991.
- Selskabsret, 5. udg., Forlaget Thomson, 2003.
- Selskabsskatteret 2004/05, 6. udg., Forlaget Thomson, 2004.
- Skatteskuffelser, *TfS* 2001, 608.
- Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002.
- Werlauffs kommenterede anpartsselskabslov, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2001.
- Werlauff, Erik & Jørgen Nørgaard*
- Vedtægter & aktionæroverenskomster, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1995.

Litteraturfortegnelse

Westermann, Harm Peter

- Das Gesellschaftsrecht zwischen bürgerlichem Recht, Steuerrecht und Bilanzrecht, i festskrif til Reinhard Goerdeler, Hans Havermann (red.), 1987, s. 699 ff.

Wiman, Bertil

- Beskattning av företagsgrupper, 2002.

Winther-Sørensen, Niels

- Beskatning af international erhvervsindkomst – Indkomstopgørelsen for et fast driftssted, Forlaget Thomson, 2000.
- Ny dom gør CFC-lovgivningen ulovlig, SpO 1995, s. 314 ff.

Wittendorff, Jens

- SEL § 2 A – transparente enheder, SU 2004, 204.

Z

Zimmer, Frederik

- Arv og Skatt, 1. udg., 1978 og 2. udg., 1990, Tano.
- Lærebok i skatterett, 4. udg., Universitetsforlaget, 2001.

Zimmer, Frederik (red.)

- Emner fra selskabsbeskatningen, Institutt for offentlig retts skriftsserie, nr. 2/1993.

Zweigert, Konrad & Hein Kötz

- Introduction to comparative law, 3. ed, Clarendon Press, 1998.

Domsregister

- C-60/90 661
C-9/93 661
C-222/94 660
C-28/95 459
C-208/00 839
C-167/01 839
- LOSR 1933, nr. 47 987
LSR 1953, nr. 4 987
LSRM 1942, 15 690, 822
LSRM 1947, 2 690, 822
LSRM 1962, 88 609, 612, 619, 621
LSRM 1964, 137 602
LSRM 1967.11 934
LSRM 1968.94 934
LSRM 1976, 64 602
LSRM 1982, 36 604, 612
- R&R 1962, s. 59 609, 620
R&R 1970 SM 68 715
R&R 1973 SM 91 612
R&R 1981 SM 187 SD 945
R&R 1991 SM 151 912
- SKDM 1968, 90 964
SKMD 1971, s. 100, nr. 73 604, 651, 746
SKDM 1976, 161 V 123
SKDM 1978, 95 612, 620, 622
SKDM 1982, 374 Ø 124
SKDM 1984, 326 V 124
SKDM 1985, 622 Ø 123
SKDM 1985, 801 Ø 124
SKM 2003, 184 LR 946
SKM 2004, 8 LR 965, 966
- SpO 1967, 339 Ø 611, 612, 621, 623, 624, 742, 759
SpO 1968, 34 Ø 612
SpO 1970, 263 715
SpO 1983, 62 V 124
- SpO 1996, 55 DEP 870, 874
- TfS 1984, 51 V 495
TfS 1984, 106 SD 863
TfS 1984, 134 Ø 68, 143, 175
TfS 1984, 189 Ø 907, 934, 976
TfS 1984, 272 H 494
TfS 1984, 342 612
TfS 1984, 342 LSR 612, 741
TfS 1984, 434 DEP 612, 741
TfS 1984, 434 SKD 619, 620
TfS 1984, 575 LR 785
TfS 1985, 104 H 686
TfS 1985, 170 LSR 945
TfS 1985, 201 H 686
TfS 1985, 324 LR 912, 1022
TfS 1985, 642 495
TfS 1985, 680 H 674
TfS 1985, 681 H 674
TfS 1986, 21 V 123
TfS 1986, 58 LSR 123
TfS 1986, 125 H 669, 939
TfS 1986, 246 SKD 824
TfS 1986, 320 H 461
TfS 1986, 403 Ø 824
TfS 1986, 604 Ø 939
TfS 1986, 607 LSR 827
TfS 1987, 5 V 124
TfS 1987, 53 LR 785
TfS 1987, 197 Ø 674
TfS 1987, 406 BF 80
TfS 1988, 108 LSK 124
TfS 1988, 114 Ø 686
TfS 1988, 199 LSR 639
TfS 1988, 241 Ø 461
TfS 1988, 404 Ø 124
TfS 1988, 579 Ø 686
TfS 1988, 611 Ø 453
TfS 1988, 705 LR 945
TfS 1989, 7 LR 945
TfS 1989, 68 H 690, 822

Domsregister

TfS 1989, 78 LR	945	TfS 1995, 905 LSR	637
TfS 1989, 110 Ø	124, 937	TfS 1996, 66 Ø	938
TfS 1989, 428 V	124	TfS 1996, 71 LR	613
TfS 1989, 536 LR	945	TfS 1996, 155 H	514
TfS 1990, 21 H	980, 989	TfS 1996, 337	695
TfS 1990, 30 LR	609, 621, 742	TfS 1996, 430 LSR	613
TfS 1990, 30 SD	622	TfS 1996, 454 H	785
TfS 1990, 220 V	124	TfS 1996, 458 LSR	613, 614
TfS 1990, 233 LSR	604, 746	TfS 1996, 459 LSR	613
TfS 1990, 240 LSR	1023	TfS 1996, 469 H	941
TfS 1990, 264 TS	604, 746	TfS 1996, 474 LSR	613
TfS 1990, 421 Ø	685	TfS 1996, 476 LR	876
TfS 1990, 470 LR	785	TfS 1996, 484 LSR	613
TfS 1991, 10 V	124	TfS 1996, 485 LSR	613
TfS 1991, 240 LSR	912	TfS 1996, 496 H	432, 509
TfS 1991, 471 Ø	440, 512	TfS 1996, 497 H	432, 509
TfS 1991, 477 LR	695	TfS 1996, 603 V	934
TfS 1992, 56 LSR	512	TfS 1996, 642 H	73, 448, 485
TfS 1992, 78 H	79, 80, 434	TfS 1996, 654 H	71
TfS 1992, 90 Ø	461	TfS 1996, 715 Ø	808
TfS 1992, 130 LR	945	TfS 1997, 100 H	739
TfS 1992, 156 Ø	939	TfS 1997, 184 LSR	436, 527
TfS 1992, 191	440	TfS 1997, 225 Ø	542, 959
TfS 1992, 345 LR	945	TfS 1997, 287 Ø	597, 625
TfS 1992, 395 H	639	TfS 1997, 288 Ø	597, 625
TfS 1992, 523 LR	785	TfS 1997, 392 H	426, 436
TfS 1992, 540 TSS	949	TfS 1997, 431 V	1002
TfS 1993, 7 H	452, 808	TfS 1997, 506	452
TfS 1993, 32 V	512	TfS 1997, 506 H	457, 633
TfS 1993, 236 Ø	432	TfS 1997, 597 LSR	1000
TfS 1993, 285 LSR	945	TfS 1997, 611 V	610, 758
TfS 1993, 321 LSR	436, 531	TfS 1997, 613 V	495
TfS 1994, 20 Ø	948	TfS 1997, 644 LSR	495
TfS 1994, 133 LSR	945	TfS 1997, 744 LSR	742
TfS 1994, 165 LR	619, 622, 623	TfS 1997, 752 H	73
TfS 1994, 536 TSS	1022	TfS 1997, 780 H	660, 661
TfS 1994, 605 LSR	639	TfS 1997, 862 LSR	426, 436, 451
TfS 1994, 686 LSR	280, 1000	TfS 1998, 77 LR	1038
TfS 1994, 710 Ø	452, 527	TfS 1998, 114 H	698
TfS 1994, 755 H	512	TfS 1998, 123	971
TfS 1994, 757 SKM	433	TfS 1998, 137	461
TfS 1994, 815 LR	637	TfS 1998, 199 H	73, 449, 461, 485, 486, 487, 492, 494
TfS 1995, 195 LR	637	TfS 1998, 238 H	486
TfS 1995, 280 V	513	TfS 1998, 263 H	873
TfS 1995, 549 V	512	TfS 1998, 265 DEP	874
TfS 1995, 550 V	512	TfS 1998, 334 LR	877
TfS 1995, 577	873	TfS 1998, 397 H	70, 935, 936
TfS 1995, 577 V	867	TfS 1998, 430 LSR	551
TfS 1995, 588 V	824	TfS 1998, 459 V	513
TfS 1995, 666 LSR	785		

TfS 1998, 485	69	TfS 2000, 1011 H	550, 553, 614
TfS 1998, 485 H	692	TfS 2000, 1018	279
TfS 1998, 607 H	851, 871	TfS 2001, 92 LSR	175, 656
TfS 1998, 610 Ø	453	TfS 2001, 93 LSR	175, 656
TfS 1998, 644 V	612	TfS 2001, 146 LR	952
TfS 1998, 655 LR	698	TfS 2001, 155 H	453
TfS 1998, 678 LR	959	TfS 2001, 169 H	532
TfS 1998, 731 H	89, 432, 512	TfS 2001, 176 LSR	482, 502, 528
TfS 1998, 742 DEP	766, 992	TfS 2001, 178 LSR	459
TfS 1998, 750 Ø	69	TfS 2001, 181 SKM	834
TfS 1998, 777 H	74	TfS 2001, 231 H	513
TfS 1998, 791 V	535	TfS 2001, 291 H	533
TfS 1998, 99 H	461, 468	TfS 2001, 340 LSR	1001
TfS 1999, 49 LSR	281	TfS 2001, 371	742
TfS 1999, 86 H	196	TfS 2001, 371 V	612, 620, 624
TfS 1999, 101 Ø	528	TfS 2001, 445 V	1003
TfS 1999, 214 H	434, 940	TfS 2001, 731 Ø	552
TfS 1999, 289 H	72, 450, 451, 939	TfS 2001, 739 Ø	552
TfS 1999, 408 LR	944	TfS 2001, 743 Ø	790
TfS 1999, 411 LR	583, 626, 635, 689	TfS 2001, 769 LSR	482
TfS 1999, 419 H	602, 603, 604, 608, 620, 621, 742, 761	TfS 2001, 770 LSR	482, 503
TfS 1999, 498 LSR	915	TfS 2001, 771 LSR	482
TfS 1999, 646 Ø	534, 992	TfS 2001, 807 LSR	482, 503
TfS 1999, 905 LSR	426	TfS 2001, 829 LSR	482, 505
TfS 1999, 950 H	436, 437, 443, 453, 458	TfS 2001, 870 V	528
TfS 1999, 976	580	TfS 2001, 886 LSR	495
TfS 2000, 61 Ø	551	TfS 2001, 930 Ø	698
TfS 2000, 148 H	548	TfS 2001, 952	551
TfS 2000, 149 H	73	TfS 2001, 955	551
TfS 2000, 193 LSR	494	TfS 2002, 13 LSR	552, 762
TfS 2000, 196 LR	878	TfS 2002, 41 LSR	1032
TfS 2000, 197 LR	879	TfS 2002, 133 LSR	459
TfS 2000, 253 LSR	485	TfS 2002, 151 Ø	553
TfS 2000, 374 H	449, 549	TfS 2002, 162 LSR	495
TfS 2000, 455 LR	609, 623, 638	TfS 2002, 219 Ø	454
TfS 2000, 485 H	69	TfS 2002, 257 H	988
TfS 2000, 511 LSR	495	TfS 2002, 262 LR	694
TfS 2000, 532 LR	281	TfS 2002, 288 H	513
TfS 2000, 544 LSR	1000	TfS 2002, 390 V	557
TfS 2000, 602 Ø	553	TfS 2002, 390 Ø	456
TfS 2000, 686 LSR	485	TfS 2002, 437 Ø	491
TfS 2000, 690 LSR	742	TfS 2002, 460 H	447
TfS 2000, 751 LR	637	TfS 2002, 461 H	447
TfS 2000, 752 LR	637	TfS 2002, 494 LSR	482
TfS 2000, 796 H	997	TfS 2002, 519 H	698
TfS 2000, 862 V	454	TfS 2002, 563 H	513
TfS 2000, 936 V	495	TfS 2002, 604 LSR	438
TfS 2000, 955 V	529	TfS 2002, 679 LSR	435
		TfS 2002, 715 LSR	993
		TfS 2002, 720 LSR	75

Domsregister

TfS 2002, 755 LR 944	TfS 2005, 144 Ø 639
TfS 2002, 760 V 552	TfS 2005, 165 LR 699
TfS 2002, 777 Ø 824	TfS 2005, 173 H 753
TfS 2002, 788 H 455	TfS 2005, 422 Ø 853
TfS 2002, 824 LSR 482, 483	TfS 2005, 490 V 556
TfS 2002, 84 Ø 530	TfS 2005, 771 Ø 632
TfS 2002, 848 LSR 196	TfS 2005, 851 H 497
TfS 2002, 890 V 943	TfS 2005, 885 V 553
TfS 2002, 914 LR 677	TfS 2005, 933 942
TfS 2002, 993 Ø 175, 656	TfS 2006, 36 H 514
TfS 2003, 44 LSR 581	
TfS 2003, 113 LR 1032	UfR 1086 V 980
TfS 2003, 324 V 445	UfR 1891, 730 SH 980, 983
TfS 2003, 355 Ø 958	UfR 1896, 4 SH 980
TfS 2003, 482 V 997	UfR 1912, 212 H 963
TfS 2003, 493 H 553	UfR 1914, 379 H 670
TfS 2003, 603 H 490	UfR 1915, 422 H 980, 981, 982
TfS 2003, 616 LSR 950	UfR 1916, 1081 H 980, 981, 982, 983
TfS 2003, 744 H 577	UfR 1917, 852 H 980, 981, 982, 983
TfS 2003, 802 445	UfR 1918, 39 H 844, 855, 860, 863, 867
TfS 2003, 802 H 532	UfR 1921, 33 Ø 412
TfS 2003, 868 V 196	UfR 1923, 742 855
TfS 2003, 889 H 452, 457, 557	UfR 1924, 42 H 980, 981
TfS 2003, 890 H 80, 99	UfR 1925, 651 855
TfS 2003, 895 LR 1044	UfR 1926, 140 H 689
TfS 2003, 957 LR 694	UfR 1934, 35 H 662
TfS 2003, 983 Ø 577	UfR 1934, 45 H 689
TfS 2003, 985 LSR 555	UfR 1950, 7 H 123
TfS 2004, 64 Ø 552	UfR 1951, 24 H 980
TfS 2004, 97 Ø 483	UfR 1954, 405 H 980
TfS 2004, 126 LR 966	UfR 1955, 117 H 689
TfS 2004, 138 553	UfR 1955, 967 SH 980
TfS 2004, 140 V 491	UfR 1956, 261 H 674
TfS 2004, 146 H 536	UfR 1956, 666 H 980
TfS 2004, 152 LSR 944	UfR 1957, 318 H 674
TfS 2004, 162 H 988	UfR 1958, 1164 H 124
TfS 2004, 182 Ø 1002	UfR 1959, 351 H 980, 983
TfS 2004, 262 LR 698	UfR 1960, 355 H 124, 602
TfS 2004, 279 LSR 671	UfR 1960, 535 H 124, 435, 526
TfS 2004, 393 H 987	UfR 1961, 109 H 68, 143, 174
TfS 2004, 448 Ø 699	UfR 1961, 255 Ø 980
TfS 2004, 542 76	UfR 1963, 734 H 124
TfS 2004, 542 H 68, 143, 175, 656	UfR 1963, 954 H 562
TfS 2004, 586 Ø 663	UfR 1965, 802 Ø 939
TfS 2004, 637 LSR 497	UfR 1966, 65 H 663
TfS 2004, 703 H 535	UfR 1966, 416 H 663, 678
TfS 2004, 804 H 1002	UfR 1967, 11 H 124
TfS 2004, 835 LR 698	UfR 1967, 905 Ø 124
TfS 2004, 881 H 455	UfR 1968, 150 V 980
TfS 2004, 882 H 455	

Domsregister

UfR 1968, 183 Ø	495	UfR 1983, 699 H	530
UfR 1968, 859 Ø	124, 508	UfR 1983, 705 H	822
UfR 1969, 319 H	124, 509	UfR 1984, 121 H	124
UfR 1969, 412 H	490	UfR 1985, 209 H	686
UfR 1969, 419 H	490	UfR 1985, 377 H	686
UfR 1970, 8 H	124	UfR 1985, 1079 H	674
UfR 1970, 767 H	124	UfR 1986, 22 H	123
UfR 1971, 868 Ø	980	UfR 1986, 289 H	428
UfR 1973, 408 Ø	668, 939	UfR 1986, 295 H	939
UfR 1975, 788 H	123, 450	UfR 1986, 435 H	123
UfR 1976, 241 Ø	685	UfR 1986, 649 H	124, 461
UfR 1976, 74 H	980	UfR 1986, 772 H	124
UfR 1976, 925 H	123	UfR 1988, 493 H	124
UfR 1977, 405 Ø	123, 124	UfR 1989, 657 Ø	756
UfR 1977, 964 H	79	UfR 1990, 174 H	980, 989
UfR 1977, 1039 Ø	279	UfR 1994, 470 H	898
UfR 1978, 37 H	426	UfR 1994, 621 H	660
UfR 1978, 205 V	980, 982, 983	UfR 1995, 43 H	686
UfR 1978, 880 V	660	UfR 1996, 12 V	660
UfR 1980, 414 H	124, 508	UfR 1998, 166 Ø	660
UfR 1980, 806 V	660	UfR 1998, 394 H	698
UfR 1981, 300 H	412	UfR 1998, 1289 H	898
UfR 1981, 473 H	685	UfR 1998, 1314	692
UfR 1981, 725 Ø	412	UfR 1998, 1534 H	871
UfR 1981, 1030 V	426	UfR 1999, 326 Ø	660
UfR 1982, 578 H	674	UfR 1999, 863 H	68
UfR 1982, 738 Ø	124	UfR 1999, 1225 H	608
UfR 1983, 16 H	495	UfR 2000, 393 H	443
UfR 1983, 396 H	124	UfR 2002, 844 H	979, 980, 988

Stikordsregister

A

afgrænsning af egenkapital overfor fremmedkapital 974
afgrænsningen mellem aktie- og anpartsselskaber og andre selskaber med begrænset hæftelse 649
afgrænsningen mellem andelsselskaber og interessentskaber 733
afgrænsningen mellem fonde og foreninger 725
afsmitning 671
afvaskning 671
aktie- og anpartsselskaber 645
begrebsdannelse 645
skatteretlig begrebsanvendelse 655
aktiebogens betydning 925
aktielåneordninger 943
aktiens enhed eller udelelighed 924
aktionærbegrebet 917
aktionærbegrebet og omstrukturering 957
aktionærbegrebet ved ejerskifte 930
aktionærbegrebets skatteretlige relevans 931
aktiv
begreb 240
aktiver 238
almenbegreber 179
a.m.b.a. 733
american depositary receipts (adr) 929
a.m.p.a. 733
andelsbeskatning 737
andelsforeninger 731
andelsselskaber 731
andelsvirksomhed 730
andre selskaber med begrænset hæftelse 707
anlægsaktiver 245
ansvarlig lånekapital 1043
apportindskud 830
armslængdeprincippet 478

associated enterprises 782

B

back-to-back-lån og modregningsadgang 895
begrænset selvstændighedsfiktion 808
beneficial owner 952
bestemmende indflydelse 780
bestyrelsehonorerer 694
bidragsaftalen 981
bogføring 232

C

cfc-beskatning 785
check the box 701
check-the-box-regulations 568
civilretlig stillingtagen 168
civilretlige
investeringsforeningsbegreb 63
civilrettens betingelseslære 168
civilrettens primat 101
comfort letters 897
corporate governance 229

D

daglig ledelse 846
de facto kontrol 480
de jure kontrol 480
deltagelse i kapitalselskaber 917
deltagelse i overskud 981
deltagelse i tab 981
den analytiske metode 55
depositary receipts 926
det civilretlige aktionærbegreb 918
die wirtschaftliche Betrachtungsweise 338
direkte metode 807
direkte sikkerhedsstillelse 894
dispositionsbeføjelserne 920
dispositionskorrektur 433
dividend stripping 955

E

egenkapital 903
 definition 904
 egenkapital i skatteretten 908
 egenkapitaldispositioner 917
 egenkapitalposter 917
 eksistenskorrektur 423
 enhedsteori 797
 enhedsteorien 793
 entity law 792
 erhvervsdrivende fonde 727
 euro depositary receipts 929
 evalueringsmodel 204
 eventualforpligtelser 272
 evneprincippet 144

F

faktureringskriteriet 263
 fat capitalization 888
 fikserede indtægter 487
 fikseringskorrektur 432
 fikseringsmodellen 485
 filialbegrebet 803
 filialbeskatning 806
 filialer 803
 finansielle forpligtelser 250
 finansieringsform 890
 fonde 723
 forbeholdt udbytte 948
 fordelingskorrektur 433, 508
 foreninger 730
 forenklet og operativ civilret 217
 foretagendebeskatning 566
 formodningsregel 173, 278
 formueretssubjektivitet 569
 formålsbegreber 178
 forpligtelser 248
 forsigtighedsgrundsætningen 252
 fortolkningslære, den skatteretlige 142
 forudberegnelighed 146
 forudberegnelighedsyn 138
 forudsætninger for kongruens 167
 forvaltningsmæssige beføjelser 919
 forvaltningsretlige
 specialitetsprincipper 200
 fradragsnægtelse 441
 fremmedkapital 903
 fremmedkapital i skatteretten 908
 fri omsættelighed 984
 frivillig identifikation 663
 funktionsbestemte begreber 178

G

generelle interessefællesskaber 425, 480
 global depositary receipts (gdr) 929
 gældsforpligtelser 250

H

handleevne 569
 handleevne (habilitet) 570
 hensatte forpligtelser 249
 hensættelser 272
 hjemmelskrav 169
 hovedsædekriteriet 844
 hybrid finansiering 1005
 hybride finansieringsformer 1005
 hybrider 592
 hæftelse for skattefordringen 682
 hæftelsesgennembrud 661

I

ideelle foreninger 730
 identifikation 658
 identifikationsbegrebet 658
 ihændeheraktier 924
 ikke-erhvervsdrivende fond 728
 ikke-realiserede indtægter 487
 immaterielle anlægsaktiver 246
 indholdskorrektur 423
 indirekte sikkerhedsstillelse 894
 indskud 917
 indtægter 252, 267
 indtægtskriterier 263
 institutionelt misbrug 411
 institutionsbeskatning 739
 interessefællesskaber 424
 interessentskabet 748

J

juridiske personer 568
 juridiske personer og
 skattesubjektivitet 565
 juridiske personlighedsbegreb 570

K

kapitalandele 904
 kapitalkrav 883
 kapitalkrav og underkapitalisering i
 selskabsretten 884
 kapitalsselskaber 587
 kapitalstruktur 890

Stikordsregister

karakteren af rette
indkomstmodtager-korrektioner 536
kaskadeeffekt 893
kaution 898
klarhed i civilretlig henseende 168
kommanditselskabet 749
koncernbegrebet 768
koncernbegrebet
samme aktionærkreds 789
koncernenhedsbetragtningen 892
koncernforhold 767
koncerninterne aktietab 668, 939
konfusion 808
konkrete
hæftelsesbegrænsninger 616, 716
konkrete interessefællesskaber 425, 507
konkursmassen 241
konsolideringsreglen 893
konstruerede tab 670
kontraktens relativitet 427
kontrol 785
selskab 787
kontrolret og medindflydelse 983
konverteringskonflikter 262
konvertible obligationer 1024
koordinationsvanskeligheder 195
kreditorinteressen 138
kriteriet om ejerskab 778
krumpereglen 724

L

ledelsens sæde 865
legal entity approach 792
legalitetsprincippet 144
legater 723
letters of awareness 897
letters of intent 897
leveringkriteriet 263
lighedsprincip 140, 147
länderberichtmetoden 55
læren om rette indkomstmodtager 472
læren om rette indkomstmodtager og
dispositionskorrektioner 522
læren om rette indkomstmodtager og
vilkårskorrektioner 499
lønmodtagerselskaber 698

M

markering overfor omverdenen 984
Maßgeblichkeitsprinzip 351

matchingprincippet 263
materielle anlægsaktiver 246
materielle specialitetsprincip 201
medejendomsret 982
meningssammenhæng 167
mezzanin kapital 1043
misbrug 447, 467
misbrug af aktionærindflydelse 680
moderselskab
definition 787

N

navneaktie 924
negativt indskud 834
neutralitetspostulat 797
neutralitetsprincippet 148
New York shares 929
nominaldefinitioner 193
nominees 926
nullitetsbetragtninger 688
nulstilling 684

O

obligations remboursables en action
(ora) 1044
omgåelse 411, 447, 460, 486
omgåelsesklasul 460
omkostningskriterier 263
omkvalifikation 430
omkvalifikation af selskaber 747
omsætningsaktiver 246
ophør og indtræden af
aktionærforholdet 933
opsplitning af aktionærbeføjelser 922
organisatoriske specialitetsprincip 200
overkurs 961

P

panteobjektet 241
patronatserklärung 897
periodisering 263
perpetual loans 1039
personselskaber 587
personselskabsdeltagelse 976
pligtpådragelse 264
praktabilitet i skattesystemet 217
primære retsbegreber 193
privatautonomi 137, 401
privatautonomiens skatteretlige
betydning 421

pro forma 411
processuel partsevne
(procesabilitet) 569
præferenceaktier 1043

R

realitetsgrundsætningen 538
registrering af aktionærforhold 925
registreringskriteriet 690, 818
regnskab som faktum 231
regnskabet som skatteretligt
faktum 259
regnskabsretten 233
relationslæren 177
rentebegrebet 1019
resultatopgørelse 251
retserhvervelse 264
retsevne 569
retsmisbrug 409
retssikkerhedsprincippet 144
retssubjektivitet 564, 568
rettens enhed 324

S

sale and lease back arrangement 509
salg og genkøb 939
samlede overdragelser 508
selskabers hjemsted 838
selskabs- og regnskabsretlige
koncernbegreb 769
selskabsretlig kontraktsfrihed 590
selskabsretlig omkvalifikation 751
selskabsretlige hjemstedskrav 838
selskabsstiftelse 817
selskabsstiftelse med tilbagevirkende
kraft 824
selvejende institutioner 723
selvregulerende effekt 422
selvstændig skatteretlig civilret 195
selvstændige skatteretlige begreber 194
selvstændigt skatteretligt
ejendomsbegreb 935
skattebelastningssynspunkt 213
skattebesparelseshensigt 447
skatteret og regnskabsret 256
skatteretlig grundforskning 50
skatteretlig subjekt kvalifikation 599
skatteretlig subjekt kvalifikation
aktivitetsform, virkeområde og
formål 624

skatteretlig subjekt kvalifikation
beslutningsprocedure 623
deltagerantal 619
deltagerkredsen 619
fordeling af likvidationsprovenu 625
hæftelse 610
indskud ved etablering 606
indtræden og udtræden 621
kapitalgrundlag 605
krav ved udtræden 607
offentlig registrering 604
organisatoriske forhold 622
parternes benævnelse 604
principperne for
indkomstanvendelsen 624
regnskabsmæssig selvstændighed 625
vedtægter 603
skatteretlige retsevnekriterier 601
skatteretsmisbrug 429
skatterettens afsmittende effekt 196
skatterettens autonomi 121
skatterettens koncernbegreb 776
skattesubjektivitet 564
skærpet hjemmelskrav 146
s.m.b.a. 707
solvensforhold i den finansielle
sektor 901
solvenskrav 883
sondringen mellem jus og faktum 187
sondringen
vilkårskorrektion-dispositions-
korrektion 431
stemmeforbehold 937
stichting 951
stiftelser 723
stiftelsesprocedure 817
stiftelsestidspunkt 820
støtteerklæringer 896
subchapters 567
subjekt kvalifikation 594
subjekt kvalifikation i
selskabsretten 594
substitutionsgrundsætningen 691

T

tegningspligt 1044
teorien om retsbegrebers
funktionalitet 178
teorien om retsbegrebers relativitet 178
the separate entity paradigm 792

Stikordsregister

thick capitalization 888
tier 1-kapital 1039
tilskud 997
transfer pricing
 korrektionssystematik 484
transfer pricing-systematikken 443
transparensprincippet 599
trennungstheorie 792
tvungen omlægning af indkomstår 782
tynd kapitalisering 886
typebegreber 179
typetvang 592

U

ubegrænset selvstændighedsfiktion 808
udbyttebegrebet 1019
udbyttegivende gældsbreve 1036
udbytteudlodninger 948
udenlandsk civilret 197
udenlandske fonde og trusts 638
udenlandske selskaber og fonde
 mv. 628
udgifter 268
udgifter og omkostninger 254
udlægsgenstanden 241
ufrivillig identifikation 667

umgekehrte Maßgeblichkeit 351
underkapitalisering 883

V

varighed 984
vedtægtsændringer i selskaber 944
viljes- og tillidshensyn 137
vilkårskorrektion 431
vilkårskorrektionshjemmel 480
virksomhed inden registrering 818, 822
virksomhedsbeskatning 566
virksomhedsdeltager 904
virksomhedskapital 904
værdiansættelse 273
værdigrundlag i selskabsretten 139
værdigrundlag i skatteretten 140
værdikorrektion 432, 485, 508

Z

Zweckbegriffe 178

Ø

økonomiske beføjelser 920
økonomiske foreninger 730

Å

årsregnskabs balance 237